



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 1, Part 1

2008, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2008] 1 F.C.R., 3–290

Renvoi [2008] 1 R.C.F., 3–290

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

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

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

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

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIault

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

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

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

ARRÊTISTES

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

FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIault

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

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'arrêtiSte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments	3-290
Digests	D-1
Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.)	155

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeals from decisions dismissing judicial review applications of negative refugee decisions by *Immigration and Refugee Board*—Validity of Guideline 7, providing that in refugee protection hearing, claimant first questioned by Refugee Protection Officer and/or Refugee Protection Division member at issue—*Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107 (F.C.); *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 366 N.R. 301 applied—Guideline 7 not breaching duty of fairness, not giving rise to reasonable apprehension of bias—No merit to non-Guideline 7 issues—Appeals dismissed.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrétiste 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 Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Judgments	3-290
Fiches analytiques	F-1
Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.A.F.)	155

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Appels à l'encontre de décisions rejetant les demandes de contrôle judiciaire visant des décisions défavorables rendues par la *Commission de l'immigration et du statut de réfugié* relativement à des demandes d'asile—Il s'agissait de déterminer si les Directives n° 7, qui précisent que le demandeur d'asile est d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), ou les deux, pendant l'audience de la SPR, étaient valides—Application des arrêts *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 107 (C.F.) et *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198—Les Directives n° 7 n'entraînent pas un manquement à l'obligation d'équité et ne font pas naître une crainte raisonnable de partialité—Les questions ne concernant pas les Directives n° 7 n'étaient pas fondées—Appels rejetés.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Guideline 7, issued by Immigration and Refugee Board Chairperson, providing that in refugee protection hearing, claimant first questioned by Refugee Protection Officer and/or Refugee Protection Division member—Guideline not infringing Charter, s. 7—No legal authority for proposition fundamental justice requiring parties with burden of proof go first in proceedings to determine rights—Necessary to look at broader decision-making context—Guideline 7 also not giving rise to reasonable apprehension of bias.

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry) (F.C.A.) 231

Access to Information—Appeal from Federal Court decision ordering Chief Statistician to disclose to researcher investigating continuity of band membership for Algonquin bands census records for certain years—*Access to Information Act*, s. 24(1) prohibiting disclosure of record containing information, disclosure of which restricted by provision in Sch. II—Sch. II including *Statistics Act*, s. 17—But s. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law—*Privacy Act*, s. 8(2)(k) permitting disclosure of personal information to any aboriginal government, association for purpose of researching claims—Relationship between *Access to Information Act*, *Statistics Act*, *Privacy Act*—Appeal dismissed, Evans J.A. dissenting.

Privacy—Researcher mandated by Algonquin bands to research continuity of band membership requesting census records under *Access to Information Act*—*Privacy Act*, s. 8(2)(k) permitting disclosure of personal information to any aboriginal government, association for purpose of researching claims—*Statistics Act*, s. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law—Appellant's argument information sought subject to *Statistics Act*, s. 17 (prohibiting disclosure of census records) rejected as leading to endless

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Les Directives n° 7 données par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié précisent que le demandeur d'asile est d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), ou les deux, pendant l'audience de la SPR—Les Directives ne violent pas l'art. 7 de la Charte—Aucune règle de droit ne permet d'affirmer que les principes de justice fondamentale exigent que les parties ayant le fardeau de la preuve aient le droit de se faire entendre en premier dans les instances où il sera statué sur leurs droits—Il faut prendre en considération le contexte décisionnel plus large—De même, les Directives n° 7 ne font pas naître une crainte raisonnable de partialité.

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie) (C.A.F.) 231

Accès à l'information—Appel de la décision de la Cour fédérale enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés des recensements de certaines années au chercheur effectuant des recherches sur la continuité quant au nombre de membres de bandes algonquines—L'art. 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* interdit la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'ann. II—L'art. 17 de la *Loi sur la statistique* figure à l'ann. II—Cependant, l'art. 17(2)d énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit—L'art. 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la communication de renseignements personnels à tout gouvernement autochtone ou association d'autochtones en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones—Lien entre la *Loi sur l'accès à l'information*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*—Appel rejeté, le juge Evans, J.C.A., dissident.

Protection des renseignements personnels—Un chercheur ayant été chargé par des bandes algonquines d'effectuer des recherches sur la continuité quant au nombre de membres de ces bandes a demandé, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, que lui soient communiqués des relevés des recensements—L'art. 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit la communication de renseignements personnels à tout gouvernement autochtone ou association d'autochtones en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones—L'art. 17(2)d de la *Loi sur la*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

circle of provisions—Requirements of s. 8(2)(k) met—Relationship between *Privacy Act*, *Statistics Act*, *Access to Information Act*—Access to information relating to research of land claims by Aboriginal people taking priority over personal information.

Construction of Statutes—*Statistics Act*—S. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law—“Available”, “public”, “may” construed—Relationship between *Privacy Act*, *Statistics Act*, *Access to Information Act*—Words in s. 17(2)(d) interpreted to mean segment of population—Federal Court order requiring Chief Statistician to disclose certain census records to researcher investigating continuity of band membership for bands upheld, Evans J.A. dissenting.

Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) 19

Patents—Practice—Judicial review of decisions issuing notices of compliance (NOCs) to Apotex Inc., Novopharm Limited (generic drugs manufacturers) despite patents listed on Patent Register by Ferring Inc., Sanofi-Aventis Canada Inc. (innovator drug companies), in all but one instance—Relevant Regulations, case law reviewed—Minister’s policy for dealing with whether generic required to address listed patent consistent with S.C.C. decision in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*—Generics not required to address Ferring’s patents as those patents not listed against NOC extant at time of filing of abbreviated new drug submission by generics—Minister not required to inform Ferring of generics’ pending NOC submissions—Novopharm required to address Sanofi-Aventis’ non-HOPE (Heart Outcomes Prevention Evaluation patents as those patents

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

statistique énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit—L’argument de l’appelant selon lequel les renseignements demandés étaient assujettis à l’art. 17 de la *Loi sur la statistique* (qui interdit la communication de relevés de recensements) a été rejeté parce qu’il crée un cercle vicieux de dispositions—Il a été satisfait aux exigences imposées par l’art. 8(2)(k)—Lien entre la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur l’accès à l’information*—Dans le cas de renseignements relatifs aux revendications territoriales autochtones, l’accès à l’information a priorité sur la protection des renseignements personnels.

Interprétation des lois—*Loi sur la statistique*—L’art. 17(2)(d) énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit—Interprétation des termes « mis à la disposition », « public » et « peut »—Lien entre la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur la statistique* et la *Loi sur l’accès à l’information*—Les mots employés à l’art. 17(2)(d) doivent être interprétés pour qu’ils désignent une partie de la population—Confirmation de l’ordonnance de la Cour fédérale enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés de recensements au chercheur effectuant des recherches sur la continuité quant au nombre de membres des bandes en cause; le juge Evans, J.C.A., dissident.

Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) 19

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des avis de conformité ont été délivrés à Apotex Inc. et à Novopharm Limited (les fabricants de génériques), malgré les brevets de Ferring Inc. et de Sanofi-Aventis Canada Inc. (les sociétés pharmaceutiques innovatrices) figurant au registre de brevets, dans tous les cas sauf un—Examen de la réglementation et de la jurisprudence pertinentes—La politique du ministre pour traiter la question de savoir si le fabricant du générique est tenu de traiter un brevet sur la liste de brevets est conforme au raisonnement tenu par la C.S.C. dans l’arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*—Les fabricants de génériques n’étaient pas tenus de traiter les brevets de Ferring, ceux-ci n’étant pas inscrits sur la liste en relation avec l’avis de conformité ayant effet à la date du dépôt de la présentation abrégée de drogue nouvelle des fabricants de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

linked to NOC relevant to comparator drug—Ministers’ decision issuing NOC to Apotex reasonable as consideration of product monographs falling within his discretion—Applications dismissed.

Administrative Law—*Functus officio*—Judicial review of decisions issuing notices of compliance (NOCs) to generic drug companies—Minister acting in purely administrative capacity, entitled to revisit circumstances from time to time (i.e. whether generics “second person[s]” for purposes of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations)—Only when final step taken (i.e. issuance of NOC) does *functus* issue arise.

Flores Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 3

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of Immigration and Refugee Board’s refusal of refugee application on basis not showing unavailability of state protection within preponderance of probability—Presumption of state protection not imposing higher burden of proof on claimants where state protection at issue—Simply requiring reliable evidence be tendered—Statement by S.C.C. in *Canada (Attorney General) v. Ward* “clear, convincing” evidence required to confirm state’s inability to protect describing kind of evidence capable of satisfying well-founded fear of persecution, not standard of proof—Board applying too high burden of proof herein—Once applicant rebutting presumption of state protection, Board must analyse relevant evidence to determine whether fear of persecution well founded—Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

génériques—Le ministre n’était pas tenu d’informer Ferring des demandes d’avis de conformité des fabricants de génériques en instance d’examen—Novopharm était tenue de traiter les brevets non-HOPE (Heart Outcomes Prevention Evaluation) de Sanofi-Aventis, ceux-ci ayant un lien avec l’avis de conformité pertinent à l’égard de la drogue de comparaison—La décision du ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex était raisonnable puisque l’examen des monographies de produits relève de son champ d’expertise—Demandes rejetées.

Droit administratif—Dessaisissement—Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des avis de conformité ont été délivrés à des sociétés pharmaceutiques fabricantes de génériques—Le ministre agissait dans une fonction purement administrative et il avait le droit de réexaminer les circonstances à l’occasion (c.-à-d. la question de savoir si les fabricants de génériques sont des « seconde[s] personne[s] » pour l’application du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité))—Ce n’est qu’à la dernière étape, en l’occurrence la délivrance d’un avis de conformité, que la question du dessaisissement peut se poser.

Flores Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d’asile parce que la demanderesse n’avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu’elle ne disposait pas de la protection de l’État—La présomption de la protection de l’État ne signifie pas que le fardeau de la preuve est plus strict pour les demandeurs d’asile dans les affaires comportant la question de la protection de l’État—Cela signifie simplement que les demandeurs d’asile doivent fournir une preuve digne de foi—La déclaration de la C.S.C. dans *Canada (Procureur général) c. Ward* selon laquelle le demandeur doit confirmer d’une façon « claire et convaincante » l’incapacité de l’État d’assurer sa protection décrit la sorte de preuve qu’il doit fournir pour établir qu’il craint avec raison d’être persécuté; il ne s’agit pas d’une norme de preuve—La Commission a imposé un fardeau de la preuve trop lourd en l’espèce—Dès que le demandeur d’asile réfute la présomption de la protection de l’État, la Commission doit analyser la preuve pertinente pour déterminer s’il craint avec raison d’être persécuté—Demande accueillie.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Khadr v. Canada (Minister of Justice) (F.C.A.) . . . 270

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Appeal from Federal Court’s dismissal of application for judicial review seeking remedy under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges laid by U.S. Government—Appellant apprehended in 2002 by American military, currently detained in Guantánamo Bay, Cuba—Charged with several serious terrorism-related crimes, offences—Appellant obtaining redacted copies of some of Crown’s documentary materials after submitting Access to Information requests, instituting court proceedings—Canadian officials interviewing appellant in Cuba, playing active role in gathering information, passing on summaries thereof to U.S. authorities—Since Canadian officials assisted U.S. authorities in conducting investigation against appellant, preparing case against him, Federal Court erring in concluding not sufficient causal connection between Canadian government’s participation in foreign investigation, appellant’s potential deprivation of life, liberty, security of person—Because establishing *prima facie* case of substantial risk of not being able to present full answer and defence to U.S. charges if denied access to relevant information, appellant having right to full disclosure of all relevant documents within Crown’s possession, subject to Crown’s privilege, public interest immunity claims reviewable by court of law—Appeal allowed.

Criminal Justice—Evidence—Appeal from Federal Court’s dismissal of application for judicial review seeking remedy under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges—Crown having continuing obligation to disclose all relevant information to accused—Failure to do so impeding accused’s ability to make full answer and defence—Federal Court erring when finding disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings, impede provision of consular services by Canada

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Khadr c. Canada (Ministre de la Justice) (C.A.F.) 270

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d’obtenir réparation, en vertu de l’art. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l’art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles déposées par le gouvernement des États-Unis—L’appellant a été appréhendé par l’armée américaine en 2002 et il est présentement détenu à Guantánamo Bay (Cuba)—Il a été accusé de plusieurs crimes et infractions graves liés au terrorisme—Après avoir soumis des requêtes en application de la *Loi sur l’accès à l’information* et institué des procédures judiciaires, l’appellant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents de la Couronne—Les responsables canadiens ont interrogé l’appellant à Cuba, ils ont joué un rôle actif dans la collecte de renseignements et ils ont communiqué des résumés des informations recueillies aux autorités américaines—Comme les responsables canadiens ont aidé les autorités américaines à conduire l’enquête contre l’appellant et à constituer un dossier contre lui, la Cour fédérale a erré en disant qu’il n’y avait pas de lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l’enquête menée à l’étranger et le risque que l’appellant soit privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne—Ayant apporté un commencement de preuve montrant qu’il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis si l’accès aux documents pertinents lui était refusé, l’appellant avait droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents en la possession de la Couronne, sous réserve des revendications de privilège et d’immunité d’intérêt public de la Couronne, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux—Appel accueilli.

Justice criminelle et pénale—Preuve—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d’obtenir réparation, en vertu de l’art. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l’art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles—La Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l’information pertinente—La non-divulgation entrave à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que la communication de documents pertinents à des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

—However, since appellant not seeking direction or order purportedly directing Military Commission to do anything, disclosure order would not interfere with U.S. sovereign authority—Matter returned to Federal Court since impossible to decide whether Crown failed to comply with disclosure obligation as established by case law.

Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 87

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Removal of Refugees—Judicial review of Minister of Citizenship and Immigration’s opinion issued under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 115(2)(b) applicant, former Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada—Applicant found inadmissible to Canada on grounds of organized criminality under Act, s. 37(1)(a) as member of gang involved in criminal activities—Minister’s conclusion applicant would not face substantial risk of torture, risk to life, to cruel and unusual treatment, punishment if returned to Sri Lanka not patently unreasonable—On judicial review only necessary to review Minister’s assessment of nature, severity of acts committed, balance that assessment against harm upon removal, if conclusion applicant not facing risk of harm patently unreasonable—Interpretation of s. 115 consistent with *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, s. 33 prohibition against refoulement where life, freedom threatened on identified grounds— Application dismissed, questions certified.

Construction of Statutes—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 115(2)(b)—Minister of Citizenship and Immigration issuing opinion applicant, former Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada as nature, severity of acts committed justify refoulement under Act—Applicant member of gang involved in criminal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l’étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires introduites à l’étranger et aussi d’empêcher le Canada de fournir des services consulaires—Cependant, comme l’appelant ne sollicitait aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la commission militaire à agir de telle ou telle manière, l’ordonnance de divulgation ne porterait pas atteinte à l’autorité souveraine des États-Unis—L’affaire a été renvoyée à la Cour fédérale parce la Cour ne pouvait dire si la Couronne s’était ou non conformée à son obligation selon la jurisprudence.

Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 87

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et Renvoi—Personnes interdites de territoire—Renvoi de réfugiés—Contrôle judiciaire d’un avis donné par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en application de l’art. 115(2)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* selon lequel le demandeur, un ancien réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas être présent au Canada—Le demandeur a été déclaré interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée en vertu de l’art. 37(1)(a) de la Loi parce qu’il était membre d’un gang impliqué dans des activités criminelles—La conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s’il était renvoyé au Sri Lanka n’était pas manifestement déraisonnable—Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, ce n’est que si la conclusion selon laquelle le demandeur ne risque pas de subir un préjudice est jugée manifestement déraisonnable que la Cour devra examiner l’analyse par le ministre de la nature et de la gravité des actes commis en fonction du risque de préjudice consécutif au renvoi—L’interprétation de l’art. 115 est conforme à l’interdiction visant le refoulement prévue à l’art. 33 de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* lorsque la vie ou la liberté du réfugié serait menacée pour les raisons mentionnées—Demande accueillie, questions certifiées.

Interprétation des lois—Art. 115(2)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a délivré un avis selon lequel le demandeur, un ancien réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas rester au Canada puisque la nature et la gravité des actes commis justifiaient son refoulement en vertu de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

activities—Whether Act, s. 115(2)(b) means “nature and severity of the acts committed” by criminal organization or by applicant personally—Rules of statutory interpretation of bilingual statutes reviewed—S. 115(2)(b) requiring Minister to consider nature, severity of acts committed by applicant personally or by gang if refugee personal, knowing participant in acts, i.e. complicit.

Pham v. M.N.R. (F.C.A.) 136

Customs and Excise—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Appeal from Federal Court decision ordering *mandamus* compelling appellant to make decision under *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* (Act), s. 25 as to whether s. 12(1) contravened—On April 14, 2005, Canadian customs officials seized non-reported sum of money from car driven by someone other than respondent on suspicion proceeds of crime under Act, s. 18(1), (2)—Respondent requesting, pursuant to s. 25, review of enforcement action as lawful owner of currency but file closed for lack of evidence—Ss. 25 to 31 describing first party process—Involving only two decisions (under ss. 27, 29)—Whether applicant “lawful owner” of currency merely preliminary determination—Minister’s request for some evidence respondent lawful owner not improper but error in law to attempt evidentiary inquiry as to that claim at that stage—*Mandamus* not appropriate—Minister’s decision set aside, matter sent back to Minister for continuation of inquiry.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd. (F.C.A.) 174

Patents—Practice—Abuse of process—Appeal from Federal Court decision reversing Prothonotary’s order and allowing Novopharm’s motion for summary dismissal of Sanofi-Aventis’ application for prohibition order—Novopharm

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Loi—Le demandeur était membre d’un gang impliqué dans des activités criminelles—Il s’agissait de savoir si les actes dont il est question dans l’expression « la nature et la gravité de ses actes passés » employée dans l’art. 115(2)(b) sont ceux de l’organisation criminelle ou ceux du demandeur lui-même—Examen des règles d’interprétation législative des lois bilingues—L’art. 115(2)(b) exige que le ministre tienne compte de la nature et de la gravité des actes commis par le demandeur lui-même et des actes commis par le gang auxquels le réfugié a participé personnellement et sciemment à titre de complice.

Pham c. M.R.N. (C.A.F.) 136

Douanes et Accise—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Appel de la décision de la Cour fédérale, qui a prononcé une ordonnance de *mandamus* forçant l’appelant à rendre une décision en application de l’art. 25 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (la Loi) pour savoir si l’art. 12(1) avait été enfreint—Le 14 avril 2005, des agents des douanes canadiennes ont saisi une somme d’argent non déclarée dans une voiture conduite par une personne autre que l’intimée car ils soupçonnaient qu’il s’agissait de produits de la criminalité selon les art. 18(1) et (2) de la Loi—L’intimée a demandé, en application de l’art. 25, à ce qu’il y ait révision de la saisie à titre de propriétaire légitime des espèces, mais le dossier a été fermé parce qu’il n’y avait pas assez d’éléments de preuve—Les art. 25 à 31 décrivent la procédure relative à la partie principale—Cette procédure ne vise que deux décisions (fondées sur les art. 27 et 29)—La question de savoir si le requérant était le « propriétaire légitime » n’était qu’une conclusion préliminaire—Il n’était pas fautif de la part du ministre d’exiger que l’intimée fournisse certains éléments de preuve indiquant qu’elle était la propriétaire légitime, mais il a commis une erreur de droit en tentant d’ouvrir une enquête probatoire relativement à cette revendication à ce stade—Le *mandamus* n’était pas approprié—La décision du ministre a été annulée et l’affaire lui a été renvoyée pour qu’il poursuive l’enquête.

Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée (C.A.F.) 174

Brevets—Pratique—Abus de procédure—Appel de la décision de la Cour fédérale, qui a annulé l’ordonnance du protonotaire et accueilli la requête en rejet sommaire de Novopharm quant à une demande formulée par Sanofi-Aventis pour obtenir une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

alleging Canadian patent No. 1341206 invalid—Arguing application for prohibition order abuse of process under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6(5)(b) as Sanofi-Aventis already failed to show similar allegations of invalidity unjustified in previous proceeding against other generic manufacturer—Appeal dismissed (Nadon J.A. dissenting)—Permitting same innovator to relitigate same issues repeatedly posing severe threat to integrity of adjudicative process, principle of finality, efficiency of judicial system.

Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 121

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Motion for summary of secret evidence upon which respondent relied to deny applicant ministerial exemption denied; motion for non-disclosure of secret evidence allowed—Minister entitled to consult secret evidence in reaching decision on ministerial relief pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 35—Although not so directly, s. 87 applicable for non-disclosure by reason of national security by applying gap rule—Weighing competing interests, secret evidence should not be disclosed—*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, declaring procedures at ss. 77 to 85 unconstitutional, distinguished—S. 87(2) expressly excluding obligation to provide summary.

SOMMAIRE (Fin)

ordonnance d'interdiction—Novopharm alléguait que le brevet canadien n° 1341206 était invalide—Elle soutenait que la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction constituait un abus de procédure en vertu de l'art. 6(5)(b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* puisque Sanofi-Aventis n'était pas parvenue à établir auparavant le caractère injustifié des allégations d'invalidité semblables formulées par un autre fabricant de médicaments génériques—Appel rejeté (le juge Nadon, J.C.A., dissident)—Le fait de permettre à un même innovateur de débattre à nouveau les mêmes questions de façon répétée pose une grave menace à l'intégrité du processus décisionnel judiciaire, au principe de la stabilité des décisions, de même qu'à l'efficacité du système judiciaire.

Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.F.) 121

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets sur lesquels le défendeur s'est appuyé pour refuser au demandeur une exception ministérielle; la requête en interdiction de divulgation des éléments de preuve secrets a été accueillie—Le ministre pouvait consulter les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception en application de l'art. 35 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*—Bien qu'il ne s'applique pas directement, l'art. 87 régit l'interdiction de divulgation pour des raisons de sécurité nationale en appliquant la règle des lacunes—Après avoir soupesé des facteurs opposés, la Cour a déclaré que les éléments de preuve secrets ne devraient pas être divulgués—Distinction opérée à l'égard de l'affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les procédures prévues aux art. 77 à 85—L'obligation de fournir un résumé est expressément exclue à l'art. 87(2).

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Canada (Attorney General) v. Khawaja, (DES-2-06, 2007 FC 463) has been affirmed on appeal (DESA-2-07, 2007 FCA 388), reasons for judgment handed down 6/12/07.

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment), [2007] 3 F.C.R. 125 (F.C.) has been reversed in part on appeal (A-502-06, 2007 FCA 404), reasons for judgment handed down 14/12/07.

Pankiw v. Canada (Human Rights Commission), [2007] 4 F.C.R. 578 (F.C.) has been affirmed on appeal (A-50-07, 2007 FCA 386), reasons for judgment handed down 4/12/07.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health), [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.) has been affirmed following an application to have it set aside (A-75-06, 2007 FCA 407), reasons for judgment handed down 18/12/07.

SNC Lavalin Inc. v. Canada (Minister for International Cooperation), [2003] 4 F.C. 900 (T.D.) has been affirmed on appeal (A-309-03, 2007 FCA 397), reasons for judgment handed down 12/12/07.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-164-06, A-187-06, A-188-06, A-196-06, A-197-06, A-198-06, A-199-06, A-200-06, 2007 FCA 199, Evans and Sharlow J.J.A., judgment dated 25/5/07, leave to appeal to S.C.C. refused 13/12/07.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [2007] 3 R.C.F. 125 (C.F.) a été infirmée en partie en appel (A-502-06, 2007 CAF 404), les motifs du jugement ayant été prononcés le 14-12-07.

La décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, (DES-2-06, 2007 CF 463) a été confirmée en appel (DESA-2-07, 2007 CAF 388), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6-12-07.

La décision *Pankiw c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2007] 4 R.C.F. 578 (C.F.) a été confirmée en appel (A-50-07, 2007 CAF 386), les motifs du jugement ayant été prononcés le 4-12-07.

La décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.) a été confirmée suite à une requête visant à la faire annuler (A-75-06, 2007 CAF 407), les motifs du jugement ayant été prononcés le 18-12-07.

La décision *SNC Lavalin Inc. c. Canada (Ministre de la Coopération internationale)*, [2003] 4 C.F. 900 (1^{re} inst.) a été confirmée en appel (A-309-03, 2007 CAF 397), les motifs du jugement ayant été prononcés le 12-12-07.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-164-06, A-187-06, A-188-06, A-196-06, A-197-06, A-198-06, A-199-06, A-200-06, 2007 CAF 199, les juges Evans et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 25-5-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-12-07.

Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-38-06, 2007 FCA 198, Evans and Sharlow JJ.A., judgment dated 25/5/07, leave to appeal to S.C.C. refused 13/12/07.

Xu v. OC Transpo, A-175-07, Evans J.A., judgment dated 8/8/07, leave to appeal to S.C.C. refused 13/12/07.

Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-38-06, 2007 CAF 198, les juges Evans et Sharlow, J.C.A., jugement en date du 25-5-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-12-07.

Xu c. OC Transpo, A-175-07, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8-8-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 13-12-07.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 1, Part 1

2008, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-822-06
2007 FC 320

IMM-822-06
2007 CF 320

Maria Del Rosario Flores Carrillo (*Applicant*)

Maria Del Rosario Flores Carrillo (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: FLORES CARRILLO v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : FLORES CARRILLO c. CANADA (MINISTRE DE
LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)**

Federal Court, O'Reilly J.—Toronto, November 15,
2006; Ottawa, March 26, 2007.

Cour fédérale, juge O'Reilly—Toronto, 15 novembre
2006; Ottawa, 26 mars 2007.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of Immigration and Refugee Board's refusal of refugee application on basis not showing unavailability of state protection within preponderance of probability — Presumption of state protection not imposing higher burden of proof on claimants where state protection at issue — Simply requiring reliable evidence be tendered — Statement by S.C.C. in Canada (Attorney General) v. Ward “clear, convincing” evidence required to confirm state's inability to protect describing kind of evidence capable of satisfying well-founded fear of persecution, not standard of proof— Board applying too high burden of proof herein — Once applicant rebutting presumption of state protection, Board must analyse relevant evidence to determine whether fear of persecution well founded — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile parce que la demanderesse n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ne disposait pas de la protection de l'État — La présomption de la protection de l'État ne signifie pas que le fardeau de la preuve est plus strict pour les demandeurs d'asile dans les affaires comportant la question de la protection de l'État — Cela signifie simplement que les demandeurs d'asile doivent fournir une preuve digne de foi — La déclaration de la C.S.C. dans Canada (Procureur général) c. Ward selon laquelle le demandeur doit confirmer d'une façon « claire et convaincante » l'incapacité de l'État d'assurer sa protection décrit la sorte de preuve qu'il doit fournir pour établir qu'il craint avec raison d'être persécuté; il ne s'agit pas d'une norme de preuve — La Commission a imposé un fardeau de la preuve trop lourd en l'espèce — Dès que le demandeur d'asile réfute la présomption de la protection de l'État, la Commission doit analyser la preuve pertinente pour déterminer s'il craint avec raison d'être persécuté — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's refugee claim because she had failed to show, within the preponderance of probability category, that state protection was unavailable to her in Mexico. The Board relied on *Xue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 195 F.T.R. 229 (F.C.T.D.), wherein it was held that refugee claimants must satisfy, “for purposes of rebutting a presumption of state protection, the burden of a higher degree of probability commensurate with the clear and convincing requirement in *Ward [Canada (Attorney General) v. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689]*.”

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la demande d'asile de la demanderesse parce qu'elle n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle ne disposait pas de la protection de l'État au Mexique. La Commission s'est fondée sur la décision *Xue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1728 (1^{re} inst.) (QL), où la Cour a déclaré que les demandeurs d'asile doivent supporter « aux fins de réfuter la présomption de la protection de l'État, le fardeau d'un plus grand degré de probabilité aligné sur l'exigence de clarté et de conviction énoncée dans l'arrêt *Ward [Canada (Procureur général) c. Ward, [1993] 2 R.C.S. 689]* ».

Held, the application should be allowed.

Jugement : la demande doit être accueillie.

A refugee claimant has the burden of establishing that he or she actually fears persecution and that this fear is well founded. Such a fear is established by showing that there is a reasonable chance that the claimant will be persecuted if returned to his or her country of nationality. Where state protection is available, a fear of persecution will not be well founded, and if state protection is unavailable, a person's fear of persecution will be well founded. In most situations, decision makers are entitled to presume that states are able to protect their citizens (see *Ward*). However, this presumption does not mean that there is a higher burden of proof on claimants in cases involving the question of state protection. It simply means that in those cases, claimants must tender reliable evidence on that question. This is an evidentiary burden, not a standard of proof, and the evidence must be looked at in the context of the civil and judicial institutions of the state in question. The S.C.C. said in *Ward* that claimants must provide "clear and convincing confirmation of a state's inability to protect." These words do not erect an elevated standard of proof; they simply describe the kind of evidence that would be capable of satisfying a well-founded fear of persecution.

The burden of proof imposed by the Board on the applicant was too high. A claimant can rebut the presumption of state protection by providing reliable evidence of a lack of state protection. The Board is then required to analyse the relevant evidence and determine whether this lack of protection gives rise to a reasonable chance of persecution, which it failed to do in this case.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 96(a).
United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Xue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 195 F.T.R. 229; 10 Imm. L.R. (3d) 301 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 20 Imm. L.R. (2d) 85; 153 N.R. 321; *Zhuravlyev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 3; (2000), 187 F.T.R. 110 (T.D.); *Adjei v. Canada (Minister of*

Il incombe au demandeur d'asile de démontrer qu'il craint réellement, et « avec raison », d'être persécuté. Pour établir qu'il craint avec raison d'être persécuté, le demandeur d'asile doit démontrer qu'il existe une possibilité raisonnable qu'il sera persécuté s'il est renvoyé dans le pays dont il a la nationalité. La crainte d'être persécuté n'est pas justifiée si la protection de l'État est disponible, et la crainte d'être persécuté est justifiée si la protection de l'État n'est pas disponible. Dans la plupart des situations, les décideurs peuvent présumer que les États sont capables d'assurer la protection de tous leurs citoyens (voir *Ward*). Cependant, cette présomption ne signifie pas que le fardeau de la preuve est plus strict pour les demandeurs d'asile dans les affaires comportant la question de la protection de l'État. Cela signifie simplement que, dans ces affaires, les demandeurs d'asile doivent fournir une preuve digne de foi sur cette question. Il s'agit d'un fardeau de présentation, pas d'une norme de preuve, et la preuve doit être examinée en fonction des institutions civiles et judiciaires de l'État en cause. Dans *Ward*, la C.S.C. a statué que le demandeur d'asile doit « confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer sa protection ». Ces mots n'érigent pas une norme de preuve élevée; ils décrivent simplement la sorte de preuve qui pourrait satisfaire à l'élément objectif de la définition de réfugié, soit que le demandeur d'asile craint « avec raison d'être persécuté ».

Le fardeau de la preuve que la Commission a imposé à la demanderesse était trop lourd. Le demandeur d'asile peut réfuter la présomption de la protection de l'État en fournissant une preuve fiable d'une absence de protection de l'État. La Commission doit ensuite analyser la preuve pertinente et établir si cette absence de protection donne lieu à une possibilité raisonnable de persécution, ce qu'elle n'a pas fait en l'espèce.

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. 96a).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Xue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] A.C.F. n° 1728 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *Zhuravlyev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.); *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.); *Ministre de l'Emploi et de*

Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 680; (1989), 57 D.L.R. (4th) 153 (C.A.); *Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.); *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100; (2005), 254 D.L.R. (4th) 200; 28 Admin. L.R. (4th) 161; 197 C.C.C. (3d) 233; 30 C.R. (6th) 39; 47 Imm. L.R. (3d) 16; 335 N.R. 229; 2005 SCC 40; *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9.

REFERRED TO:

Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2005] 3 F.C.R. 239; (2005), 249 D.L.R. (4th) 306; 41 Imm. L.R. (3d) 157; 329 N.R. 346; 2005 FCA 1; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334; 150 N.R. 232 (F.C.A.); *Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532; 206 N.R. 272 (F.C.A.); *Alam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 41 Imm. L.R. (3d) 263; 2005 FC 4.

AUTHORS CITED

Brown, Kenneth S., ed. *McCormick on Evidence*, 6th ed. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006.
Gorlick, Brian. "Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status" (October 2002), online: United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db7c5a94.pdf>>.
Macklin, Audrey. "Refugee Women and the Imperative of Categories" (1995), 17 *Hum. Rts. Q.* 213.
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. "Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims" (16 December 1998), online: Refugee Law Reader <<http://www.refugeelawreader.org/294.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of the Immigration and Refugee Board's decision (*Carrillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] R.P.D.D. No. 27 (QL)) dismissing the applicant's refugee claim on the basis that she had failed to show that state protection was unavailable. Application allowed.

APPEARANCES:

J. Byron M. Thomas for applicant.
Martin E. Anderson for respondent.

l'Immigration c. Satiacum, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL); *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100; 2005 CSC 40; *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9.

DÉCISIONS CITÉES :

Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] 3 R.C.F. 239; 2005 CAF 1; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL); *Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL); *Alam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 4.

DOCTRINE CITÉE

Brown, Kenneth S., éd. *McCormick on Evidence*, 6^e éd. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2006.
Gorlick, Brian. « Common Burdens and Standards : Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status » (octobre 2002), en ligne : United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db7c5a94.pdf>>.
Macklin, Audrey. « Refugee Women and the Imperative of Categories » (1995), 17 *Hum. Rts. Q.* 213.
Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. « Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims » (16 décembre 1998), en ligne : Refugee Law Reader <<http://www.refugeelawreader.org/294.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (*Carrillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] D.S.P.R. n° 27 (QL)) a rejeté la demande d'asile de la demanderesse parce qu'elle n'avait pas démontré qu'elle ne disposait pas de la protection de l'État. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

J. Byron M. Thomas pour la demanderesse.
Martin E. Anderson pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

J. Byron M. Thomas, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment and judgment rendered by

[1] O'REILLY J.: Ms. Maria Flores Carrillo claims that she is afraid of being murdered by her former common-law spouse in Mexico. She says that she tried to get help from Mexican police, but that her efforts only made things worse. Her spouse found out that she had made a complaint to police and beat her severely. His brother was a police officer.

[2] Ms. Flores Carrillo sought refugee protection in Canada in 2004. A panel of the Immigration and Refugee Board dismissed her claim because it doubted her version of events and concluded that she had failed to show that state protection was unavailable to her in Mexico [[2006] R.P.D.D. No. 27 (QL)]. Ms. Flores Carrillo argues that the Board erred in its treatment of her evidence and in its analysis of the issue of state protection. She asks for a new hearing.

[3] I agree that the Board erred and will allow this application for judicial review.

I. Issues

[4] Given my conclusion that the Board erred in law in its analysis of the issue of state protection, I need not address the credibility issue.

II. Analysis

(a) The Board's decision

[5] The Board noted that Mexico is a democracy and, therefore, can be presumed to provide protection to its citizens. Further, Mexico has put in place various

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

J. Byron M. Thomas, Toronto, pour la demanderesse.

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

[1] LE JUGE O'REILLY : M^{me} Maria Flores Carrillo prétend qu'elle craint d'être tuée par son ex-conjoint de fait au Mexique. Elle dit qu'elle a tenté d'obtenir de l'aide de la police mexicaine, mais que ses efforts n'ont fait qu'aggraver la situation. Son conjoint a appris qu'elle avait déposé une plainte auprès de la police et il l'a sévèrement battue. Le frère du conjoint de la demanderesse était un policier.

[2] M^{me} Flores Carrillo a demandé l'asile au Canada en 2004. Un tribunal de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté sa demande parce qu'il a mis en doute la version des événements donnée par la demanderesse et a conclu qu'elle n'avait pas démontré qu'elle ne disposait pas de la protection de l'État au Mexique [[2006] D.S.P.R. n° 27 (QL)]. M^{me} Flores Carrillo soutient que la Commission a commis une erreur dans la manière selon laquelle elle a traité de sa preuve et dans son analyse de la question de la protection de l'État. Elle demande une nouvelle audience.

[3] Je partage l'opinion selon laquelle la Commission a commis une erreur et j'accueillerai la présente demande de contrôle judiciaire.

I. Les questions en litige

[4] Puisque j'ai conclu que la Commission a commis une erreur de droit dans son analyse de la question de la protection de l'État, je n'ai pas à traiter de la question de la crédibilité.

II. Analyse

a) La décision de la Commission

[5] La Commission a fait remarquer que le Mexique est une démocratie et que, par conséquent, on peut présumer qu'il offre une protection à ses citoyens. En outre, le

measures to deal with domestic violence—legislation, law enforcement, legal services, shelters for abused women, and health services. The Board found that Ms. Flores Carrillo had not made a determined effort to obtain state protection, having only approached the police once during four years of abuse.

[6] The Board [at paragraph 16] went on to conclude on the evidence before it that Ms. Flores Carrillo had not established that, “within the preponderance of probability category, the state of Mexico would not be reasonably forthcoming with serious efforts to protect the claimant if she was to return to Mexico and approach the state for protection.” It relied on the decision of Justice Marshall Rothstein (sitting as applications Judge) in *Xue v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 195 F.T.R. 229 (F.C.T.D.), at paragraph 12, in which he held that refugee claimants must satisfy, “for purposes of rebutting a presumption of state protection, the burden of a higher degree of probability commensurate with the clear and convincing requirement in *Ward*” (citing *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689).

[7] Ms. Flores Carrillo argues that the Board erred in its approach to the issue of state protection and, as a result, failed to analyse the documentary evidence before it suggesting that state protection for victims of domestic violence is seriously limited in Mexico.

[8] The respondent argues that the Board properly applied the presumption of state protection, and suggests that to impose on the Board an obligation to analyse the evidence in greater detail would have the effect of watering down that presumption and defeating the spirit of the *Ward* decision.

[9] To address these arguments, I must go back to first principles.

Mexique a en vigueur diverses mesures pour intervenir dans des cas de violence familiale—des lois, des services de police, des services juridiques, des refuges pour femmes victimes de mauvais traitements et des services de santé. La Commission a conclu que M^{me} Flores Carrillo n’avait pas fait d’efforts déterminés pour obtenir la protection de l’État puisqu’elle ne s’était adressée à la police qu’à une seule occasion au cours des quatre ans pendant lesquels elle avait subi des mauvais traitements.

[6] La Commission [au paragraphe 16] a ensuite conclu, selon la preuve dont elle disposait, que M^{me} Flores Carrillo n’avait pas démontré, « selon la prépondérance des probabilités, que l’État du Mexique ne pourrait pas raisonnablement faire des efforts sérieux pour protéger la demandeur [sic], si elle retournait au Mexique et s’adressait à l’État pour se faire protéger ». La Commission s’est fondée sur la décision *Xue c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] A.C.F. n° 1728 (1^{re} inst.) (QL) [au paragraphe 12], rendue par le juge Marshall Rothstein (qui siégeait pour entendre la demande), dans laquelle il a déclaré que les demandeurs d’asile doivent supporter, « aux fins de réfuter la présomption de la protection de l’État, le fardeau d’un plus grand degré de probabilité aligné sur l’exigence de clarté et de conviction énoncée dans l’arrêt *Ward* » (citant l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689).

[7] M^{me} Flores Carrillo soutient que la Commission a commis une erreur dans sa démarche à l’égard de la question de la protection de l’État et qu’elle a ainsi omis d’analyser la preuve documentaire dont elle disposait et qui donnait à penser que la protection de l’État pour les victimes de violence familiale est sérieusement limitée au Mexique.

[8] Le défendeur soutient que la Commission a appliqué correctement la présomption de la protection de l’État et il suggère que le fait d’imposer à la Commission une obligation consistant à analyser plus en détail la preuve aurait l’effet d’atténuer cette présomption et de faire échec à l’esprit de l’arrêt *Ward*.

[9] Je dois, pour traiter des arguments précédemment énoncés, retourner aux principes de base.

(b) The law of state protection

[10] State protection is an issue that arises from the very definition of a refugee. A refugee is a person who has “a well-founded fear of persecution” and is “unable or, by reason of that fear, unwilling” to obtain protection from their country of nationality (paragraph 96(a), *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27—see Annex A). The definition contains both subjective and objective elements: the claimant must actually fear persecution and that fear must be well founded.

[11] The issue of state protection arises within the objective branch of the definition of a refugee. Simply put, a person’s fear of persecution is not well founded if state protection is available. The contrary is also true—a person’s fear of persecution is well founded if state protection is unavailable (see *Ward*, above at page 726). Further, the definition of a refugee goes on to refer explicitly to the person’s inability or unwillingness, out of fear, to secure state protection. Accordingly, the issue of state protection can arise in more than one way but, practically speaking, it usually comes up in the consideration of the well-foundedness of a claim (*Zhuravlev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 3 (T.D.), at paragraph 18).

[12] The question of state protection generally arises only in cases where the person alleges persecution by persons who are not state agents. In those cases where the person claims persecution by the state itself, it can usually be assumed that no state protection is available (*Zhuravlev*, above, at paragraph 19).

[13] The burden of proof lies on claimants to show that they meet the definition of a refugee. To do so, they must prove that they actually fear persecution and that their fear is “well founded.” To establish a well-founded fear, refugee claimants must show that there is a “reasonable chance,” a “serious possibility” or “more than a mere possibility” that they will be persecuted if returned to

b) Le droit applicable à la protection de l’État

[10] La protection de l’État est une question qui résulte de la définition même du terme « réfugié ». Un réfugié est une personne qui craint « avec raison d’être persécutée » et « ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut » obtenir la protection du pays dont elle a la nationalité (alinéa 96a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—voir l’annexe A). La définition contient un élément subjectif et un élément objectif : le demandeur d’asile doit réellement craindre d’être persécuté et il doit craindre avec raison d’être persécuté.

[11] La question de la protection de l’État résulte de l’élément objectif de la définition de réfugié. En termes simples, la crainte d’être persécutée qu’éprouve une personne n’est pas justifiée si la protection de l’État est disponible. L’inverse est également vrai – la crainte d’être persécutée qu’éprouve une personne est justifiée si la protection de l’État n’est pas disponible (voir l’arrêt *Ward*, précité, à la page 726). De plus, la définition de réfugié renvoie ensuite expressément à l’incapacité ou à l’absence de volonté, en raison d’une crainte, d’obtenir la protection de l’État. Par conséquent, la question de la protection de l’État peut se poser de plus d’une manière, mais, en pratique, elle est habituellement soulevée lors de l’examen du bien-fondé d’une demande d’asile (*Zhuravlev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 4 C.F. 3 (1^{re} inst.), au paragraphe 18).

[12] La question de la protection de l’État n’est généralement soulevée que dans des cas où la personne prétend qu’elle a été persécutée par des individus qui ne sont pas des agents de l’État. Dans les cas où la personne prétend que l’État lui-même a exercé de la persécution, on peut habituellement tenir pour acquis qu’aucune protection de l’État n’est disponible (*Zhuravlev*, précitée, au paragraphe 19).

[13] Il incombe aux demandeurs d’asile de démontrer qu’ils sont visés par la définition de réfugié. Pour ce faire, ils doivent démontrer qu’ils craignent réellement, et « avec raison », d’être persécutés. Les demandeurs d’asile, pour établir qu’ils craignent avec raison d’être persécutés, doivent démontrer qu’il existe une « possibilité raisonnable », une « possibilité sérieuse » ou

their country of nationality (*Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.)). (By contrast, a person who claims to be in danger of being tortured, killed or subjected to cruel and unusual treatment must establish his or her claim on the balance of probabilities: *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 239 (F.C.A.)) In respect of particular underlying facts, the claimant shoulders a burden of proof on the balance of probabilities (*Adjei*, above, at page 682).

[14] In most situations, decision makers are entitled to presume that states are able to protect their citizens (*Ward*, above). Justice La Forest, in *Ward*, stated for the Court: “Absent some evidence, the claim should fail, as nations should be presumed capable of protecting their citizens” (at page 725). The exception is where there has been a complete breakdown of a state’s apparatus (*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Villafranca* (1992), 99 D.L.R. (4th) 334 (F.C.A.)).

[15] However, from my reading of the cases, the concept of the “presumption of state protection” does not mean that there is a higher burden of proof on claimants in cases involving the question of state protection. It simply means that, in those cases, claimants must tender reliable evidence on the point or risk failing to meet the definition of a refugee. In other words, the presumption is not a special hurdle that refugee claimants must overcome where the issue of state protection arises—rather, it simply establishes a starting point for analysing the well-foundedness of a claim.

[16] The presumption that Justice La Forest had in mind was clearly a legal presumption, not a factual one. There was no underlying fact, proof of which would give rise to the presumption of state protection. Rather, he stated a rule of law, similar to the presumption of

« plus qu’une simple possibilité » qu’ils seront persécutés s’ils sont renvoyés dans le pays dont ils ont la nationalité (*Adjei c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.)). (À l’inverse, une personne qui prétend être en danger de subir de la torture, d’être tuée ou d’être exposée à un traitement cruel et inusité doit établir selon la prépondérance des probabilités que sa demande d’asile est fondée : *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 239 (C.A.F.)) À l’égard de faits particuliers sous-jacents, le demandeur d’asile supporte un fardeau de la preuve selon la prépondérance des probabilités (*Adjei*, précité, à la page 682).

[14] Dans la plupart des situations, les décideurs peuvent présumer que les États sont capables d’assurer la protection de leurs citoyens (*Ward*, précité). Le juge La Forest, dans l’arrêt *Ward*, a déclaré ce qui suit au nom de la Cour suprême : « En l’absence d’une preuve quelconque, la revendication devrait échouer, car il y a lieu de présumer que les nations sont capables de protéger leurs citoyens » (à la page 725). Il y a une exception dans les cas où il y a eu un effondrement complet de l’appareil étatique (*Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Villafranca*, [1992] A.C.F. n° 1189 (C.A.) (QL)).

[15] Cependant, selon mon interprétation des différentes affaires, le concept de la « présomption de la protection de l’État » ne signifie pas que le fardeau de la preuve est plus strict pour les demandeurs d’asile dans les affaires comportant la question de la protection de l’État. Cela signifie simplement que, dans ces affaires, les demandeurs d’asile doivent fournir une preuve digne de foi sur cette question sans quoi ils risquent de ne pas tomber dans le champs d’application de la définition de réfugié. En d’autres mots, la présomption n’est pas un obstacle spécial que les demandeurs d’asile doivent surmonter dans les cas où la question de la protection de l’État est soulevée—plutôt, elle établit simplement un point de départ quant à l’analyse du bien-fondé d’une demande d’asile.

[16] La présomption que le juge La Forest avait en tête était manifestement une présomption légale, non une présomption de fait. Il n’y avait pas de fait sous-jacent, dont la preuve aurait donné lieu à la présomption de protection de l’État. Plutôt, il a énoncé une règle de droit,

innocence in criminal cases. This raises the question, which Justice Rothstein sought to answer in *Xue*, above, of what burden of proof falls on refugee claimants to rebut that presumption. In criminal matters, the burden on the Crown is to supply proof of guilt beyond a reasonable doubt. What burden falls on refugee claimants to rebut the presumption of state protection?

[17] In my view, Justice La Forest contemplated a burden merely to adduce reliable evidence on the point. It is important to note that Justice La Forest referred to the presumption of state protection within his discussion of the kind of evidence claimants might present to satisfy the definition of a refugee in those cases where it was an issue (i.e. where claimants alleged persecution on the part of persons not associated with the state). He said that claimants must provide “some evidence” [emphasis added] of a lack of protection—in other words, merely an evidentiary burden. He never mentions any particular standard of proof, such as a balance of probabilities. However, he gave examples of where the burden would be met: “For example, a claimant might advance testimony of similarly situated individuals let down by the state protection arrangement or the claimant’s testimony of past personal incidents in which state protection did not materialize” (at pages 724-725). Claimants would not have to provide that evidence where it was clear that the state’s apparatus had completely broken down. In other cases, “it should be assumed that the state is capable of protecting a claimant” (at page 725—emphasis added).

[18] In the paragraph following the statements set out above, Justice La Forest states that “this presumption increases the burden on the claimant” (at page 726). Again, however, one must look at that statement in its context. Justice La Forest had just referred to a case in

similaire à la présomption d’innocence dans les affaires en matière criminelle. Cela soulève la question, à laquelle le juge Rothstein a tenté de répondre dans la décision *Xue*, précitée, de savoir quel est le fardeau de la preuve qui incombe aux demandeurs d’asile pour réfuter cette présomption. Dans les affaires en matière criminelle, la Couronne a le fardeau de présenter une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Quel est le fardeau qui incombe aux demandeurs d’asile pour réfuter la présomption de la protection de l’État?

[17] À mon avis, le juge La Forest envisageait un fardeau simplement pour présenter une preuve digne de foi sur la question. Il importe de noter que le juge La Forest a mentionné la présomption de la protection de l’État dans le contexte de son analyse de la sorte de preuve que les demandeurs d’asile pourraient présenter pour établir qu’ils correspondent à la définition de réfugié dans les cas où elle était en cause (c’est-à-dire dans les cas où des demandeurs d’asile alléguaient avoir été persécutés par des personnes n’ayant pas de liens avec l’État). Il a déclaré que les demandeurs d’asile doivent fournir une « preuve quelconque » [non souligné dans l’original] d’une absence de protection—en d’autres mots, ils ont simplement un fardeau de présentation. Il n’a aucunement mentionné une norme de preuve particulière, comme la prépondérance des probabilités. Cependant, il a donné des exemples de cas dans lesquels le demandeur s’acquitterait du fardeau : « Par exemple, un demandeur pourrait présenter le témoignage de personnes qui sont dans une situation semblable à la sienne et que les dispositions prises par l’État pour les protéger n’ont pas aidées, ou son propre témoignage au sujet d’incidents personnels antérieurs au cours desquels la protection de l’État ne s’est pas concrétisée » (aux pages 724 et 725). Les demandeurs d’asile n’avaient pas à présenter cette preuve dans les cas où il était manifeste qu’il y avait eu un effondrement complet de l’appareil étatique. Dans les autres cas, « il y a lieu de présumer que l’État est capable de protéger le demandeur » (à la page 725 – non souligné dans l’original).

[18] Dans le paragraphe qui suit les déclarations précédemment énoncées, le juge La Forest déclare que « cette présomption accro[ît] l’obligation qui incombe au demandeur » (à la page 726). Une fois de plus, cependant, il faut examiner cette déclaration dans son

which a fugitive from the United States sought refugee protection in Canada on the grounds that he feared persecution within the American prison system (*Minister of Employment and Immigration v. Satiacum* (1989), 99 N.R. 171 (F.C.A.)). There, the Federal Court of Appeal had held that the United States should be presumed to treat its prisoners fairly. It said, at page 176:

In the absence of exceptional circumstances established by the claimant, it seems to me that in a Convention refugee hearing . . . Canadian tribunals have to assume a fair and independent judicial process in the foreign country. In the case of a non-democratic state, contrary evidence might be forthcoming, but in relation to a democracy like the United States contrary evidence might have to go to the extent of substantially impeaching, for example, the jury selection process in the relevant part of the country, or the independence or fair-mindedness of the judiciary itself.

[19] In my view, when Justice La Forest noted that the presumption of state protection increased the burden on claimants, he was merely referring to the reality that a claimant would have a difficult time showing a lack of state protection in a country that had established elaborate civil and judicial institutions, such as the United States, as compared to countries where the state apparatus is more rudimentary. He was not, as I read his decision, establishing a special standard of proof in relation to state protection.

[20] This interpretation is borne out by subsequent case law in which it has been made clear that a refugee claimant's evidence about a lack of state protection must be looked at in the context of the civil and judicial institutions of the state in question. For example, it will not always be enough for the claimant simply to show that he or she asked the police for protection and was turned down. There may have been other remedies reasonably available (*Kadenko v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 143 D.L.R. (4th) 532 (F.C.A.)). Similarly, evidence of a local failure to provide protection does not mean that the state as a whole fails to protect its citizens (*Zhuravlev*, above, at paragraph 31). As mentioned, the burden falls on claimants to prove underlying facts on a balance of

contexte. Tout juste avant, le juge La Forest avait renvoyé à une affaire dans laquelle un fugitif des États-Unis demandait l'asile au Canada parce qu'il craignait d'être persécuté dans le système d'emprisonnement américain (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Satiacum*, [1989] A.C.F. n° 505 (C.A.) (QL)). Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a déclaré qu'il devrait être présumé que les États-Unis traitent leurs prisonniers de façon juste. Elle a déclaré ce qui suit, au paragraphe 17:

En l'absence d'une preuve de circonstances exceptionnelles faite par le revendicateur, il me semble que lors de l'audition d'une revendication du statut de réfugié, [...] les tribunaux canadiens doivent tenir pour acquis qu'il existe un processus judiciaire équitable et impartial dans le pays étranger. Dans le cas d'un État non démocratique, il peut être facile de faire la preuve contraire, mais en ce qui a trait à un État démocratique comme les États-Unis, il se peut qu'il faille aller jusqu'à démontrer, par exemple, que le processus de sélection du jury est gravement atteint dans la région en question ou que l'indépendance ou le sens de l'équité des juges est en cause.

[19] À mon avis, lorsque le juge La Forest a mentionné que la présomption de la protection de l'État accroissait l'obligation qui incombe aux demandeurs, il renvoyait simplement à la réalité selon laquelle un demandeur aurait de la difficulté à démontrer une absence de protection de l'État dans un pays qui a établi des institutions civiles et judiciaires très au point, comme les États-Unis, par comparaison à des pays où l'appareil étatique est plus rudimentaire. Il n'établissait pas, selon mon interprétation de sa décision, une norme de preuve spéciale par rapport à la protection de l'État.

[20] Cette interprétation est corroborée par de la jurisprudence subséquente qui a établi clairement que la preuve d'absence de protection de l'État présentée par un demandeur d'asile doit être examinée en fonction des institutions civiles et judiciaires de l'État en cause. Par exemple, il ne suffira pas toujours pour un demandeur d'asile de simplement démontrer qu'il a demandé à la police de le protéger et que la protection lui a été refusée. Il se peut qu'il y ait eu d'autres réparations raisonnablement disponibles (*Kadenko c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1376 (C.A.) (QL)). De la même façon, la preuve de l'omission locale d'assurer une protection ne signifie pas que l'État dans l'ensemble omet d'assurer une protection à ses citoyens (*Zhuravlev*, précitée, au

probabilities. They also shoulder the burden of establishing that they meet the definition of a refugee. Therefore, in state protection cases, the claimant's evidence may, for example, establish that he or she went to the police for protection and was denied it. The question then is whether that fact is sufficient to support the well-foundedness of the claim—that is, whether it establishes that there is a reasonable chance of persecution on return. Obviously, to answer that question, the claimant's evidence must be analysed within the context of the conditions in his or her state of nationality.

[21] Another of Justice La Forest's statements in *Ward* is often cited as providing support for imposing a substantial burden of proof on refugee claimants, and it is the phrase that Justice Rothstein relied on in *Xue*, above. Justice La Forest said that, unless a state concedes its inability to provide protection (which was the situation in *Ward*), claimants must provide "clear and convincing confirmation of a state's inability to protect" (at page 724).

[22] The words "clear and convincing confirmation" could be interpreted as creating a standard of proof. They are sometimes used to refer to a standard of proof greater than a balance of probabilities and just short of proof beyond a reasonable doubt (see Kenneth S. Brown, ed. *McCormick on Evidence*, 6th ed. (St. Paul, Minn.: Thomson's West, 2006, at §340)). However, this is rare. In my view, Justice La Forest could not have intended to establish such a unique and elevated standard of proof in relation to state protection without any discussion on the point or any reference to the prior jurisprudence dealing with the burden of proof in refugee cases. In particular, he did not refer to the *Adjei* case, cited above, in which the Federal Court of Appeal specifically dealt with the burden of proof on refugee claimants in relation to the objective branch of the definition of a refugee. In fact, Justice La Forest held that, since the issue of state protection forms part of that objective aspect, evidence of a lack of state protection in itself amounts to proof of

paragraphe 31). Comme il a été mentionné, il incombe aux demandeurs d'asile de prouver les faits sous-jacents selon la prépondérance des probabilités. Ils doivent également supporter le fardeau d'établir qu'ils sont visés par la définition de réfugié. Par conséquent, dans des affaires portant sur la protection de l'État, la preuve du demandeur peut, par exemple, établir qu'il s'est adressé à la police pour obtenir une protection et qu'on lui a refusé la protection demandée. La question est donc de savoir si ce fait est suffisant pour appuyer le bien-fondé de la demande d'asile—à savoir s'il établit une possibilité raisonnable de persécution en cas de retour au pays dont le demandeur a la nationalité. Manifestement, il faut pour répondre à cette question que la preuve du demandeur soit analysée en fonction des conditions du pays dont il a la nationalité.

[21] Une autre des déclarations du juge La Forest dans l'arrêt *Ward* est souvent citée afin d'appuyer l'imposition d'un important fardeau de la preuve au demandeur d'asile, et c'est la phrase sur laquelle le juge Rothstein s'appuie dans la décision *Xue*, précitée. Le juge La Forest a déclaré que, à moins qu'un État reconnaisse son incapacité à assurer une protection (ce qui était le cas dans *Ward*), le demandeur d'asile doit « confirmer d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer la protection » (à la page 724).

[22] Les mots « confirmer d'une façon claire et convaincante » pourraient être interprétés de façon à créer une norme de preuve. Ils sont parfois utilisés pour renvoyer à une norme de preuve plus stricte que la norme de la prépondérance des probabilités et un peu moins stricte que celle de la preuve hors de tout doute raisonnable (voir Kenneth S. Brown, éd. *McCormick on Evidence*, 6^e éd. (St. Paul, Minn.: Thomson's West, 2006, au paragraphe 340)). Cependant, cette utilisation est rare. À mon avis, le juge La Forest ne peut pas avoir eu l'intention d'établir une telle norme de preuve unique et élevée par rapport à la protection de l'État sans avoir aucunement traité de ce point ou sans aucunement renvoyer à la jurisprudence antérieure qui traitait du fardeau de la preuve dans les affaires de demandeurs d'asile. En particulier, il n'a pas renvoyé à l'arrêt *Adjei*, précité, dans lequel la Cour d'appel fédérale a expressément traité du fardeau de la preuve pour les demandeurs d'asile par rapport à l'élément objectif de la

the well-foundedness of a refugee claim. He said, at page 726:

A subjective fear of persecution combined with state inability to protect the claimant creates a presumption that the fear is well-founded.

[23] It seems inconsistent with this approach to require claimants to prove a lack of state protection on an elevated standard of proof. It also would appear to be inconsistent with the interpretation and humanitarian purpose of the refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (see, e.g. Brian Gorlick, “Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status” (October 2002); Office of the United Nations High Commissioner For Refugees, “Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims” (16 December 1998)—for complete citations see Annex B). In my view, to meet the objective branch of the definition of a refugee, the claimant must prove that there is a reasonable chance of persecution if returned to his or her country of nationality. Accordingly, where the fear of persecution derives from a lack of state protection, the decision maker must simply determine whether the relevant evidence meets that standard. If it does, then the claimant’s fear is well founded.

[24] Once again, I note that the reference to “clear and convincing confirmation” appears within Justice La Forest’s discussion of the kind of evidence claimants should be expected to provide to show an absence of state protection. He is describing the nature of that evidence, not the burden of proof on claimants. He specifically noted, as mentioned above, that a description of the treatment of similarly situated persons or of a past failure to obtain protection would be sufficient. Claimants have to provide “some evidence.” Obviously, that evidence must be reliable or else the claimant’s fear of persecution could not be considered to be objectively “well founded.” A mere assertion by a refugee claimant that a state is unable to provide protection would not be

définition de réfugié. En fait, le juge La Forest a déclaré que, puisque la question de la protection de l’État fait partie de cet élément objectif, la preuve d’une absence de protection de l’État en soi équivaut à une preuve que la demande d’asile est justifiée. Il a déclaré ce qui suit, à la page 726:

Une crainte subjective de persécution conjuguée à l’incapacité de l’État de protéger le demandeur engendre la présomption que la crainte est justifiée.

[23] Il semble être incompatible avec ce point de vue d’exiger des demandeurs d’asile qu’ils prouvent qu’il y a absence de protection de l’État suivant une norme de preuve élevée. Cela semblerait également être incompatible avec l’interprétation et l’objet humanitaire de la Convention sur les réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (voir par exemple Brian Gorlick, « Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status » (octobre 2002); Bureau du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, « Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims » (16 décembre 1998)—pour la référence complète voir l’annexe B). À mon avis, pour satisfaire à l’élément objectif de la définition de réfugié, le demandeur d’asile doit prouver qu’il y a une possibilité raisonnable qu’il soit persécuté s’il est renvoyé dans le pays dont il a la nationalité. Par conséquent, lorsque la crainte de persécution découle d’une absence de protection de l’État, le décideur doit simplement établir si la preuve pertinente satisfait à cette norme. Si oui, alors la crainte du demandeur est justifiée.

[24] Une fois de plus, je mentionne que la déclaration selon laquelle il faut « confirmer d’une façon claire et convaincante » se retrouve dans l’analyse du juge La Forest portant sur la sorte de preuve qu’on devrait s’attendre à obtenir des demandeurs d’asile pour démontrer une absence de protection de l’État. Il décrit la nature de cette preuve, non le fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d’asile. Il a souligné expressément, comme précédemment mentionné, qu’une description des traitements subis par des personnes qui sont dans une situation semblable ou le défaut d’avoir obtenu une protection dans le passé serait suffisant. Les demandeurs d’asile doivent fournir une « preuve quelconque ». Manifestement, cette preuve doit être

enough, which Justice La Forest made clear in his reference to *Satiacum*, above. In my view, looking at his judgment as a whole, the words “clear and convincing” do not erect a standard of proof; they simply describe the kind of evidence that would be capable of satisfying the objective branch of the definition of a refugee.

digne de foi, sans quoi la crainte de persécution du demandeur d’asile ne pourra pas être considérée comme une crainte objectivement « justifiée ». Une simple affirmation d’un demandeur d’asile selon laquelle un État est incapable d’assurer une protection serait insuffisante, et c’est ce que le juge La Forest a clairement établi lorsqu’il a renvoyé à l’arrêt *Satiacum*, précité. À mon avis, lorsqu’on examine son jugement dans l’ensemble, les mots « claire et convaincante » n’érigent pas une norme de preuve; ils décrivent simplement la sorte de preuve qui pourrait satisfaire à l’élément objectif de la définition de réfugié.

[25] As mentioned, the words “clear and convincing” can be used to stipulate a standard of proof. But those, or similar, words can also be used to describe the evidence that is capable of meeting a particular standard of proof, quite apart from the standard itself. For example, the Supreme Court of Canada has held that a requirement to show there are “reasonable grounds to believe” that a person has committed a crime against humanity can only be met where there is “compelling and credible information” to support it: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, at paragraphs 114-117. Similarly, it has held that a decision to detain a permanent resident on a security certificate must be based on “compelling and credible” evidence: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, at paragraph 39. In both cases, the Court made clear that a relatively low standard of proof, “reasonable grounds to believe” (similar to the “reasonable chance” standard), could be met only by “compelling and credible” evidence. Without it, there would be no objective foundation for the finding in question. Similarly, in my view, without clear and convincing evidence of a lack of state protection, a claimant will fail to show that his or her claim is objectively well founded. However, this should not translate into a heightened standard of proof. The essential question remains: Has the claimant established that there is a reasonable chance that he or she will be persecuted if returned?

[25] Comme il a été mentionné, les mots « claire et convaincante » peuvent être utilisés pour énoncer une norme de preuve. Cependant, ces mots, ou des mots semblables, peuvent également être utilisés pour décrire la preuve qui peut satisfaire à une norme de preuve particulière, assez éloignée de la norme elle-même. Par exemple, la Cour suprême du Canada a déclaré qu’une exigence de démontrer qu’il y a des « motifs raisonnables de penser » qu’une personne a commis un crime contre l’humanité ne peut être respectée que lorsqu’il y a des « renseignements concluants et dignes de foi » à l’appui : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, aux paragraphes 114 à 117. De la même façon, elle a déclaré qu’une décision de détenir un résident permanent en vertu d’un certificat de sécurité doit être fondée sur des renseignements concluants et dignes de foi : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, au paragraphe 39. Dans les deux cas, la Cour suprême a clairement établi qu’une norme de preuve relativement peu élevée, la norme des « motifs raisonnables de croire » (semblable à la norme de la « possibilité raisonnable »), ne peut être satisfaite que par une preuve « concluante et digne de foi ». Sans cette preuve, il n’y aurait pas de fondement objectif pour la conclusion en cause. De la même façon, à mon avis, à défaut d’une preuve claire et convaincante d’une absence de protection de l’État, un demandeur d’asile ne démontrera pas que sa demande d’asile est objectivement justifiée. Toutefois, cela ne devrait pas se traduire par une norme de preuve plus élevée. La question essentielle demeure la suivante : Le demandeur d’asile a-t-il démontré qu’il y a une possibilité raisonnable d’être persécuté s’il est renvoyé dans son pays?

[26] As Justice Denis Pelletier has noted, “the question of state protection is rarely a yes/no proposition” (*Zhuravlvev*, above, at paragraph 19). Similarly, as Professor Audrey Macklin has stated, the “availability of state protection can rarely be described in absolutes” (“Refugee Women and the Imperative of Categories” (1995), 17 *Hum. Rts. Q.* 213, at page 266). It would be extremely onerous to place on refugee claimants the burden of proving a definitive absence of state protection. After all, refugees “are generally persons who fled with little else than what they could carry in their arms” and their “knowledge may not extend beyond their own experience and that of others who are similarly placed” (*Zhuravlvev*, at paragraph 24). The effect of imposing such a high burden of proof might be to require claimants in some cases to prove a likelihood of persecution, which the Federal Court of Appeal expressly rejected in *Adjei* in favour of a requirement that they merely prove a reasonable chance of persecution. In addition, it could mean that claimants who had discharged the general burden, by proving a genuine fear and a reasonable chance of persecution, would be denied refugee protection if they failed to establish an absence of state protection at a high standard of proof. In other words, claimants could be denied refugee protection even though they had met the definition of a refugee. Further, it could result in imposing a higher burden on persons who allege persecution by non-state agents than on those who claim to have been persecuted by the state. I see no support for these propositions in Canadian law.

(c) Application to this case

[27] Ms. Flores Carrillo stated that her common-law spouse began abusing her in 2001. She complained to police in 2004 after a severe beating, and then hid at a friend’s house. Her spouse, with the help of his brother, a police officer, found her and beat her again. She decided to flee to Canada.

[26] Comme le juge Denis Pelletier a mentionné, « il est rare qu’il soit possible de répondre d’une façon catégorique, par un oui ou par un non, à la question de savoir si l’État fournit une protection » (*Zhuravlvev*, précitée, au paragraphe 19). De la même façon, comme la professeure Audrey Macklin a déclaré, la [TRADUCTION] « disponibilité de la protection de l’État peut rarement être décrite de façon absolue » (« Refugee Women and the Imperative of Categories » (1995), 17 *Hum. Rts. Q.* 213, à la page 266). Il serait extrêmement astreignant pour les demandeurs d’asile qu’un fardeau de prouver une absence définitive de protection de l’État leur soit imposé. Après tout, lorsqu’on parle de réfugiés, il « s’agit en général de personnes qui se sont enfuies avec peu de possessions à part celles qu’elles pouvaient emporter avec elles » et leurs « connaissances se limitent peut-être à leur expérience personnelle et à celle d’autres personnes qui se trouvent dans la même situation qu’elles » (*Zhuravlvev*, au paragraphe 24). L’effet d’imposer un tel fardeau élevé de la preuve pourrait être d’exiger des demandeurs d’asile dans certains cas qu’ils prouvent une probabilité de persécution, ce que la Cour d’appel fédérale a expressément rejeté dans l’arrêt *Adjei* en faveur d’une exigence qu’ils prouvent simplement une possibilité raisonnable de persécution. En outre, cela pourrait signifier que des demandeurs d’asile qui se sont acquittés du fardeau général, en prouvant une crainte véritable et une possibilité raisonnable de persécution, se verraient refuser l’asile s’ils ne réussissent pas à établir une absence de protection de l’État selon une norme de preuve stricte. En d’autres mots, des demandeurs d’asile pourraient se voir refuser l’asile même s’ils sont visés par la définition de réfugié. En outre, cela pourrait résulter en une imposition d’un fardeau plus élevé aux personnes qui allèguent avoir été persécutées par des individus qui ne sont pas des agents de l’État qu’à celles qui prétendent avoir été persécutées par l’État. Je ne vois rien en droit canadien qui appuie ces propositions.

c) Application à la présente affaire

[27] M^{me} Flores Carrillo a déclaré que son conjoint de fait a commencé à lui faire subir des mauvais traitements en 2001. Elle a déposé une plainte auprès de la police en 2004 après avoir été sévèrement battue, et elle s’est ensuite cachée chez un ami. Son conjoint, avec l’aide de son frère, un policier, l’a retrouvée et l’a battue de nouveau. Elle a décidé de s’enfuir au Canada.

[28] The Board expressed concern about the claimant's credibility because of inconsistencies between her oral testimony and her written narrative. As a result, the Board gave little weight to her claim to have sought state protection. In particular, it discounted the significance of a written denunciation against her spouse issued by the Mexican Attorney General's Office, which described the details of her complaint and referred to a medical report supporting her description of her injuries.

[29] However, the Board went on to state that even if Ms. Flores Carrillo's account was true, she had not done enough to obtain state protection and had failed to discharge the high burden of proof on her. In particular, the Board found [at paragraph 20] that Ms. Flores Carrillo had not "rebutted the presumption of state protection with 'clear and convincing' evidence within the 'preponderance of probability category'."

[30] In light of my discussion of the burden of proof on refugee claimants, I find that the Board erred in law. In my view, the presumption of state protection falls away once the claimant has provided reliable evidence of a lack of state protection. At that point, the Board must determine whether it is satisfied that the claimant's case is well founded. The question is: does the evidence establish that there is a reasonable chance that the claimant will be persecuted on return? Accordingly, where state protection is an issue, the Board should ask itself whether the limitations on the availability of state protection for the claimant give rise to that reasonable chance of persecution. I do not accept the respondent's contention that the presumption of state protection relieves the Board of the duty to analyse the relevant evidence.

[31] I must emphasize that there is more than one way to express the burden and standard of proof on refugee claimants. It is only where a decision maker has imposed

[28] La Commission a exprimé des préoccupations quant à la crédibilité de la demanderesse en raison d'incohérences entre son témoignage de vive voix et son exposé des faits écrit. Par conséquent, la Commission a accordé peu de poids à sa prétention selon laquelle elle avait demandé la protection de l'État. En particulier, la Commission a accordé peu d'importance à une dénonciation écrite faite contre le conjoint de la demanderesse délivrée par le bureau du procureur général du Mexique, laquelle dénonciation décrivait les détails de sa plainte et mentionnait un rapport médical qui appuyait sa description de ses blessures.

[29] Cependant, la Commission a ensuite déclaré que, même si le récit de M^{me} Flores Carrillo était vrai, elle n'avait pas pris suffisamment de mesures pour obtenir la protection de l'État et ne s'était pas acquittée du lourd fardeau de la preuve qui lui était imposé. En particulier, la Commission a conclu [au paragraphe 20] que M^{me} Flores Carrillo n'avait pas « réfuté la présomption de la protection de l'État avec une preuve " claire et convaincante " selon la " prépondérance des probabilités " ».

[30] Compte tenu de mon analyse du fardeau de la preuve imposé aux demandeurs d'asile, je conclus que la Commission a commis une erreur de droit. À mon avis, la présomption de la protection de l'État diminue une fois que le demandeur d'asile a fourni une preuve fiable d'une absence de protection de l'État. À ce moment, la Commission doit décider si elle est convaincue que la demande d'asile est justifiée. La question est la suivante : La preuve établit-elle qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur d'asile soit persécuté à son retour au pays? Par conséquent, lorsque la protection de l'État est une question en litige, la Commission devrait se demander si les restrictions quant à la disponibilité de la protection de l'État pour le demandeur d'asile donnent lieu à une possibilité raisonnable de persécution. Je n'accepte pas la prétention du défendeur selon laquelle la présomption de la protection de l'État dégage la Commission de l'obligation d'analyser la preuve pertinente.

[31] Je dois attirer l'attention sur le fait qu'il existe plus d'une façon d'exprimer le fardeau de la preuve et la norme de la preuve applicables aux demandeurs d'asile.

a standard that is clearly too high, or has failed to make clear what standard was applied, that the Court should order a new hearing. Even then, a new hearing is not necessary if, based on the paucity of evidence supporting the claimant's case, the result would inevitably have been the same: *Alam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 41 Imm. L.R. (3d) 263 (F.C.). In this case, the Board imposed too high a standard and I cannot conclude, based on the evidence Ms. Flores Carrillo supplied, that the result would necessarily have been the same had the proper standard been applied.

[32] I will entertain any submissions regarding a question for certification that are provided within 10 days of this decision.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT IS that:

1. The application for judicial review is allowed. A new hearing is ordered.
2. Submissions regarding a certified question must be filed within 10 days of the date of this judgment.

Annex "A"

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

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 those countries;

Annex "B"

Brian Gorlick, "Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status" (October 2002), online: United Nations High

Ce n'est que dans les cas où un décideur a imposé une norme qui est manifestement trop élevée, ou n'a pas établi clairement la norme qui a été appliquée, que la Cour devrait ordonner une nouvelle audience. Même dans ces cas, une nouvelle audience n'est pas nécessaire si, compte tenu du manque de preuve appuyant la demande d'asile, le résultat serait inévitablement le même : *Alam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 4. Dans la présente affaire, la Commission a imposé une norme trop élevée et je ne peux conclure, compte tenu de la preuve présentée par M^{me} Flores Carrillo, que le résultat aurait nécessairement été le même si la norme appropriée avait été appliquée.

[32] J'examinerai les observations à l'égard de la certification d'une question qui seront déposées dans les 10 jours de la présente décision.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. Une nouvelle audience sera tenue.
2. Les observations à l'égard de la certification d'une question doivent être déposées dans les 10 jours de la date du présent jugement.

Annexe « A »

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

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 tous 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;

Annexe « B »

Brian Gorlick, « Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugees Status » (octobre 2002), en ligne: United Nations High

Commissioner for Refugees (UNHCR) <<http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db7c5a94.pdf>>

Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, “Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims” (16 December 1998), online: Refugee Law Reader <<http://www.refugeelawreader.org/294.pdf>>.

Commissioner for Refugees (UNHCR) <http://www.unhcr.org/research/RESEARCH/3db7c5a94.pdf>>

Bureau du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, « Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims » (16 décembre 1998), en ligne: Refugee Law Reader, <<http://www.refugeelawreader.org/294.pdf>>.

	2007 FC 300 T-165-07	2007 CF 300 T-165-07
Ferring Inc. (Applicant)		Ferring Inc. (demanderesse)
v.		c.
The Minister of Health, Apotex Inc. and Novopharm Limited (Respondents)		Le ministre de la Santé, Apotex Inc. et Novopharm Limited (défendeurs)
	T-2188-06	T-2188-06
Sanofi-Aventis Canada Inc. (Applicant)		Sanofi-Aventis Canada Inc. (demanderesse)
v.		c.
The Minister of Health, the Attorney General of Canada and Novopharm Inc. (Respondents)		Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Novopharm Inc. (défendeurs)
	T-2189-06	T-2189-06
Sanofi-Aventis Canada Inc. (Applicant)		Sanofi-Aventis Canada Inc. (demanderesse)
v.		c.
The Minister of Health, the Attorney General of Canada and Apotex Inc. (Respondents)		Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Apotex Inc. (défendeurs)
	T-2196-06	T-2196-06
Sanofi-Aventis Canada Inc. (Applicant)		Sanofi-Aventis Canada Inc. (demanderesse)
v.		c.
The Minister of Health, the Attorney General of Canada and Apotex Inc. (Respondents)		Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Apotex Inc. (défendeurs)
	T-2220-06	T-2220-06
Novopharm Limited (Applicant)		Novopharm Limited (demanderesse)
v.		c.
The Minister of Health, the Attorney General of Canada and Sanofi-Aventis Canada Inc. (Respondents)		Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Sanofi-Aventis Canada Inc. (défendeurs)
<i>INDEXED AS: FERRING INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ : FERRING INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)</i>

Federal Court, Hughes J.—Toronto, March 1, 2, 5, 6, 8, 9; Ottawa, March 20, 2007.

Patents — Practice — Judicial review of decisions issuing notices of compliance (NOCs) to Apotex Inc., Novopharm Limited (generic drugs manufacturers) despite patents listed on Patent Register by Ferring Inc., Sanofi-Aventis Canada Inc. (innovator drug companies), in all but one instance — Relevant Regulations, case law reviewed — Minister’s policy for dealing with whether generic required to address listed patent consistent with S.C.C. decision in AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) — Generics not required to address Ferring’s patents as those patents not listed against NOC extant at time of filing of abbreviated new drug submission by generics — Minister not required to inform Ferring of generics’ pending NOC submissions — Novopharm required to address Sanofi-Aventis’ non-HOPE (Heart Outcomes Prevention Evaluation) patents as those patents linked to NOC relevant to comparator drug — Ministers’s decision issuing NOC to Apotex reasonable as consideration of product monographs falling within his discretion — Applications dismissed.

Administrative Law — Functus officio — Judicial review of decisions issuing notices of compliance (NOCs) to generic drug companies — Minister acting in purely administrative capacity, entitled to revisit circumstances from time to time (i.e. whether generics “second person[s]” for purposes of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations) — Only when final step taken (i.e. issuance of NOC) does functus issue arise.

These were applications for judicial review of decisions by the Minister of Health issuing notices of compliance to Apotex Inc. and Novopharm Limited (the generics), notwithstanding patents listed on the Patent Register by Ferring Inc. and Sanofi-Aventis Canada Inc. (the innovators), in all but one instance.

At issue was the interpretation and application of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) subsection 5(1), and in particular whether and when a “generic” becomes a “second person” as defined in the Regulations, section 2. The Minister’s decision followed the release of the Supreme Court of Canada’s decision in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of*

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 1, 2, 5, 6, 8 et 9 mars; Ottawa, 20 mars 2007.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des avis de conformité ont été délivrés à Apotex Inc. et à Novopharm Limited (les fabricants de génériques), malgré les brevets de Ferring Inc. et de Sanofi-Aventis Canada Inc. (les sociétés pharmaceutiques innovatrices) figurant au registre de brevets, dans tous les cas sauf un — Examen de la réglementation et de la jurisprudence pertinentes — La politique du ministre pour traiter la question de savoir si le fabricant du générique est tenu de traiter un brevet sur la liste de brevets est conforme au raisonnement tenu par la C.S.C. dans l’arrêt AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) — Les fabricants de génériques n’étaient pas tenus de traiter les brevets de Ferring, ceux-ci n’étant pas inscrits sur la liste en relation avec l’avis de conformité ayant effet à la date du dépôt de la présentation abrégée de drogue nouvelle des fabricants de génériques — Le ministre n’était pas tenu d’informer Ferring des demandes d’avis de conformité des fabricants de génériques en instance d’examen — Novopharm était tenue de traiter les brevets non-HOPE (Heart Outcomes Prevention Evaluation) de Sanofi-Aventis, ceux-ci ayant un lien avec l’avis de conformité pertinent à l’égard de la drogue de comparaison — La décision du ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex était raisonnable puisque l’examen des monographies de produits relève de son champ d’expertise — Demandes rejetées.

Droit administratif — Dessaisissement — Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles des avis de conformité ont été délivrés à des sociétés pharmaceutiques fabricantes de génériques — Le ministre agissait dans une fonction purement administrative et il avait le droit de réexaminer les circonstances à l’occasion (c.-à-d. la question de savoir si les fabricants de génériques sont des « seconde[s] personne[s] » pour l’application du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)) — Ce n’est qu’à la dernière étape, en l’occurrence la délivrance d’un avis de conformité, que la question du dessaisissement peut se poser.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le ministre de la Santé a délivré des avis de conformité à Apotex Inc. et à Novopharm Limited (les fabricants de génériques), malgré les brevets de Ferring Inc. et de Sanofi-Aventis Canada Inc. (les innovateurs) figurant au registre de brevets, dans tous les cas sauf un.

La question à trancher portait sur l’interprétation et l’application du paragraphe 5(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement AC), notamment si le « fabricant du générique » devient la « seconde personne » définie à l’article 2 du Règlement et, le cas échéant, à partir de quel moment il le devient. La décision du ministre a été prise après la publication de la décision

Health), wherein it was held that a generic does not always need to address all of the listed patents.

Held, the applications should be dismissed.

After the release of the *AstraZeneca* decision, the Minister adopted a policy for dealing with whether a generic is required to address any particular listed patent. First, the date of filing of the abbreviated new drug submission (ANDS) by the generic should be used to determine which notices of compliance have been issued in respect of the comparator drug. All patents listed in respect of the relevant NOC as of the date on which the generic purchased the comparator drug must be addressed by the generic. Second, where further NOCs have been issued to the innovator after the date of purchase of the comparator drug, the Minister determines whether the generic has made use of changes made to the comparator drug since the original date of purchase. If the generic has made use of such changes, then all patents added to the patent list subsequent to the date of purchase that are pertinent to the changes the generic has taken advantage of must be addressed. This policy is consistent with the reasoning of the Supreme Court in *AstraZeneca* and the applicable provisions of the NOC Regulations. A few modifications to this policy were in order, but these changes did not affect the outcome of the Minister's decisions.

AstraZeneca says that section 7 (which directs that the Minister is not to issue an NOC before the latest of a set of enumerated circumstances) only applies where a generic is a "second person" as described in the NOC Regulations, paragraph 5(3)(d). In the cases at bar, the Minister held that the generic was such a person in only one instance. The innovators' argument that the Minister was *functus* and could not address or re-address the issue of whether the generics were, in fact, "second person[s]" was rejected. The doctrine of *functus officio* should not be applied rigorously in respect of every sort of administrative ruling. Here, the Minister was acting in a purely administrative capacity. He was entitled to visit and revisit circumstances from time to time as conditions changed and new issues arose. It is only when the final step is taken (i.e. the issuance of an NOC), that the issue of *functus* can arise.

rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, où la Cour a statué que le fabricant du générique n'est aucunement tenu de traiter tous les brevets inscrits sur la liste dans toutes les circonstances.

Jugement : les demandes doivent être rejetées.

Après la publication de l'arrêt *AstraZeneca*, le ministre a adopté une politique pour traiter la question de savoir si le fabricant du générique est tenu de traiter un ou plusieurs brevets particuliers sur la liste de brevets. Premièrement, la date à laquelle le fabricant du générique a déposé la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) devrait servir à déterminer quels avis de conformité ont été délivrés à l'égard de la drogue de comparaison. Le fabricant du générique doit traiter tous les brevets inscrits sur la liste en rapport avec l'avis de conformité pertinent à compter de la date d'achat de la drogue de comparaison. Deuxièmement, dans le cas où d'autres avis de conformité ont été délivrés à l'innovateur après la date d'achat de la drogue de comparaison, le ministre décide si le fabricant du générique a utilisé ou non les changements apportés à la drogue de comparaison depuis la date d'achat originale. Dans l'affirmative, le fabricant du générique doit traiter tous les brevets ajoutés à la liste de brevets après la date d'achat qui sont pertinents à l'égard des changements dont il a tiré parti. Cette politique est conforme au raisonnement tenu par la Cour suprême dans l'arrêt *AstraZeneca* et aux dispositions applicables du Règlement AC. Quelques modifications s'imposaient à l'égard de la politique, mais elles n'auraient pas changé l'issue des décisions du ministre.

Selon l'arrêt *AstraZeneca*, l'article 7 (qui prescrit au ministre de ne pas délivrer d'avis de conformité avant la survenance de la dernière circonstance d'une série donnée de circonstances) ne s'applique que dans le cas où le fabricant du générique est une « seconde personne » au sens de l'alinéa 5(3)d) du Règlement AC. En l'espèce, le ministre a déclaré que le fabricant du générique était une « seconde personne » que dans un cas. L'argument des innovateurs selon lequel le ministre était dessaisi (*functus*) et qu'il ne pouvait pas examiner ou réexaminer la question de savoir si les fabricants de génériques étaient, en fait, des « seconde[s] personne[s] » a été rejeté. La doctrine du dessaisissement (*functus officio*) ne devrait pas être appliquée rigoureusement à toutes sortes de décisions administratives. En l'espèce, le ministre agissait dans une fonction purement administrative. Il avait le droit d'examiner et de réexaminer les circonstances à l'occasion selon l'évolution de la situation et si de nouvelles questions étaient soulevées. Ce n'est qu'à la dernière étape, en l'occurrence la délivrance d'un avis de conformité, que la question du dessaisissement peut se poser.

As to Ferring's argument that the Minister should have required that each of the generics address two of its listed patents, the '833 and '335 patents, the Minister needed only to look at patents listed against the NOC extant at the time of the filing of the ANDS by the generics (or the purchase date of the comparator drugs), i.e. the NOC of September 14, 2000. The '833 and '335 patents were not added until the further NOC was granted to Ferring on November 21, 2005. They therefore did not need to be addressed by the generics. The decisions were not contrary to the principles of natural justice. The Minister was not required to inform Ferring of the generics' pending NOC submissions. Nor was the Minister required to afford Ferring an opportunity to be heard before making a decision as to whether the generics were "second person[s]", or to issue an NOC to them. Finally, Ferring did not have status to seek judicial review of the Minister's decision that Novopharm was not a "second person", as it only had a commercial interest in the matter.

The patents at issue in the cases involving Sanofi-Aventis concerned a drug marketed by it under the name "Altace." Specifically, these patents were the '387 and '549 patents (Heart Outcomes Prevention Evaluation or HOPE patents), and the '089 and '948 patents (non-HOPE patents). An NOC was issued to Apotex for old uses of "Altace" (not the HOPE or non-HOPE uses), whereas Novopharm was required to address the non-HOPE patents. The Minister's rationale was consistent with the direction given by the Supreme Court in *AstraZeneca* with respect to patents that have been listed in respect of an NOC in existence at the time when the comparator drug was acquired. The Minister performed a patent specific analysis, linking the relevant patents to the relevant NOC as directed in *AstraZeneca*. Subsections 4(4) and 4(5) of the NOC Regulations allow patents to be listed against a previous NOC provided that the application for the patent was filed before that NOC application was filed and the patent is submitted for listing within 30 days of its issuance. Pursuant to *AstraZeneca*, a generic must address patents "linked to" the NOC that is relevant to the comparator drug. Here, the NOC relevant to the comparator drug was linked to the non-HOPE patents. That is why Novopharm had to address the non-HOPE patents, even though it did not seek approval for an NOC that would include such uses. As to the Minister's decision with respect to Apotex, it was reasonable in light of the evidence before him. The consideration of product monographs is a matter that falls within the Minister's expertise.

Pour ce qui est de l'argument de Ferring selon lequel le ministre aurait dû exiger de chacun des fabricants de génériques qu'il traite ses deux brevets inscrits sur la liste, soit les brevets '833 et '335, le ministre ne devait considérer que les brevets inscrits sur la liste en relation avec l'avis de conformité ayant effet à la date du dépôt de la PADN des fabricants de génériques (ou la date d'achat des drogues de comparaison), c.-à-d. l'avis de conformité du 14 septembre 2000. Les brevets '833 et '335 n'ont pas été ajoutés avant la délivrance de l'autre avis de conformité à Ferring le 21 novembre 2005. Ils n'avaient donc pas à être traités par les fabricants de génériques. Les décisions ne contrevenaient pas aux principes de la justice naturelle. Le ministre n'était pas tenu d'informer Ferring des demandes d'avis de conformité des fabricants de génériques en instance d'examen. Le ministre n'était pas tenu non plus d'accorder à Ferring la possibilité d'être entendue avant de rendre sa décision quant à la question de savoir si les fabricants de génériques étaient des « seconde[s] personne[s] », ou de leur délivrer un avis de conformité. Enfin, Ferring n'avait pas la qualité requise pour demander le contrôle judiciaire de la décision du ministre portant que Novopharm n'était pas une « seconde personne » puisqu'elle n'avait qu'un intérêt commercial dans l'affaire.

Les brevets en cause dans les affaires visant Sanofi-Aventis portaient sur un médicament commercialisé sous la dénomination d'« Altace ». Plus particulièrement, il s'agissait des brevets '387 et '549 (Heart Outcomes Prevention Evaluation, soit les brevets HOPE), et les brevets '089 et '948 (les brevets non-HOPE). Un avis de conformité a été délivré à Apotex pour les usages anciens d'« Altace » (pas les usages HOPE ou non-HOPE), alors que Novopharm était tenue de traiter les brevets non-HOPE. Le raisonnement du ministre était conforme aux directives données par la Cour suprême dans l'arrêt *AstraZeneca* relativement aux brevets inscrits sur une liste en relation avec un avis de conformité qui avait effet au moment où la drogue de comparaison a été acquise. Le ministre a exécuté une analyse de brevets précis, mettant en relation les brevets pertinents et l'avis de conformité pertinent comme l'enseigne l'arrêt *AstraZeneca*. Les paragraphes 4(4) et 4(5) du Règlement AC permettent que des brevets soient inscrits sur une liste de brevets en rapport avec un avis de conformité antérieur, à condition que la demande de brevet ait été déposée avant la demande d'avis de conformité et que le brevet soit soumis en vue de son inscription sur la liste dans un délai de 30 jours de sa délivrance. Selon l'arrêt *AstraZeneca*, un fabricant de génériques doit traiter les brevets qui ont « un lien » avec l'avis de conformité pertinent à l'égard de la drogue de comparaison. En l'espèce, l'avis de conformité pertinent à l'égard de la drogue de comparaison avait un lien aux brevets non-HOPE. C'est la raison pour laquelle Novopharm devait traiter les brevets non-HOPE, même si elle n'a pas demandé l'approbation d'un avis de conformité qui inclurait ces utilisations. La décision que le

ministre a rendue à l'égard d'Apotex était raisonnable à la lumière de la preuve dont il disposait. L'examen des monographies de produits relève du champ d'expertise du ministre.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299, Art. 41.
- Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984).
- 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).
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.08.001.1 "Canadian reference product" (as enacted by SOR/95-411, s. 3), "pharmaceutical equivalent" (as enacted *idem*), C.08.002(1)(a) (as am. *idem*, s. 4), C.08.002.1 (as enacted *idem*, s. 5), C.08.003(2) (as am. *idem*, s. 6), C.08.004.1 (as enacted *idem*, s. 6; SOR/2006-241, s. 1).
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3.
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, March 20, 1883, as revised at Brussels on December 14, 1900, at Washington on June 2, 1911, at The Hague on November 6, 1925, at London on June 2, 1934, at Lisbon on October 31, 1958, and at Stockholm on July 14, 1967, 828 U.N.T.S. 305.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 35(1) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12), 55(1)(b) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).
- Patent Cooperation Treaty*, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
- Patent Rules*, SOR/96-423, ss. 26 (as am. by SOR/2007-90, s. 4), 28.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 "first person", "second person" (as am. by SOR/99-379, s. 1; 2006-242, s. 1), 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2; 2006-242, s. 2), 4 (as am. by SOR/98-166, s. 3; 2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2; 2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), 6(1) (as am. *idem*, s. 3; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1875(E)), (5)(a) (as am. by SOR/2006-242,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3.
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, art. 41.
- Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, 828 R.T.N.U. 305.
- Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984).
- Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47.
- 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. 35(1) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 12), 55(1)(b) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).
- 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 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001.1 « équivalent pharmaceutique » (édicte par DORS/95-411, art. 3), « produit de référence canadien » (édicte, *idem*), C.08.002(1)(a) (mod., *idem*, art. 4), C.08.002.1 (édicte, *idem*, art. 5), C.08.003(2) (mod., *idem*, art. 6), C.08.004.1 (édicte, *idem*, art. 6; DORS/2006-241, art. 1).
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 « première personne », « seconde personne » (mod. par DORS/99-379, art. 1; 2006-242, art. 1), 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2; 2006-242, art. 2), 4 (mod. par DORS/98-166, art. 3; 2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2; 2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), 6(1) (mod., *idem*, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)), (5)(a) (mod. par DORS/2006-242, art. 3), (5)(b) (mod., *idem*), 7 (mod. par

s. 3), (5)(b) (as am. *idem*), 7 (as am. by SOR/98-166, s. 6; 2006-242, s. 4).

World Trade Organization Agreement Implementation Act, S.C. 1994, c. 47.

DORS/98-166, art. 6; 2006-242, art. 4).

Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 26 (mod. par DORS/2007-90, art. 4), 28.

Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health), [2006] 2 S.C.R. 560; (2006), 272 D.L.R. (4th) 577; 52 C.P.R. (4th) 145; 354 N.R. 88; 2006 SCC 49; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519; 263 F.T.R. 161; 2004 FC 1277; affd [2006] 1 F.C.R. 297; (2005), 254 D.L.R. (4th) 690; 40 C.P.R. (4th) 353; 336 N.R. 166; 2005 FCA 189 (as to standard of review); *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2006 FC 1493; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; (1997), 142 D.L.R. (4th) 193; 43 Admin. L.R. (2d) 1; 31 C.C.L.T. (2d) 236; 206 N.R. 363; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 167 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *Aventis Pharma Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 45 C.P.R. (4th) 6; 2005 FC 1396.

CONSIDERED:

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; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 299; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519; 263 F.T.R. 161; 2004 FC 1277; affd [2006] 1 F.C.R. 297; (2005), 254 D.L.R. (4th) 690; 40 C.P.R. (4th) 353; 336 N.R. 166; 2005 FCA 189; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; (1989), 101 A.R. 321; 62 D.L.R. (4th) 577; [1989] 6 W.W.R. 521; 70 Alta. L.R. (2d) 193; 40 Admin. L.R. 128; 36 C.L.R. 1; 99 N.R. 277; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500; (1976), 67 D.L.R. (3d) 505; [1976] C.T.C. 339; 10 N.R. 153 (C.A.); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161; 278 F.T.R. 1; 2005 FC 1283; affd (2006), 265 D.L.R. (4th) 308; 46 C.P.R. (4th) 401; 349 N.R. 183; 2006 FCA 64.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), [2006] 2 R.C.S. 560; 2006 CSC 49; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1277; conf. par [2006] 1 R.C.F. 297; 2005 CAF 189 (quant à la norme de contrôle); *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2006 CF 1493; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 662 (1^{re} inst.) (QL); *Aventis Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1396.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1277; conf. par [2006] 1 R.C.F. 297; 2005 CAF 189; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Rothmans of Pall Mall Canada Limited c. Ministre du Revenu national (n° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283; conf. par 2006 CAF 64.

REFERRED TO:

Bayer Inc. v. Canada (Attorney General) (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 170 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 52 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Schering Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 332; 114 F.T.R. 310 (F.C.T.D.); *Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50; (1998), 78 C.P.R. (3d) 54; 149 F.T.R. 63 (T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (F.C.A.); *Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 8 C.P.R. (4th) 302; 193 F.T.R. 117 (F.C.T.D.); *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Canadian Grain Commission)* (2004), 260 F.T.R. 310; 2004 FC 1307; *Merck and Co., Inc. v. Brantford Chemicals Inc. et al.* (2005), 37 C.P.R. (4th) 481; 330 N.R. 186; 2005 FCA 48; *Monsanto Co. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 500; 172 F.T.R. 210 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FC 232.

APPLICATIONS for judicial review of decisions by the Minister of Health to issue notices of compliance to generic drug companies, notwithstanding patents listed on the Patent Register by innovator drug companies, in all but one instance. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Patrick E. Kierans, Orestes Pasparakis and Jason C. Markwell for applicant in T-165-07.

Gunars A. Gaikis, Yoon Kang, Nancy P. Pei and A. David Morrow for Sanofi-Aventis Canada Inc., applicant in T-2188-06, T-2189-06 and T-2196-06, and respondent in T-2220-06.

Jonathan Stainsby and Mark Edward Davis for Novopharm Inc., applicant in T-2220-06, and respondent in T-2188-06.

Frederick B. Woyiwada for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada in T-165-07, T-2188-06, T-2189-06, T-2196-06 and T-2220-06.

Harry B. Radomski, Nando De Luca, Miles Hastie

DÉCISIONS CITÉES :

Bayer Inc. c. Canada (Procureur général), [1999] A.C.F. n° 826 (C.A.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Schering Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.*, [1996] A.C.F. n° 889 (1^{re} inst.) (QL); *Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50 (1^{re} inst.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL); *Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. n° 1456 (1^{re} inst.) (QL); *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Commission canadienne des grains)*, 2004 CF 1307; *Merck and Co., Inc. c. Brantford Chemicals Inc. et al.*, 2005 CAF 48; *Monsanto Co c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1999] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL); *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2007 CF 232.

DEMANDES de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le ministre de la Santé a délivré des avis de conformité à des sociétés pharmaceutiques fabricantes de génériques, malgré les brevets des sociétés pharmaceutiques innovatrices figurant au registre de brevets, dans tous les cas sauf un. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Patrick E. Kierans, Orestes Pasparakis et Jason C. Markwell pour la demanderesse dans l'affaire T-165-07.

Gunars A. Gaikis, Yoon Kang, Nancy P. Pei et A. David Morrow pour Sanofi-Aventis Canada Inc., demanderesse dans les affaires T-2188-06, T-2189-06 et T-2196-06, et défenderesse dans l'affaire T-2220-06.

Jonathan Stainsby et Mark Edward Davis pour Novopharm Inc., demanderesse dans l'affaire T-2220-06, et défenderesse dans l'affaire T-2188-06.

Frederick B. Woyiwada pour les défendeurs le ministre de la Santé et le procureur général du Canada dans les affaires T-165-07, T-2188-06, T-2189-06, T-2196-06 et T-2220-06.

Harry B. Radomski, Nando De Luca, Miles Hastie

and *Ben Hackett* for respondent Apotex Inc. in T-165-06, T-2189-06 and T-2196-06.
Jeffrey S. Leon, Dino P. Clarizio and Trent Horne for respondent Novopharm Limited in T-165-06.

et *Ben Hackett* pour la défenderesse Apotex Inc. dans l'affaire T-165-06, T-2189-06 et T-2196-06.
Jeffrey S. Leon, Dino P. Clarizio et Trent Horne pour la défenderesse Novopharm Limited dans l'affaire T-165-06.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault LLP, Toronto, for applicant in T-165-07.

Smart & Biggar, Toronto, for Sanofi-Aventis Canada Inc. applicant in T-2188-06, T-2189-06 and T-2196-06 and respondent in T-2220-06.

Heenan Blaikie LLP, Toronto, for Novopharm Inc., applicant in T-2220-06 and respondent in T-2188-06.

Deputy Attorney General of Canada for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada in T-165-07, T-2188-06, T-2189-06, T-2196-06 and T-2220-06.

Goodmans LLP, Toronto, for respondent Apotex Inc. in T-165-06, T-2189-06 and T-2196-06.

Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent Novopharm Limited in T-165-07.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] HUGHES J.: These reasons pertain to five separate applications for judicial review argued consecutively, all of which deal with actions taken by the Minister of Health following the release of the decision of the Supreme Court of Canada in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2006] 2 S.C.R. 560, on November 3, 2006 (*AstraZeneca*).

[2] The core subject-matter is the interpretation and application of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as periodically amended (NOC Regulations [or Regulations]) and in particular, subsection 5(1) [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2; 2006-242, s. 2] of those Regulations. There is no doubt that the *AstraZeneca* decision had a profound effect on this subject. Influenced by that

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ogilvy Renault S.E.N.C.R., s.r.l., Toronto, pour la demanderesse dans l'affaire T-165-07.

Smart & Biggar, Toronto, pour Sanofi-Aventis Canada Inc., demanderesse dans les affaires T-2188-06, T-2189-06 et T-2196-06 et défenderesse dans l'affaire T-2220-06.

Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour Novopharm Inc., demanderesse dans l'affaire T-2220-06 et défenderesse dans l'affaire T-2188-06.

Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs le ministre de la Santé et le procureur général du Canada dans les affaires T-165-07, T-2188-06, T-2189-06, T-2196-06 et T-2220-06.

Goodmans LLP, Toronto, pour la défenderesse Apotex Inc. dans les affaires T-165-06, T-2189-06 and T-2196-06.

Bennett Jones LLP, Toronto, pour la défenderesse Novopharm Limited dans l'affaire T-165-07.

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

[1] LE JUGE HUGHES : Les présents motifs concernent cinq demandes distinctes de contrôle judiciaire plaidées consécutivement, qui traitent toutes de mesures prises par le ministre de la Santé après la publication de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2006] 2 R.C.S. 560, le 3 novembre 2006 (*AstraZeneca*).

[2] L'objet central du litige est l'interprétation et l'application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, modifié périodiquement (*Règlement AC [ou Règlement]*), et en particulier du paragraphe 5(1) [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2; 2006-242, art. 2]. Il est incontestable que l'arrêt *AstraZeneca* a eu un profond effet sur le sujet. Influencé par cet arrêt, le ministre a délivré des

decision the Minister issued notices of compliance (NOC) to each of two generic drug companies, Apotex Inc. and Novopharm Limited, notwithstanding patents listed by innovator drug companies Ferring Inc. and Sanofi-Aventis Canada Inc. In one instance the Minister would not issue an NOC and required Novopharm to address two patents in the context of section 5 of the NOC Regulations. The result of the Minister's actions is that Ferring, Sanofi-Aventis and Novopharm have brought judicial review applications in this Court seeking relief including the quashing of the decisions made against their interests, and for directions to the Minister to take steps more favourable to their interests.

[3] For the reasons that follow, I find that all applications are to be dismissed, each party to bear its own costs.

History of the NOC Regulations

[4] The arcane nature of NOC proceedings makes it too easy to lose perspective as to the objectives of the NOC Regulations, their purpose and intent. The Supreme Court has offered guidance in this respect in three decisions, *AstraZeneca, Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Biolyse*), and *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193 (*MerckFrosst*). The Federal Court of Appeal and this Court have extensively dealt with cases under the NOC Regulations.

[5] It is useful to begin with the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, Part C, enacted under the provisions of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27. The objective of that Act is to bring safe and effective medicines to market so as to advance the nation's health; the law governing approval of new drugs is to ensure the safety and effectiveness of the new drugs before they can be put on the market (*AstraZeneca*, at paragraph 12).

[6] An innovator drug company seeking to bring a new drug to market in Canada incurs costs not only in

avis de conformité à chacune des deux sociétés pharmaceutiques fabricantes de génériques, Apotex Inc. et Novopharm Limited, malgré les brevets figurant sur les listes de brevets soumises par les sociétés pharmaceutiques innovatrices, Ferring Inc. et Sanofi-Aventis Canada Inc. Dans un cas, le ministre n'a pas délivré d'avis de conformité et a exigé de Novopharm qu'elle conteste deux brevets dans le cadre de l'article 5 du Règlement AC. Les actes du ministre ont amené Ferring, Sanofi-Aventis et Novopharm à présenter des demandes de contrôle judiciaire devant la Cour en vue d'obtenir des réparations, notamment l'annulation des décisions défavorables à leurs intérêts et des directives au ministre pour qu'il prenne des mesures plus favorables à leurs intérêts.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que toutes les demandes doivent être rejetées, chaque partie assumant ses dépens.

Historique du Règlement AC

[4] L'hermétisme des procédures relatives aux avis de conformité fait trop facilement perdre la perspective des objectifs, du but et de l'intention du Règlement AC. La Cour suprême a donné des orientations à cet égard dans trois arrêts, *AstraZeneca, Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Biolyse*) et *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193 (*Merck Frosst*). La Cour d'appel fédérale et la présente Cour ont traité un nombre considérable d'affaires en vertu du Règlement AC.

[5] Pour commencer, il est utile d'examiner la partie C du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, adopté en application des dispositions de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27. L'objet de cette Loi est d'encourager la mise en marché de médicaments non nocifs et efficaces pour améliorer la santé de la population; le droit concernant l'approbation de drogues nouvelles vise à assurer l'innocuité et l'efficacité des médicaments nouveaux avant leur mise en marché (*AstraZeneca*, au paragraphe 12).

[6] Une société pharmaceutique innovatrice qui cherche à mettre un nouveau médicament sur le marché

the research and development leading to the drug, but in the trials and testing required by the Minister in order to satisfy him that the drug is safe and effective. There is no question that in almost every instance the cost, effort and time involved are considerable, although Canada is not the only country requiring government approval of this kind and much of this cost may be spread out over several countries.

[7] The innovator company will seek approval to sell its drug in Canada, called a notice of compliance (NOC), by filing with the Minister a new drug submission (NDS). Once an NOC has been obtained, the innovator will be required to make any supplemental filings by way of a supplemental new drug submission (S/NDS). Such supplemental filings may deal with a broad range of matters both administrative and technical such as name changes, merger of corporations, change in manufacturing circumstances and changes to the drug itself (*AstraZeneca*, at paragraph 19).

[8] The food and drugs legislation contemplates another body of drug companies often called generics. They seek to bring to the market in Canada what are called by the innovators “copy-cat” versions of approved drugs. The *Food and Drug Regulations* provide in section C.08.002.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 5] that a generic may file what is called an abbreviated new drug submission (ANDS) in which the generic is only required to demonstrate that it proposes to bring to market in Canada a drug that is pharmaceutically equivalent (defined in section C.08.001.1 [as enacted *idem*, s. 3]) and bioequivalent (not defined) to the Canadian reference product. In so demonstrating, Parliament reasoned, the generic will have shown that its drug will be equally as safe and effective as the original (*AstraZeneca*, at paragraph 24). Thus, the generic will not have had to expend the considerable costs in research that the innovator was required to do (*Biolysse*, at paragraphs 6 and 7).

au Canada assume des coûts, non seulement de recherche et de développement à l’égard du nouveau médicament, mais aussi pour les essais et les tests prescrits par le ministre pour qu’il soit convaincu de l’innocuité et de l’efficacité du médicament. Incontestablement, dans presque tous les cas, les coûts, les efforts et le temps nécessaires sont considérables, encore que le Canada ne soit pas le seul pays à exiger une autorisation gouvernementale de ce type et qu’une large partie de ces coûts puisse être répartie sur plusieurs pays.

[7] La société innovatrice demande l’autorisation de vendre son médicament au Canada, autorisation désignée avis de conformité, en déposant auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle (PDN). Une fois l’avis de conformité obtenu, l’innovateur est tenu de déclarer tout changement sous forme d’un supplément à une présentation de drogue nouvelle (SPDN). Ces suppléments peuvent concerner un grand nombre de questions à la fois administratives et techniques telles que les modifications de dénominations, les fusions de sociétés, les changements dans les conditions de production et les modifications du médicament lui-même (*AstraZeneca*, au paragraphe 19).

[8] La législation sur les aliments et les drogues vise un autre groupe de sociétés pharmaceutiques, souvent appelées les fabricants de génériques. Ces sociétés cherchent à commercialiser au Canada ce que les innovateurs appellent des versions « copies » de médicaments approuvés. Le *Règlement sur les aliments et drogues* prévoit à l’article C.08.002.1 [édicte par DORS/95-411, art. 5] qu’un fabricant de génériques peut déposer ce qu’on appelle une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN), dans laquelle il doit seulement établir qu’il envisage de commercialiser au Canada un médicament nouveau qui est un équivalent pharmaceutique (expression définie à l’article C.08.001.1 [édicte, *idem*, art.3]) du produit de référence canadien et qui est bioéquivalent (terme non défini). En établissant ce fait, dans le raisonnement du législateur, le fabricant du générique aura établi que son médicament possède la même innocuité et la même efficacité que le médicament d’origine (*AstraZeneca*, au paragraphe 24). Par conséquent, le fabricant du générique n’aura pas eu à assumer les frais de recherche

[9] The *Food and Drug Regulations* define a “Canadian reference product” in section C.08.001.1 as a drug in respect of which an NOC has been granted and is marketed in Canada; where the drug is no longer marketed or for any other reason, the Minister can approve as acceptable some other drug. In the *Ferring* proceeding before this Court the Minister found that a drug acquired by Novopharm in the United Kingdom was acceptable. In oral argument, Ferring’s counsel raised some question as to the provenance of this drug, however, this issue was not raised as an issue in its memorandum of argument or in its notice of application and therefore was not properly before the Court. In any event, this kind of decision is one which clearly lies with the discretion of the Minister, not the Court.

[10] Section C.08.001.1 of the *Food and Drug Regulations* defines “pharmaceutical equivalent” as a new drug that, in comparison with another drug, contains identical amounts of the identical medicinal ingredients, in comparable dosage forms, but does not necessarily contain the same non-medicinal ingredients (sometimes called excipients).

[11] The *Food and Drug Regulations* do not define bioequivalence, however, all parties are agreed that in most instances this is a measure of how much of the medicinal ingredient is found in the bloodstream of a person measured over certain intervals after the medicine has been administered. If the “profile” thus obtained is identical, within appropriate limits, as between drugs that are compared, these drugs are said to be bioequivalent. In some cases, such a test is unnecessary, for instance where the drug is administered directly into the bloodstream by injection or intended for topical application only, such as eye drops.

[12] The *Food and Drug Regulations*, section C.08.004.1 [as enacted *idem*, s. 6] provide a delay such that prior to October 5, 2006, the Minister was

considérables qu’a dû engager la société innovatrice (*Biolyse*, aux paragraphes 6 et 7).

[9] Le *Règlement sur les aliments et drogues* définit le « produit de référence canadien » à l’article C08.001.1 comme une drogue pour laquelle un avis de conformité à été délivré et qui est commercialisée au Canada par son innovateur; dans le cas où la drogue n’est plus commercialisée au Canada ou pour toute autre raison, le ministre peut juger acceptable toute autre drogue. Dans la procédure *Ferring* devant la présente Cour, le ministre a conclu qu’une drogue acquise par Novopharm au Royaume-Uni était acceptable. Dans son plaidoyer oral, l’avocat de Ferring a soulevé certaines questions au sujet de la provenance de cette drogue, mais comme il n’a soulevé la question ni dans son mémoire des arguments ni dans son avis de demande, la Cour n’en a pas été saisie régulièrement. Quoiqu’il en soit, ce type de décision relève clairement du pouvoir discrétionnaire du ministre, non de la Cour.

[10] L’article C.08.001.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* définit l’« équivalent pharmaceutique » comme une drogue nouvelle qui, par comparaison à une autre drogue, contient les mêmes quantités d’ingrédients médicinaux identiques, sous des formes posologiques comparables, mais pas nécessairement les mêmes ingrédients non médicinaux (parfois désignés excipients).

[11] Le *Règlement sur les aliments et drogues* ne définit pas la bioéquivalence, mais les parties conviennent que, dans la plupart des cas, elle est une mesure de la quantité du médicament qui se retrouve dans le courant sanguin à certains intervalles après l’administration du médicament. Si le « profil » obtenu des drogues qui sont comparées est identique, à l’intérieur de limites appropriées, ces médicaments sont déclarés bioéquivalents. Dans certains cas, cette analyse n’est pas nécessaire, par exemple si la drogue est injectée directement dans le courant sanguin ou si elle est destinée exclusivement à une application topique, comme des gouttes ophtalmiques.

[12] L’article C.08.004.1 [édicte, *idem*, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues* prévoyait, avant le 5 octobre 2006, que le ministre ne pouvait délivrer, à

prohibited from issuing an NOC to a generic in respect of certain types of drugs before five years after the innovator receives its NOC. After October 5, 2006 [as am. by SOR/2006-241, s. 1] the generic cannot apply for an NOC in respect of certain types of drugs until six years after the innovator received its NOC and the generic cannot get its NOC for at least two years after that.

[13] The Minister, upon receipt of an ANDS from a generic, is required only to examine the information provided by the generic as to the pharmaceutical equivalence and bioequivalence of its proposed drug to that of the innovator. There is no requirement that the Minister examine the data previously filed by the innovator in support of its NOC (*Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.)). Once the Minister is satisfied as to pharmaceutical equivalence and bioequivalence the Minister has a duty to issue an NOC to the generic without delay (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.)).

[14] At this point consideration must turn to the NOC Regulations. These Regulations lie at the intersection of the *Food and Drugs Act* whose objective is to bring safe and effective drugs to the Canadian market, and the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 which seeks to award a temporary monopoly to innovators who disclose their invention to the public (*AstraZeneca*, at paragraph 12). It has been said that perhaps these Regulations were too hastily formulated and do not cover procedural problems which might well have been foreseen in this field of intensive competition (*Schering Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.* (1996), 68 C.P.R. (3d) 332 (F.C.T.D.)).

[15] The NOC Regulations were introduced in 1993. Prior to that time Canada had a compulsory licence scheme, whereby upon making certain showings, a person could obtain a compulsory licence from the Commissioner of Patents to work in Canada inventions covered by a patent directed to a food or medicine.

l'égard de certaines catégories de médicaments, un avis de conformité à un médicament générique avant un délai de cinq ans suivant l'avis de conformité délivré à l'innovateur. Depuis le 5 octobre 2006 [mod. par DORS/2006-241, art. 1], le fabricant du générique ne peut demander un avis de conformité à l'égard de certaines catégories de médicaments avant un délai de six ans passé la délivrance de l'avis de conformité à l'innovateur et le fabricant du générique ne peut obtenir d'avis de conformité avant un délai d'au moins deux ans suivant cette date.

[13] Le ministre, sur réception de la PADN du fabricant de génériques, doit seulement examiner les renseignements fournis par le fabricant de génériques sur l'équivalence pharmaceutique et la bioéquivalence entre la drogue générique proposée et la drogue de l'innovateur. Le ministre n'est pas tenu d'examiner les données déposées antérieurement par l'innovateur à l'appui de son avis de conformité (*Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 826 (C.A.) (QL)). Si le ministre est convaincu de l'équivalence pharmaceutique et de la bioéquivalence entre les deux drogues, il est tenu de délivrer un avis de conformité au médicament générique sans délai (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.)).

[14] Il faut maintenant nous pencher sur le Règlement AC. Ce règlement est à l'intersection de la *Loi sur les aliments et drogues*, qui a pour objet la commercialisation au Canada de drogues dont l'innocuité et l'efficacité sont assurées, et de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, qui vise à accorder un monopole temporaire aux innovateurs qui communiquent leur invention au public (*AstraZeneca*, au paragraphe 12). On a dit que ce règlement avait peut-être été rédigé trop rapidement et qu'il ne traitait pas les problèmes de procédure qui auraient bien pu être prévus dans ce domaine fortement concurrentiel (*Schering Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.*, [1996] A.C.F. n° 889 (1^{re} inst.) (QL)).

[15] Le Règlement AC a été pris en 1993. Auparavant, le Canada disposait d'un régime de licence obligatoire en vertu duquel, sur la foi de la présentation de certains éléments, une personne pouvait obtenir une licence obligatoire du commissaire aux brevets en vue de réaliser au Canada des inventions visées par un

Compulsory licences were dropped in 1993 and replaced by the NOC Regulations (*Biolyse*, at paragraphs 6-12). The Regulations are modelled rather imperfectly upon similar provisions in the United States under the *Hatch-Waxman Act*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984) codified as amended at 21 U.S.C.A. § 355 and 35 U.S.C.A. § 271(e) (1994), 180 A.L.R. Fed. 487 (officially cited as *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*).

[16] The Supreme Court in *AstraZeneca* has taken great pains to remind us that the NOC Regulations were enacted pursuant to subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2] of the *Patent Act*, whose purpose was to permit early working of a patented invention by persons such as generic drug companies for the purpose of obtaining regulatory approval for their drugs so that they could enter the market at an appropriate time (*AstraZeneca*, at paragraphs 15, 16 and 38). As stated in *Biolyse*, at paragraph 50, Parliament recognized that early working provisions could be abused, and thus created a balance designed to strengthen the hand of patent owners against generic competitors.

[17] An earlier statement by the Supreme Court in *Merck Frosst*, at paragraph 30 that the purpose of the NOC Regulations was simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of an NOC until such time as their implementation would not result in such infringement, must be tempered by what has been said by that Court in *Biolyse* and *AstraZeneca* cited above. As stated in *Biolyse*, at paragraph 53, it is not every use of a patented invention that will trigger the NOC Regulations.

[18] With the objects of the NOC Regulations in mind, the procedure established shows that the Minister and two other parties are from time to time engaged in the process. One party is identified as a “first person” who is defined in section 2 and subsection 4(1) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations as “[a] person who files or has filed a submission for, or has been

brevet touchant un aliment ou un médicament. Le régime de la licence obligatoire a été abandonné en 1993 et remplacé par le Règlement AC (*Biolyse*, aux paragraphes 6 à 12). Ce Règlement s’inspire de manière un peu maladroite de dispositions similaires aux États-Unis, celles du *Hatch-Waxman Act*, Pub. L. 98-417, 98 Stat. 1585 (1984), version modifiée codifiée à 21 U.S.C.A. § 355 et 35 U.S.C.A. § 271(e) (1994), 180 A.L.R. Fed. 487 (loi citée officiellement comme la *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*).

[16] Dans l’arrêt *AstraZeneca*, la Cour suprême a pris bien soin de nous rappeler que le Règlement AC a été pris en vertu du paragraphe 55.2(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2] de la *Loi sur les brevets*, qui visait à autoriser les personnes comme des sociétés pharmaceutiques de produits génériques à effectuer les travaux préalables relatifs à l’invention brevetée en vue d’obtenir l’approbation gouvernementale de leurs médicaments pour pénétrer sur le marché en temps opportun (*AstraZeneca*, aux paragraphes 15, 16 et 38). Comme le dit l’arrêt *Biolyse*, au paragraphe 50, le Parlement, reconnaissant que les dispositions relatives aux travaux préalables pouvaient faire l’objet d’abus, a établi un équilibre visant à renforcer la position des brevetés contre leurs concurrents, les fabricants de produit génériques.

[17] La déclaration antérieure de la Cour suprême dans l’arrêt *Merck Frosst*, au paragraphe 30, selon laquelle l’objet du Règlement AC est simplement d’empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l’avis de conformité jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter, doit être tempérée par ce que la Cour suprême a déclaré dans les arrêts *Biolyse* et *AstraZeneca*, précités. Comme le dit l’arrêt *Biolyse*, au paragraphe 53, ce ne sont pas toutes les utilisations de l’invention brevetée qui déclencheront l’application du Règlement AC.

[18] À la lumière de l’objet du Règlement AC, la procédure établie fait voir que le ministre et deux autres parties sont de temps à autre engagés dans le processus. L’une des parties est identifiée comme la « première personne », définie à l’article 2 et au paragraphe 4(1) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement comme « [l]a personne qui dépose ou a déposé une demande

issued, a notice of compliance”. This person is sometimes called the “innovator” or “brand” drug company and, as provided in paragraph 4(2)(c) [as am. *idem*] of the Regulations can be the owner of a pertinent patent or a licensee thereof, or simply be a person who has the patent owner’s consent to deal with the patent in respect of the Regulations.

[19] The other party is called a “second person” [as am. by SOR/99-379, s. 1] and is defined in section 2 of the Regulations with reference to subsection 5(1). This definition is the nub of the disputes now before this Court. It is repeated in full. This definition was changed by amendments effective October 5, 2006 [as am. by SOR/2006-242, s. 1] therefore the old and new versions are set out:

Old Version [as am. by SOR/99-379, s. 2]

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

New Version [as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)]

5. (1) If a second person files a submission for a notice of compliance in respect of a drug and the submission directly or indirectly compares the drug with, or makes reference to, another drug marketed in Canada under a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the second person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

[20] Sometimes a “second person” is simply referred to as a “generic,” however one must be careful,

d’avis de conformité [. . .] ou qui a obtenu un tel avis ». Cette personne est parfois désignée l’« innovateur » ou la « société fabricante du médicament de marque » et, comme le prévoit l’alinéa 4(2)c) [mod., *idem*] du Règlement, elle peut être la propriétaire du brevet visé, la licenciée à l’égard de ce brevet ou être simplement une personne à qui la propriétaire du brevet a donné son consentement pour qu’elle s’occupe du brevet dans le cadre du Règlement.

[19] L’autre partie est appelée la « seconde personne » [mod. par DORS/99-379, art. 1], définie à l’article 2 du Règlement par renvoi au paragraphe 5(1). Cette définition est le nœud des litiges dont est maintenant saisie la Cour. Nous la reprenons en entier. La définition ayant été changée par des modifications entrées en vigueur le 5 octobre 2006 [mod. par DORS/2006-242, art. 1], l’ancienne version et la nouvelle version sont exposées ci-dessous :

Ancienne version [mod. par DORS/99-379, art. 2]

5. (1) Lorsqu’une personne dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d’après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

Nouvelle version [mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)]

5. (1) Dans le cas où la seconde personne dépose une présentation pour un avis de conformité à l’égard d’une drogue, laquelle présentation, directement ou indirectement, compare celle-ci à une autre drogue commercialisée sur le marché canadien aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été présentée—ou y fait renvoi—, cette seconde personne doit, à l’égard de chaque brevet ajouté au registre pour cette autre drogue, inclure dans sa présentation :

[20] La « seconde personne » est parfois simplement désignée comme le « fabricant du générique », mais il

particularly in the circumstances of these proceedings, not to interchange those words too readily. The issue here is whether and when a “generic” becomes a “second person” as defined in the NOC Regulations.

[21] At this point consideration is given to subsection 7(1) of the transitional provisions included in the October 5, 2006 amendments to the Regulations as that section purports to affect subsection 5(1). It states:

7. (1) Subsection 5(1) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, as enacted by section 2 of these Regulations, applies to a second person who has filed a submission referred to in subsection 5(1) prior to the coming into force of these Regulations and the date of filing of the submission is deemed to be the date of the coming into force of these Regulations.

[22] The full impact of the changes to subsection 5(1) brought about by the October 5, 2006 amendments does not need to be addressed here since the issue in these proceedings is whether or not the particular generic at issue was a “second person” in the circumstances of events occurring before October 5, 2006. If the generic was not a “second person” then subsection 5(1) was never engaged, thus the transitional provisions are of no effect. If the generic was a “second person” then it was such a person well before October 5, 2006 and would have had to take the steps provided for by that section well before that time in any event.

[23] The process devised by the NOC Regulations begins with subsection 3(1) [as am. by SOR/98-166, s. 2] (of the old Regulations, it is now subsection 3(2) [SOR/2006-242, s. 2], the wording is similar). That section provides for a register upon which patents may be listed by a “first person”. That section imposes a duty on the Minister not only to maintain that list, but to determine what patents may go on the list and to remove patents that have been listed improperly. That is a particular duty imposed on the Minister (*Novopharm*

faut prendre garde, tout particulièrement dans les circonstances de la présente procédure, de ne pas effectuer trop rapidement la substitution des expressions. La question soulevée en l’espèce est de savoir si le « fabricant du générique » devient la « seconde personne » définie au Règlement AC et, le cas échéant, à partir de quel moment il le devient.

[21] Nous nous pencherons maintenant sur le paragraphe 7(1) des dispositions transitoires comprises dans les modifications du 5 octobre 2006 au Règlement, du fait qu’il touche le paragraphe 5(1). Le paragraphe prévoit :

7. (1) Le paragraphe 5(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, édicté par l’article 2 du présent règlement, s’applique à toute seconde personne qui a déposé la présentation visée à ce paragraphe avant l’entrée en vigueur du présent règlement, et la date de dépôt de cette présentation est réputée être la date d’entrée en vigueur du présent règlement.

[22] Il n’est pas nécessaire d’examiner ici tous les effets des changements apportés au paragraphe 5(1) par les modifications du 5 octobre 2006, car la question soulevée en l’espèce est de savoir si le fabricant du générique visé était ou n’était pas la « seconde personne » dans les circonstances des événements qui se sont produits avant le 5 octobre 2006. Si le fabricant du générique n’était pas la « seconde personne », le paragraphe 5(1) ne s’est jamais appliqué et les dispositions transitoires sont sans effet. Si le fabricant du générique était la « seconde personne », il l’était bien avant le 5 octobre 2006 et il aurait dû prendre les mesures prévues par ce paragraphe bien avant cette date de toute façon.

[23] La procédure prévue au Règlement AC commence au paragraphe 3(1) [mod. par DORS/98-166, art. 2] (de l’ancien Règlement, devenu le paragraphe 3(2) [DORS/2006-242, art. 2] sans changement de formulation). Ce paragraphe prévoit un registre sur lequel la « première personne » peut inscrire une liste de brevets. Il prescrit au ministre, outre l’obligation de tenir cette liste de brevets, celle de décider des brevets qui peuvent figurer sur la liste et de supprimer les brevets qui ont été inscrits sur la liste de manière irrégulière. Il

Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1998] 3 F.C. 50 (T.D.), at paragraph 19). At this stage a generic has no role. A generic cannot compel the Minister to list or de-list a patent (*Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 181 D.L.R. (4th) 404 (F.C.A.)). Where an innovator challenges the Minister's decision in Court, a generic has not been allowed to intervene (*Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2000), 8 C.P.R. (4th) 302 (F.C.T.D.)). At this stage a listing does not affect any particular generic.

[24] The criteria as to whether a patent is to be listed or not are set out in section 4 of the Regulations. There are a number of criteria, the most important of which for purposes of this discussion is that the patent contains a claim for the medicine or use of the medicine for which the particular NOC was granted, paragraph 4(2)(b) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the pre-October 5, 2006 (post October 5, 2006, Regulations, subsection 4(2) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] speaks of a medicinal ingredient or use of a medicinal ingredient—the distinction is not relevant here).

[25] There has been much jurisprudence discussing the nature and extent to which a link between the medicine or use provided for in the innovator's NOC must correspond to the innovation claimed in the patent sought to be listed. It need not be reviewed here. The important point to make is that there may be several NOCs respecting a drug and patents are listed as against a particular NOC.

[26] Once a patent is listed, the Minister places any application for an NOC sought by a generic in respect of the innovator's particular NOC corresponding to that list, on "patent hold." That is, the Minister will not further process the generic's application until the generic has successfully dealt with the listed patents in

s'agit là d'une obligation particulière incombant au ministre (*Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50 (1^{re} inst.), au paragraphe 19). À cette étape, le fabricant du générique n'a aucun rôle à jouer. Il ne peut forcer le ministre à inscrire sur la liste ou supprimer de la liste un brevet (*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 1978 (C.A.) (QL)). Lorsqu'un innovateur conteste devant les tribunaux la décision du ministre, le fabricant du générique n'est pas admis comme intervenant (*Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2000] A.C.F. n° 1456 (1^{re} inst.) (QL)). À cette étape, la liste de brevets ne touche aucun générique en particulier.

[24] Les critères régissant l'inscription d'un brevet sur la liste de brevets sont exposés à l'article 4 du Règlement. Il y a un certain nombre de critères, dont le plus important, pour le présent examen, est que le brevet visé par l'avis de conformité comporte une revendication à l'égard du médicament en soi ou à l'égard de l'utilisation du médicament, selon l'alinéa 4(2)b [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement dans la version antérieure au 5 octobre 2006 (dans la version du 5 octobre 2006, le paragraphe 4(2) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] parle d'un ingrédient médicinal ou de l'utilisation d'un ingrédient médicinal, mais cette distinction n'est pas pertinente en l'espèce).

[25] Une abondante jurisprudence s'est penchée sur la nature et le degré de la correspondance entre le médicament ou l'utilisation du médicament prévus à l'avis de conformité délivré à l'innovateur et l'innovation revendiquée dans le brevet qu'on cherche à inscrire sur la liste. Il n'est pas nécessaire d'en faire ici la recension. Le point important à souligner est qu'il peut y avoir plusieurs avis de conformité en rapport avec une drogue et que les brevets sont inscrits sur la liste de brevets en relation avec un avis de conformité particulier.

[26] Une fois le brevet inscrit sur la liste, le ministre place toute demande d'avis de conformité émanant du fabricant du générique à l'égard de l'avis de conformité particulier de l'innovateur correspondant à cette liste de brevets en état d'« attente de brevet ». En d'autres termes, le ministre ne traite pas la demande du fabricant

some way contemplated by the NOC Regulations, or those patents expire, or, as *AstraZeneca* points out, the generic can demonstrate that it is not a “second person” as described in the Regulations and thus does not need to address the patents at all.

[27] Previous to the decision of the Supreme Court in *AstraZeneca*, the practice has been that the generic would send to the listing party (the first party) a letter, usually called a notice of allegation (NOA). That notice would raise one or more of the grounds for allegation set out in section 5 of those Regulations. In brief, the grounds are:

1. the generic will wait until the patent expires;
2. the listing party was not the person entitled to list the patent;
3. the patent has expired;
4. the patent is not valid;
5. the patent will not be infringed.

[28] There is no specific provision in section 5 whereby a generic can allege, in its notice to the innovator, that the patent should not have been listed in the first place or that the generic is not required to address the patents listed at all.

[29] The innovator, upon receiving a notice of allegation can do nothing, in which case, after 45 days have expired, the Minister is free to grant an NOC to the generic. Doing nothing, or even losing proceedings subsequently instituted does nothing to impair the innovator’s ability to commence and pursue an ordinary patent infringement action. The innovator may, alternatively, choose to institute proceedings under the provisions of subsection 6(1) [as am. by SOR/2006-242,

du générique avant que celui-ci ait traité avec succès les brevets inscrits sur la liste selon ce que prévoit le Règlement AC, ou avant que ces brevets viennent à expiration, ou encore, comme le souligne l’arrêt *AstraZeneca*, avant que le fabricant du générique puisse établir qu’il n’est pas la « seconde personne » définie au Règlement et qu’il n’a donc pas à traiter les brevets du tout.

[27] Avant l’arrêt *AstraZeneca*, de la Cour suprême, la pratique suivie était que le fabricant du produit générique envoyait à la partie qui avait soumis une liste de brevets (la première personne) une lettre, couramment appelée un avis d’allégation. Cet avis soulevait un ou plusieurs des motifs d’allégation exposés à l’article 5 du Règlement, soit :

1. que le fabricant du générique attendrait l’expiration du brevet visé;
2. que la partie ayant soumis la liste de brevets n’était pas la personne ayant droit d’inscrire le brevet sur la liste;
3. que le brevet était expiré;
4. que le brevet n’était pas valide;
5. que le brevet ne ferait pas l’objet d’une contrefaçon.

[28] Aucune disposition spécifique de l’article 5 ne prévoit que le fabricant du produit générique peut alléguer, dans l’avis qu’il envoie à l’innovateur, que le brevet n’aurait jamais dû être inscrit sur la liste de brevets ou que le fabricant du générique n’est aucunement tenu de traiter les brevets inscrits sur la liste.

[29] Sur réception de l’avis d’allégation, l’innovateur peut ne rien faire, et à l’expiration d’un délai de 45 jours, le ministre a le pouvoir de délivrer un avis de conformité à l’égard du produit générique. Ne prendre aucune mesure ou même perdre une procédure engagée par la suite n’affecte en rien la faculté de l’innovateur d’intenter et de mener une action ordinaire en contrefaçon de brevet. À titre subsidiaire, l’innovateur peut décider d’intenter une poursuite en vertu des

s. 3; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1875(E)] of the NOC Regulations. Those proceedings may engage some or all of the listed patents and some or all of the allegations raised by the generic. It is the choice of the innovator at that point.

[30] While the Minister has a duty to issue an NOC promptly under the *Food and Drug Regulations*, section 7 [as am. by SOR/98-166, s. 6; 2006-242, s. 4] of the NOC Regulations requires the Minister to wait for up to 24 months before issuing such an NOC unless it is shown that the innovator has done nothing for 45 days or that the proceedings instituted by the innovator have been concluded in favour of the generic. This is a legislated stay, it is not imposed by the Court order, it is imposed by the Regulations. In *Merck Frosst* the Supreme Court of Canada, at paragraph 33, described such a stay as “draconian.”

[31] Once proceedings are instituted, which in this Court is by way of a notice of application naming the Minister and generic as respondents, the generic may, under paragraph 6(5)(a) [as am. *idem*, s. 3] of the NOC Regulations move to strike the proceedings on the basis that an asserted patent should never have been listed in the first place. This is the first opportunity specifically given to the generic for doing so. Paragraph 6(5)(b) [mod., *idem*] permits the generic to move to strike the proceedings for abuse and the like.

[32] Thus it would appear that a generic must wait until proceedings are commenced before it can engage the issue as to whether the patent should have been listed at all having regard to the provisions of section 4 of the NOC Regulations. As discussed, the jurisprudence indicates that a generic cannot compel the Minister directly to de-list a patent nor intervene in proceedings respecting listings brought by the innovator.

[33] The *AstraZeneca* decision has brought a new dimension to this procedure. It has held that a generic

dispositions du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 3; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1875(A)] du Règlement AC. Cette procédure peut viser tout ou partie des brevets inscrits sur la liste et tout ou partie des allégations soulevées par le fabricant du générique. À cette étape, la décision revient à l’innovateur.

[30] Le ministre est tenu de délivrer l’avis de conformité sans délai en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, mais l’article 7 [mod. par DORS/98-166, art. 6; 2006-242, art. 4] du Règlement AC lui prescrit d’attendre jusqu’à 24 mois avant la délivrance de cet avis de conformité, à moins que l’innovateur n’ait pris aucune mesure pendant le délai de 45 jours ou que la procédure intentée par l’innovateur se soit conclue par une décision favorable au fabricant du générique. Il s’agit là d’un sursis législatif, non imposé par une ordonnance de la Cour, mais prescrit par le Règlement. Dans l’arrêt *Merck Frosst*, la Cour suprême du Canada a qualifié ce sursis de « draconien », au paragraphe 33.

[31] Une fois la procédure engagée, par la voie d’un avis de demande adressé à la Cour et nommant le ministre et le fabricant du générique comme défendeurs, le fabricant du générique peut, en vertu de l’alinéa 6(5)a) [mod., *idem*, art. 3] du Règlement AC, présenter une requête en radiation de procédure au motif que le brevet allégué n’aurait jamais dû être inscrit sur la liste. C’est la première fois que le fabricant du générique a la possibilité de le faire. L’alinéa 6(5)b) [mod., *idem*] autorise le fabricant du générique à présenter une requête en radiation pour abus de procédure ou pour d’autres motifs analogues.

[32] Par conséquent, il semblerait que le fabricant du générique doive attendre qu’une procédure soit engagée avant de pouvoir lui-même soulever la question de savoir si le brevet devait au départ être inscrit sur la liste compte tenu des dispositions de l’article 4 du Règlement AC. Comme nous l’avons dit, la jurisprudence établit que le fabricant du générique ne peut forcer directement le ministre à supprimer un brevet de la liste de brevets ni se constituer intervenant dans une procédure reliée aux listes de brevets présentées par l’innovateur.

[33] L’arrêt *AstraZeneca* a ouvert une dimension nouvelle à cette procédure. Il a statué que le fabricant du

need not address at all certain listed patents under certain circumstances.

Understanding *AstraZeneca*

[34] Before considering the meaning and effect of the decision of the Supreme Court of Canada in *AstraZeneca*, it is necessary to consider the processes involved in obtaining an NOC under the *Food and Drug Regulations* and the listing of patents under the NOC Regulations.

[35] Under the *Food and Drug Regulations* an innovator will, on seeking an NOC to market a new drug in Canada, file a great deal of information with the Minister respecting that drug's safety and effectiveness. In time, after much discussion, ministerial approval may be given and an NOC issued. That NOC is indexed under the trade-name for the drug; here in the case of Sanofi-Aventis, it is "Altace", and in the case of Ferring, it is "DDAVP". A file number is given to the submission for an NOC; however, that number can change in given circumstances. In considering the submissions the Minister refers to the subject as a "drug product" which, in accordance with the Minister's policy statements, is a term used to describe a collection of attributes concerning the drug itself, the uses for which the drug is approved and its packaging and labelling including a product monograph.

[36] The NOC that is issued will specify the manufacturer (not necessarily the actual maker but the source of the drug for the Canadian marketplace), the active ingredient(s), the trade-name, the permitted uses (indications) for the drug, dosage strength (e.g. 5 mg or 10 mg, etc.) and dosage form (e.g. tablets, capsules, parenteral, etc.) It is to be noted that what is not specified in the NOC itself are things like what are the non-medicinal ingredients (excipients), how the drug is actually made, or how the purity of the drug is tested.

générique n'est aucunement tenu de traiter certains des brevets inscrits sur la liste dans certaines circonstances.

Interprétation de l'arrêt *AstraZeneca*

[34] Avant de procéder à l'examen de la signification et des effets de l'arrêt *AstraZeneca* de la Cour suprême du Canada, il faut étudier les processus relatifs à la délivrance d'un avis de conformité en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* et aux listes de brevets constituées en vertu du Règlement AC.

[35] En vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, l'innovateur qui veut obtenir un avis de conformité en vue de commercialiser une drogue nouvelle au Canada doit soumettre un volume important de renseignements au ministre au sujet de l'innocuité et de l'efficacité de la drogue visée. En temps et lieu, après de nombreux échanges, le ministre peut donner son approbation et délivrer un avis de conformité. Cet avis de conformité est indexé sous l'appellation commerciale de la drogue; en l'espèce « Altace », dans le cas de Sanofi-Aventis, et « DDAVP », dans le cas de Ferring. Un numéro de dossier est attribué à la demande d'avis de conformité, mais ce numéro peut changer en certaines circonstances. Dans l'examen des demandes, le ministre désigne l'objet de la demande sous l'expression « produit pharmaceutique », expression qui, selon les énoncés de politique du ministre, s'entend d'un ensemble d'attributs concernant la drogue en elle-même, les usages pour lesquels elle est approuvée, son emballage et son étiquetage ainsi que la monographie de produit.

[36] L'avis de conformité qui est délivré précise le fabricant (qui n'est pas nécessairement le fabricant du moment mais celui qui sera la source de la drogue pour le marché canadien), les ingrédients actifs, l'appellation commerciale, les usages autorisés (indications) de la drogue, la concentration (par exemple, 5 mg ou 10 mg, etc.) et la forme posologique (par exemple, des comprimés, des capsules, un usage parentéral, etc.). Il convient de noter que ne sont pas précisés dans l'avis de conformité des éléments tels que les ingrédients non médicinaux (excipients), le mode de fabrication de la drogue ou le mode d'analyse de la pureté de la drogue.

[37] Labelling, which the Minister considers to include packaging, labels and the product monograph, is attached to the NOC. The product monograph is a document of a few score of pages, available to the public, including health professionals, that contains a great deal of technical information about the drug, specifications of the active ingredient(s), the excipients, instructions for use, precautions, certain test data and references to source material.

[38] From time to time changes are made to the drug labelling, conditions of manufacture, corporate structure of the manufacturer, uses approved for the drug and other matters. The Minister is to be kept advised as to these changes. Some changes are considered relatively trivial and the innovator simply gives notice of the change to the Minister. Other changes are considered more important and the innovator must give notice to the Minister and receive approval before making them. The most important of these changes require that a new NOC be issued before the changes can be made. Subsection C.08.003(2) [as am. by SOR/95-411, s. 6] of the *Food and Drug Regulations* sets out these changes that require a new NOC. They are:

C.08.003. (1)

(2) The matters specified for the purposes of subsection (1), in relation to the new drug, are the following:

- (a) the description of the new drug;
- (b) the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;
- (c) the specifications of the ingredients of the new drug;
- (d) the plant and equipment used in manufacturing, preparation and packaging the new drug;
- (e) the method of manufacture and the controls used in manufacturing, preparation and packaging the new drug;
- (f) the tests applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug;
- (g) the labels used in connection with the new drug;

[37] L'étiquetage qui, selon le ministre, comprend l'emballage, les étiquettes et la monographie de produit, est joint à l'avis de conformité. La monographie de produit est un document de quelques pages, mis à la disposition du public, notamment des professionnels de la santé, qui contient un grand nombre de renseignements techniques sur la drogue, les spécifications des ingrédients actifs, les excipients, les consignes d'usage, les précautions, les données de certains tests et des références sur les produits de départ.

[38] De temps à autre, des modifications sont apportées à l'étiquetage de la drogue, aux conditions de fabrication, à la structure d'entreprise du fabricant, aux usages approuvés de la drogue ou à d'autres éléments. Le ministre doit être avisé de ces modifications. Certaines modifications sont jugées de nature mineure et l'innovateur doit simplement en aviser le ministre. D'autres modifications sont considérées comme plus importantes et l'innovateur doit en aviser le ministre au préalable et attendre de recevoir de lui l'autorisation avant de les mettre en œuvre. S'agissant des modifications les plus importantes, un nouvel avis de conformité doit être délivré avant que les modifications puissent être réalisées. Le paragraphe C.08.003(2) [mod. par DORS/95-411, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues* expose les changements qui justifient un nouvel avis de conformité :

C.08.003. (1) [. . .]

(2) Pour l'application du paragraphe (1), les éléments ayant trait à la drogue nouvelle sont les suivants :

- a) sa description;
- b) sa marque nominative ou le nom ou code sous lequel il est proposé de l'identifier;
- c) les spécifications de ses ingrédients;
- d) les installations et l'équipement à utiliser pour sa fabrication, sa préparation et son emballage;
- e) la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour sa fabrication, sa préparation et son emballage;
- f) les analyses effectuées pour contrôler son activité, sa pureté, sa stabilité et son innocuité;
- g) les étiquettes à utiliser pour la drogue nouvelle;

(h) the representations made with regard to the new drug respecting

(i) the recommended route of administration of the new drug,

[39] Some changes, such as change of name, have no effect on the drug itself. Other changes, such as changes to a method of manufacture, have potential to change the drug itself. Yet other changes, such as changes in use of the drug, do not affect the drug itself but serve to expand or vary the market for the drug. The Minister, in looking at such changes, may say that the “drug product” (i.e. drug plus use plus packaging) has changed, but the fact remains that the chemistry of the “drug” has not.

[40] A new NOC will issue when changes occur in the areas listed in subsection C.08.003(2) of the *Food and Drug Regulations* set out above. Where the change is one where the manufacturer has changed or corporate entity merged or the like has happened, the file number of the NOC may change. The new NOC will bear the date of issue and certain information such as changed indications, or changed labelling or product monograph. Each new NOC is considered to incorporate all previous NOCs issued for the drug, together with the new changes.

[41] Turning to the NOC Regulations, they permit an innovator or its nominee to list certain patents on a register kept by the Minister. Those are the patents that a “second person” must at a later time address. Subsection 4(3) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations states that the innovator must submit such a list at the time that it files a submission for an NOC. It is to be noted that any NOC submission that will serve to provide a vehicle for providing a patent list. Thus, a submission for a simple name change has been used to submit a new patent to be listed.

h) les observations faites relativement :

(i) à la voie d’administration recommandée pour la drogue nouvelle,

[39] Certaines modifications, un changement d’appellation par exemple, n’ont pas d’effet sur la drogue. D’autres, par exemple un changement de méthode de fabrication, peuvent potentiellement modifier la drogue elle-même. D’autres changements, tels que des changements dans l’usage de la drogue, ne touchent pas la drogue elle-même mais sont destinés à élargir ou diversifier son marché. Le ministre qui examine ces modifications peut déclarer que le « produit pharmaceutique » (soit la drogue, son usage et son emballage) a changé, mais en réalité la chimie de la « drogue » n’a pas changé.

[40] Dans les cas où des changements visent les domaines présentés au paragraphe C.08.003(2) du *Règlement sur les aliments et drogues* exposé ci-dessus, un nouvel avis de conformité est délivré. Dans le cas où la modification touche un changement de fabricant, une fusion de sociétés ou des modifications de cette nature, le numéro de dossier de l’avis de conformité peut changer. Le nouvel avis de conformité portera la date de sa délivrance et certains renseignements tels que les changements d’indications, d’étiquetage ou les changements dans la monographie de produit. Tout nouvel avis de conformité est réputé intégrer aux nouveaux changements tous les avis de conformité antérieurs délivrés à l’égard de la drogue.

[41] Si l’on passe maintenant au Règlement AC, il autorise l’innovateur ou son mandataire à inscrire certains brevets au registre que tient le ministre. Ce sont là les brevets que la « seconde personne » devra plus tard traiter. Le paragraphe 4(3) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement prévoit que l’innovateur doit soumettre une liste de brevets au moment du dépôt de la demande d’avis de conformité. Il faut noter que toute demande d’avis de conformité pourra servir de véhicule à la fourniture d’une liste de brevets. Ainsi, une demande relative à un simple changement de dénomination a servi à présenter un nouveau brevet à inscrire sur la liste.

[42] Subsections 4(4) [as am. *idem*] and 4(5) [as am. *idem*] of the NOC Regulations, as they stood pre-October 5, 2006, also permitted patents that had not yet been issued to be added to the patent list provided that the patent had been applied for before the particular NOC submission had been filed and the patent is added within 30 days from its issuance. Since there can be many NOCs in respect of a drug, subsection 4(5) requires that where patents are added, the innovator must specify the particular NOC to which the patents are to apply.

[43] Another complexity must be added. Canada adheres to international conventions and treaties respecting patents, including the Paris Convention [*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, March 20, 1883, as revised, 828 U.N.T.S. 305] and the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT). In accordance with the Paris Convention, a party may file a preliminary patent application in a member country and, within a year, file a more substantial application and, if there is identical subject-matter with the earlier application, a “priority” can be claimed for that subject-matter, the effect of which would be to make certain public disclosures by third parties irrelevant for purposes of novelty or obviousness. The substantive patent application can be filed under the provisions of the PCT, which means that only one filing in one patent office takes place, usually in the United States, Europe or Japan. The applicant then receives a period of up to about three years in which it can file separate patent applications in all or whichever of the 130 or so member countries of the PCT it chooses. Canada is one such country. If an application is filed in a member country (called entering the national phase), the application is given an effective filing date of the original PCT filing. Thus, a third party will not know for up to three years whether a patent application has actually been filed in Canada but, when it is filed, the application is deemed to have been filed up to three years ago. For NOC purposes then, under subsection 4(4), a filing date of the patent application that precedes the NOC submission date can be deemed even though the actual filing date in Canada was later, the deemed filing date was earlier according to PCT obligations.

[42] Les paragraphes 4(4) [mod., *idem*] et 4(5) [mod., *idem*] du Règlement AC, dans la version antérieure au 5 octobre 2006, autorisaient aussi d’ajouter à la liste de brevets des brevets non encore délivrés, sous réserve que la demande de brevet soit antérieure au dépôt de la demande de l’avis de conformité particulier et que le brevet soit ajouté dans un délai de 30 jours suivant sa délivrance. Comme une drogue peut faire l’objet de plusieurs avis de conformité, le paragraphe 4(5) prescrit que, en cas d’ajout de brevets à la liste, l’innovateur doit préciser l’avis de conformité particulier auquel se rapportent les brevets.

[43] S’ajoute aussi une autre source de complexité. Le Canada adhère à des conventions et traités internationaux en matière de brevets, notamment à la Convention de Paris [*Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, révisée, 828 R.T.N.U. 305] et au *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (PCT). Conformément à la Convention de Paris, une partie peut déposer une demande préliminaire de brevet dans un pays membre puis, dans un délai d’un an, déposer une demande plus substantielle et, si l’objet est identique à celui de la première demande, revendiquer la « priorité » à l’égard de cet objet, ce qui a pour effet de rendre certaines divulgations publiques de tiers non pertinentes pour les fins de la nouveauté ou de l’évidence. La demande de brevet substantielle peut être déposée en vertu des dispositions du PCT, ce qui donne lieu à un seul dépôt dans un seul office des brevets, généralement aux États-Unis, en Europe ou au Japon. Le déposant dispose d’un délai approximatif de trois ans pour déposer des demandes de brevets distinctes dans tout ou partie des quelque 130 pays membres du PCT, selon ce qu’il choisit. Le Canada est l’un de ces pays. Si une demande est déposée dans un pays membre (ce qu’on appelle l’ouverture de la phase nationale), la demande reçoit comme date de dépôt officielle la date du dépôt original en vertu du PCT. Par conséquent, un tiers ne saura pas, pendant un délai pouvant aller jusqu’à trois ans, si une demande de brevet a effectivement été déposée au Canada mais, au moment de son dépôt, la demande est réputée avoir été déposée à une date pouvant remonter jusqu’à trois ans. Pour les besoins de l’avis de conformité, en vertu du paragraphe 4(4), une date de dépôt de la demande de brevet qui est antérieure

[44] Once the patent application is filed with the Canadian Patent Office, it is to be published within 18 months of its Canadian filing date. If that date is the deemed PCT filing date, then publications can be deemed to have occurred 18 months from the deemed filing date. As of the date of publication, actual or deemed, a conditional right to receive reasonable compensation arises which crystallizes only if a patent is actually granted with claims that are essentially identical to those of the published application (paragraph 55(1)(b) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48] of the *Patent Act*). A third person such as a generic could be liable for “infringement” if it sold a drug as claimed in the patent application at any time after the publication date but only if and when the patent issued with such a claim.

[45] A person applying for a patent in Canada can control, to a large measure, the speed with which a patent application proceeds through the Patent Office. An application will not be examined until the applicant requests it (*Patent Act*, subsection 35(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 12]). Responses to requests made by the examiner can be made quickly or slowly, extensions of time can be requested (*Patent Rules* [SOR/96-423], section 26 [as am. by SOR/2007-90, s. 4]) and early examinations can be requested (*Patent Rules*, section 28). Thus, a potential patent infringer may be left in doubt for a long time as to whether there will be a patent at all and if so, when and what it will claim. In the case of some of the Sanofi-Aventis patents at issue here, the evidence shows that it took some 10 years after the deemed Canadian application date before the patents were issued.

à la date de la demande d’avis de conformité peut être établie par la voie de cette présomption; même si la date de dépôt réel au Canada est postérieure, la date de dépôt établie par la voie de la présomption était antérieure conformément aux obligations du PCT.

[44] Une fois la demande de brevet déposée au Bureau des brevets du Canada, elle est publiée dans un délai de 18 mois de la date de dépôt au Canada. Si cette date est la date de dépôt présumée en vertu du PCT, les publications peuvent être réputées avoir eu lieu dans un délai de 18 mois suivant la date de dépôt présumée. À compter de la date de publication, réelle ou présumée, est créé un droit assujéti à des conditions de recevoir une indemnité raisonnable qui se matérialise seulement si le brevet est effectivement délivré et comporte des revendications essentiellement identiques à celles de la demande publiée (alinéa 55(1)b) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48] de la *Loi sur les brevets*). Un tiers tel qu’un fabricant de médicaments génériques pourrait être tenu responsable de « contrefaçon » s’il a vendu un médicament revendiqué dans la demande de brevet à un moment ou l’autre passé la date de publication, mais uniquement à compter de la délivrance du brevet comportant cette revendication.

[45] La personne qui demande un brevet au Canada peut contrôler, dans une large mesure, la vitesse à laquelle chemine sa demande de brevet au Bureau des brevets. La demande de brevet n’est pas examinée avant que le demandeur en fasse la requête (paragraphe 35(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 12] de la *Loi sur les brevets*). Les réponses aux demandes de l’examinateur peuvent être fournies rapidement ou lentement, il est possible de demander des prorogations de délai (article 26 [mod. par DORS/2007-90, art. 4] des *Règles sur les brevets* [DORS/96-423]) et des devancements de l’examen (article 28 des *Règles sur les brevets*). Par conséquent, un auteur potentiel de contrefaçon peut rester dans le doute longtemps sur la délivrance effective du brevet et, le cas échéant, sur la date de la délivrance et sur l’objet qui sera revendiqué par le brevet. Dans le cas de certains des brevets de Sanofi-Aventis visés en l’espèce, la preuve établit qu’il s’est écoulé environ 10 ans entre la date réputée du dépôt de la demande au Canada et la date de délivrance des brevets.

[46] This rather long narrative of the patent process was necessary since much of the argument about the *AstraZeneca* decision has to do with “early working” of a potential invention. As can be seen, there are many unknowns involved as to if and when a patent will issue and if and when it could be placed on a patent list under the NOC Regulations and, if so, as against which NOC. The issue has properly been defined as a “minefield” for a generic seeking to enter the market. The only truly relevant time for considering a patent is the date when it is listed against an NOC. Even then, as will be considered later, there may be a retroactive effect.

[47] Turning to the *AstraZeneca* decision, it is the third decision given by the Supreme Court of Canada dealing with the relatively narrow and arcane field of the NOC Regulations. That Court started with the case of *Merck Frosst* where, at paragraph 33 of its reasons, the statutory freeze imposed by those Regulations was described as “draconian”:

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 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.

[48] Eight years later the Supreme Court considered the NOC Regulations in *Biolyse*. In *Biolyse* the Court

[46] Cette description relativement longue du processus de délivrance des brevets était nécessaire, car une large part de l’argumentation relative à l’arrêt *AstraZeneca* concerne les « travaux préalables » à une invention potentielle. Comme on peut le voir, il y a de nombreuses inconnues, sur la délivrance éventuelle du brevet et sur la date de délivrance, sur l’inscription éventuelle du brevet sur une liste de brevets et sur le moment de cette inscription en vertu du Règlement AC et, le cas échéant, sur l’avis de conformité particulier qui sera visé. La problématique a été fort justement décrite comme un « champ de mines » que doit traverser le fabricant de génériques qui cherche à entrer sur le marché. Le seul moment pertinent pour prendre un brevet en considération est la date où ce brevet est porté sur une liste de brevets en regard d’un avis de conformité particulier. Même à ce moment, comme on le verra plus tard, il pourra y avoir un effet rétroactif.

[47] S’agissant de l’arrêt *AstraZeneca*, il constitue le troisième arrêt de la Cour suprême du Canada à traiter du domaine relativement pointu et complexe du Règlement AC. La Cour suprême a d’abord rendu l’arrêt *Merck Frosst*, où elle décrit le sursis législatif qu’impose le Règlement comme un régime « draconien », au paragraphe 33 de ses motifs :

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 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.

[48] Huit ans plus tard, la Cour suprême s’est penchée sur le Règlement AC dans l’arrêt *Biolyse*. Dans cet arrêt,

explained that the NOC Regulations were enacted so as to permit “early working” of a patent invention respecting a drug by permitting generics to obtain an NOC to enter the market when a patent expired and the permitted stockpiling during the term of the patent (now no longer a permitted exemption). These provisions provided to the innovator companies remedies in addition to the usual remedies under the *Patent Act*. The Court said, at paragraphs 11 and 12 of *Biolyse*:

However, having agreed to respect the 20-year monopoly granted by patents, Parliament wished to facilitate the entry of competition immediately thereafter. It acted to eliminate the usual regulatory lag of two years or more after expiry of a patent for the generic manufacturer to do the work necessary to obtain a NOC. Parliament did so by introducing an exemption from the owner’s patent rights under which the generic manufacturers could work the patented invention within the 20-year period (“the early working exception”) to the extent necessary to obtain a NOC at the time the patent(s) expired (s. 55.2(1)) and to “stockpile” generic product towards the end of the 20-year period to await lawful market entry (s. 55.2(2)). In order to prevent abuse of the “early working” and “stockpiling” exceptions to patent protection, the government enacted the *NOC Regulations* that are at issue in this appeal.

The patent owner’s remedies under the *NOC Regulations* are *in addition* to all of the usual remedies for patent infringement under the *Patent Act*.

[49] One year later, the Supreme Court again addressed the NOC Regulations in *AstraZeneca*. At paragraph 15 of its reasons the Court reiterated what it said in *Biolyse*, the Regulations are directed at preventing infringement by those who choose to take advantage of the “early working” provisions of paragraph 55.2(4)(d) of the *Patent Act*:

Recognizing that the “early working” and “stockpiling” exceptions could be abused, Parliament balanced creation of these exceptions with implementation of a summary procedure designed to strengthen the protection of patent owners against generic competitors *within* the 20-year patent period. The

la Cour suprême explique que le Règlement AC a été adopté en vue d’autoriser les « travaux préalables » relatifs à une invention visée par un brevet pharmaceutique, en permettant aux fabricants de médicaments génériques d’obtenir un avis de conformité pour entrer sur le marché à l’expiration d’un brevet, et en vue d’autoriser l’emmagasiner pendant la durée du brevet (exception qui n’est plus permise). Les dispositions du Règlement assuraient aux sociétés innovatrices des recours en plus des recours habituels prévus à la *Loi sur les brevets*. Dans l’arrêt *Biolyse*, la Cour suprême a déclaré aux paragraphes 11 et 12 :

Toutefois, après avoir consenti à respecter le monopole de 20 ans conféré par les brevets, le Parlement a aussitôt souhaité faciliter l’arrivée de la concurrence. Il a fait en sorte d’éliminer le délai réglementaire minimal de deux ans ou plus dont le fabricant de produits génériques avait habituellement besoin après l’expiration d’un brevet pour obtenir un ADC. Le Parlement y est parvenu en introduisant une exception relative aux droits des titulaires de brevets grâce à laquelle les fabricants de produits génériques pouvaient fabriquer l’invention brevetée avant l’expiration du brevet (« l’exception relative aux travaux préalables ») dans la mesure nécessaire pour obtenir un ADC dès l’expiration du brevet (par. 55.2(1)) et pour « emmagasiner » des produits génériques vers la fin de la période de 20 ans en attendant qu’ils entrent légalement sur le marché (par. 55.2(2)). Afin de prévenir le recours abusif aux exceptions de « travaux préalables » et d’« emmagasiner » en matière de protection de brevet, le gouvernement a pris le *Règlement ADC*, en cause dans le présent pourvoi.

Les recours que le breveté peut exercer aux termes du *Règlement ADC* s’ajoutent à tous ceux dont il dispose habituellement en cas de contrefaçon de brevets en vertu de la *Loi sur les brevets*.

[49] Une année plus tard, la Cour suprême a de nouveau traité du Règlement AC dans l’arrêt *AstraZeneca*. Au paragraphe 15 de ses motifs, la Cour a réitéré ce qu’elle avait dit dans l’arrêt *Biolyse*, à savoir que le Règlement vise à empêcher qu’il y ait contrefaçon lorsque des personnes tirent parti des dispositions relatives aux « travaux préalables » de l’alinéa 55.2(4)d) de la *Loi sur les brevets* :

Reconnaissant que les exceptions relatives aux « travaux préalables » et à « l’emmagasiner » pouvaient faire l’objet d’abus, le Parlement a équilibré leur création par la mise en œuvre d’une procédure sommaire visant à accroître la protection des brevetés contre leurs concurrents, les fabricants

legislative solution is found in s. 55.2 of the *Patent Act* as follows:

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. [The “early working” exception.]

(2) It is not an infringement of a patent for any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) to make, construct or use the invention, during the applicable period provided for by the regulations, for the manufacture and storage of articles intended for sale after the date on which the term of the patent expires. [The “stockpiling” exception.]

(3) The Governor in Council may make regulations for the purposes of subsection (2), but any period provided for by the regulations must terminate immediately preceding the date on which the term of the patent expires.

(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) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice [e.g. of compliance] . . . may be issued . . . ;

(b) respecting the earliest date on which a notice [e.g. of compliance] . . . may take effect . . . ;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice [e.g. of compliance] . . . as to the date on which that notice . . . may be issued or take effect.

The grant of the regulation-making power in s. 55.2(4) is thus expressly limited to prevention of infringement by a person who takes advantage of the “early working” exception (s. 55.2(1)) or (until its repeal) the “stockpiling” exception (s. 55.2(2)).

[50] The Court set out the issue presented by the generic (Apotex) at paragraph 18. If the generic was not in the position to “early work” a patent, how could it be subject to the Regulations at all:

de produits génériques, pendant la période de 20 ans de validité du brevet. La solution législative est formulée à l’art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* en ces termes :

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. [Exception relative aux « travaux préalables ».]

(2) Il n’y a pas contrefaçon de brevet si l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d’une invention brevetée, au sens du paragraphe (1), a lieu dans la période prévue par règlement et qu’elle a pour but la production et l’emmagasiner d’articles déterminés destinés à être vendus après la date d’expiration du brevet. [Exception relative à « l’emmagasiner ».]

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l’application du paragraphe (2) étant entendu que toute période ainsi prévue doit se terminer à la date qui précède immédiatement celle où expire le brevet.

(4) Afin d’empêcher la contrefaçon de brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment :

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance [. . .] d’avis [par ex. de conformité] . . . ;

b) concernant la première date [. . .] à laquelle un titre [par ex. de conformité] [. . .] peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l’ancien titulaire du brevet, et le demandeur d’un titre [par ex. de conformité] [. . .] quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

Le pouvoir réglementaire prévu au par. 55.2(4) se limite donc expressément à empêcher la contrefaçon par une personne qui tire parti de l’exception relative aux « travaux préalables » (par. 55.2(1)) ou (avant son abrogation) de l’exception relative à « l’emmagasiner » (par. 55.2(2)).

[50] La Cour a exposé, au paragraphe 18, la question que soulève le fabricant du générique (Apotex). Si le fabricant du générique n’était pas en mesure d’effectuer les « travaux préalables » relatifs au brevet, comment pouvait-il alors être assujéti au Règlement?

If, as Apotex says, it did not have the advantage of an “early working” of the after-listed 037 and 470 patents, because they came too late and were not incorporated in any product available to Apotex to copy, it is difficult to see in principle why in respect of *those* patents Apotex should be subject to the *NOC Regulations* regime, with a consequent further delay of two years, and perhaps longer. The Apotex submission has already been pending since April 27, 1993.

[51] The Court reviewed the provisions of subsection 4(5) of the *NOC Regulations* which permit a later issued patent to be based against a specific *NOC*. The linkage between the patent and a specific *NOC* was emphasized at paragraph 21:

I emphasize the words in s. 4(5) that in the case of patents added afterwards, “the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed”. In addition, s. 3(3) provides that “[n]o information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted.” These provisions, it seems to me, provide an important key to understanding the scheme. Entry of the “Patent list” does not destroy the linkage between the patent and the submission(s) to which it relates, nor to the *NOC* to which the submission(s) are directed. Specific patents are associated with one or more *NDS*, *ANDS* or *SNDS*, which in turn (if approved) give rise to specific *NOCs*, which in turn approve a specific manufacturer’s product, which a generic manufacturer may seek to copy. There is no linkage between the 037 and 470 patents and the submissions that lead to the *Losec 20* product copied by Apotex. Those after-acquired patents were listed in relation to a *SNDS* dated January 22, 1999 by AstraZeneca for a new medical use for *Losec 20* (treatment of *H. Pylori*), a use for which the Apotex product is *not* approved, and to an administrative *SNDS* submitted by AstraZeneca dated July 12, 2000, which submission has nothing at all to do with the technology incorporated in *Losec 20*.

[52] At paragraph 22, the Court recognized that several lists in respect of several *NOCs* could exist. The question was to identify which *NOC*, therefore which list, was pertinent to the product that the generic copied:

Thus understood, the s. 4(1) patent list in relation to a medication that goes through various stages of development

Si, comme elle l’affirme, Apotex n’avait pas eu l’avantage d’effectuer des « travaux préalables » relativement aux brevets 037 et 470 inscrits ultérieurement au registre parce qu’ils sont arrivés trop tard et qu’ils n’ont été incorporés à aucun produit disponible sur le marché qu’elle aurait pu copier, il est difficile de voir en principe pourquoi elle devrait être assujettie au régime du *Règlement AC* à l’égard de *ces* brevets, ce qui causerait un délai supplémentaire minimum de deux ans. La demande d’Apotex est déjà en instance depuis le 27 avril 1993.

[51] La Cour suprême a examiné les dispositions du paragraphe 4(5) du *Règlement AC*, qui autorisent qu’un brevet délivré ultérieurement soit associé à un avis de conformité spécifique. La relation entre un brevet et un avis de conformité spécifique a été soulignée au paragraphe 21 :

J’insiste sur les termes du par. 4(5) selon lesquels, dans le cas des brevets ajoutés ultérieurement, « la première personne [...] doit indiquer la demande d’avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande ». Par ailleurs, le par. 3(3) prévoit qu’« [a]ucun renseignement soumis aux termes de l’article 4 n’est consigné au registre avant la délivrance de l’avis de conformité à l’égard duquel il a été soumis. » Ces dispositions me paraissent fournir un élément clé pour la compréhension du régime. L’inscription de la « liste de brevets » ne détruit pas le lien entre le brevet et les demandes auxquelles il se rapporte, ni le lien avec l’*AC* visant les demandes. Des brevets précis sont associés à un ou plusieurs *PDN*, *PADN* ou *SPDN*, qui (s’ils sont approuvés) donnent lieu à des *AC* précis. Ceux-ci approuvent à leur tour un produit en particulier qu’un fabricant de produits génériques peut vouloir copier. Il n’existe aucun lien entre les brevets 037 et 470 et les demandes qui donnent lieu à *Losec 20* copié par Apotex. AstraZeneca a indiqué ces brevets obtenus ultérieurement à l’égard du *SPDN* du 22 janvier 1999 pour un nouvel usage thérapeutique du *Losec 20* (traitement de *H. Pylori*)—usage pour lequel le produit d’Apotex n’a pas été approuvé—et à l’égard du *SPDN* présenté par AstraZeneca le 12 juillet 2000, qui est de nature administrative et qui n’a rien à voir avec la technique incorporée au *Losec 20*.

[52] Au paragraphe 22, la Cour suprême a reconnu qu’il pouvait exister plusieurs listes de brevets associées à plusieurs avis de conformité. Il s’agissait donc d’identifier quel avis de conformité, et par conséquent quelle liste, avaient une pertinence en regard du produit que le générique copiait :

Ainsi interprétée, la liste de brevets prévue au par. 4(1), qui se rapporte à un médicament dont la mise au point passe par

may become over time a list of lists, or lists within a list. Section 4(5) ensures the Minister's ability to identify the precise patents relevant to the "early working" by a generic manufacturer of its copy-cat product. This identification is important having regard to the limited purposes for which the *NOC Regulations* are authorized by s. 55.2(4) of the *Patent Act*.

[53] The concluding sentence of paragraph 23 of the reasons reinforces the linkage of a particular patent list to a particular NOC:

It is not to be presumed that s. 4(5) of the *NOC Regulations* insisted on linking particular patents to particular submissions for no purpose.

[54] This linkage is important in considering what generation of the innovator's drug the generic wishes to copy. As stated by the Supreme Court, at the last sentence of paragraph 28 of its reasons:

If Apotex claims bioequivalence with *Lossec 20* it is important to be precise about what generation of *Lossec 20* is the comparator drug.

[55] This linkage was again emphasized in the last sentence of paragraph 34 of the reasons which quoted from the decision of the Federal Court of Appeal [[2006] 1 F.C.R. 297] in the case below:

However, as Noël J.A. also conceded, "it is the actual drug, from which samples can be taken and used for comparative purposes, that is relevant to the application of subsection 5(1) of the *NOC Regulations*" (para. 46 (emphasis added)).

[56] The Court then pointed out that the facts of the particular case before it led to the conclusion that there could have been only one drug that could have been used as a comparator, one that the innovator had discontinued marketing several years ago. This does not mean that the decision is only relevant to discontinued drugs. It simply means that, in that case, the comparator drug was easily identified. As stated in paragraph 37:

The whole obligation incurred by the generic manufacturer under the *NOC Regulations* is based on its "early working" of patents embodied in "another drug for the purpose of

divers stades, peut finir par devenir une liste de listes ou des listes à l'intérieur d'une liste. Le paragraphe 4(5) confère au ministre la possibilité de préciser les brevets sur lesquels un fabricant de produits génériques peut se fonder pour les « travaux préalables ». Cette identification est importante compte tenu des fins limitées du *Règlement AC* énoncées au par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

[53] La phrase qui conclut le paragraphe 23 des motifs renforce l'idée du lien entre une liste de brevets donnée et un avis de conformité donné :

On ne peut présumer que le par. 4(5) du *Règlement AC* insiste sans raison sur la nécessité d'établir un lien entre des brevets précis et des demandes précises.

[54] Cette relation est importante pour examiner quelle est la génération du médicament de l'innovateur que le fabricant du générique souhaite copier. Comme le déclare la Cour suprême à la dernière phrase du paragraphe 28 de ses motifs :

Si Apotex revendique la bioéquivalence avec le *Lossec 20*, il est important de préciser avec quelle génération du *Lossec 20* sa drogue est comparée.

[55] Cette relation est à nouveau soulignée à la dernière phrase du paragraphe 34 des motifs, qui citent un extrait de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale [[2006] 1 R.C.F. 297] faisant l'objet de l'appel :

Cependant, comme le juge Noël l'a également reconnu, « c'est le médicament proprement dit, à partir duquel des échantillons peuvent être prélevés et utilisés à des fins comparatives, qui est pertinent pour l'application du paragraphe 5(1) du *Règlement relatif aux avis de conformité* » (par. 46 (je souligne)).

[56] La Cour suprême a ensuite fait observer que les faits particuliers de l'espèce dont elle était saisie menaient à la conclusion qu'une drogue seulement aurait pu être utilisée pour la comparaison, celle dont l'innovateur avait cessé la commercialisation depuis de nombreuses années. Ce n'est pas dire que l'arrêt est pertinent seulement à l'égard des drogues qui ne sont plus sur le marché. Cela signifie simplement que dans ce cas, la drogue de comparaison était facile à identifier. Pour reprendre le paragraphe 37 :

L'ensemble de l'obligation que le *Règlement AC* impose au fabricant de produits génériques se fonde sur ses « travaux préalables » à l'égard des brevets qu'il incorpore à « une autre

demonstrating bioequivalence”. The only drug that fits the description is the version of *Losec 20* approved in the June 19, 1989 NOC.

[57] The Supreme Court then specifically addressed “The Broader Statutory Purpose” of the NOC Regulations at paragraphs 38 to 41 of its reasons. The last sentence of paragraph 39 clearly states that the generic only needs to address that cluster of patents listed as against the particular NOC pertinent to the generation of drug which it copied:

In my view, s. 5(1) of the *NOC Regulations* requires a patent-specific analysis, i.e. the generic manufacturer is only required to address the cluster of patents listed against submissions relevant to the NOC that gave rise to the comparator drug, in this case the 1989 version of *Losec 20*.

[58] In paragraph 40, the Court recognized that if a later NOC was issued and the generic made reference to it for a specific reason, that is, for purposes of demonstrating bioequivalence, then patents listed against the later NOC would also have to be addressed:

If AstraZeneca had brought to market a *Losec 20* product pursuant to the later NOCs and if Apotex had made reference to that modified product for the purpose of demonstrating bioequivalence, Apotex would have been required to file a notice of allegation with respect to the 037 and 470 patents.

[59] It is important to note that the Supreme Court was quite specific in paragraph 40 as to the reason for the reference, it was for demonstrating bioequivalence. Subsection 5(1) of the NOC Regulations are specific in stating that a person is only required to take steps to issue a notice of allegation to the innovator who has listed patents (thus becoming a “second person”) if:

- that person has filed for an NOC;
- that person has compared reference or made reference to another drug;

drogue pour en démontrer la bioéquivalence ». La seule drogue qui correspond à cette description est la version du *Losec 20* approuvée dans l’AC du 19 juin 1989.

[57] La Cour suprême s’est ensuite penchée sur « L’objet général de la loi » du Règlement AC aux paragraphes 38 à 41 de ses motifs. La dernière phrase du paragraphe 39 dit clairement que le fabricant du produit générique ne doit traiter que l’ensemble des brevets inscrits sur la liste en regard de l’avis de conformité particulier qui est pertinent par rapport à la drogue de la génération qu’il a copiée :

À mon avis, le par. 5(1) du *Règlement AC* exige une analyse portant sur des brevets précis, à savoir que le fabricant de produits génériques n’a besoin de traiter que des brevets inscrits à l’égard des demandes visées par l’AC relatif à la drogue de comparaison, en l’occurrence la version de 1989 du *Losec 20*.

[58] Au paragraphe 40, la Cour suprême a reconnu que si un avis de conformité ultérieur était délivré et que le fabricant du générique y renvoyait pour une raison particulière, en l’occurrence pour démontrer la bioéquivalence, les brevets inscrits sur la liste en rapport avec le dernier avis de conformité devraient alors être traités :

Si AstraZeneca avait commercialisé un produit *Losec 20* fondé sur les AC obtenus ultérieurement et si Apotex avait fait référence à ce produit modifié pour démontrer la bioéquivalence de son produit, Apotex aurait eu à déposer un avis d’allégation à l’égard des brevets 037 et 470.

[59] Il est important de noter que la Cour suprême, au paragraphe 40, a indiqué très spécifiquement le motif de la référence, soit l’établissement de la bioéquivalence. Le paragraphe 5(1) du Règlement AC prévoit expressément qu’une personne est tenue de prendre des mesures en vue de signifier un avis d’allégation à l’innovateur qui a soumis une liste de brevets (et de devenir ainsi une « seconde personne ») seulement si les conditions suivantes sont réunies :

- la personne a déposé une demande d’avis de conformité;
- la personne a comparé sa drogue à une autre drogue ou a fait référence à une autre drogue;

- for the purposes of demonstrating bioequivalence;
- and that other drug has been marketed in Canada pursuant to an NOC; and
- there is a patent list pertinent to that NOC.

[60] These requirements are cumulative. Thus, if there is no comparison or reference for the purpose of bioequivalence, subsection 5(1) is not triggered.

[61] If subsection 5(1) is not triggered, then the generic is not a “second person” and is not required to file a notice of allegation. The NOC Regulations do not come into play. The Supreme Court said, at paragraph 41 of its reasons:

However, it is clear that AstraZeneca did not market any product pursuant to the subsequent NOCs and that the preconditions to any obligations of Apotex under s. 5(1) were therefore not triggered.

Was the Minister’s Position Correct?

[62] There is no specific procedure in the NOC Regulations whereby a generic can inform the Minister or the Minister can inform the generic that certain patents, even if properly listed, need not be addressed having regard to the particular circumstances in which the generic finds itself. There is no specific procedure in the NOC Regulations obliging either the generic or the Minister to bring notice of those circumstances to the listing innovator or give it an opportunity to make submissions. Further, there is no specific provision requiring that the question as to whether the generic should address certain listed patents at all in its particular circumstances be raised or addressed in any proceedings instituted under section 6 of the NOC Regulations.

[63] As soon as the *AstraZeneca* decision was released in early November 2006, the Minister, with some prompting from some generics, set about to devise a process for dealing with the question of setting a procedure for dealing with whether a generic is required

- pour démontrer la bioéquivalence entre les deux;
- l’autre drogue a été commercialisée au Canada aux termes d’un avis de conformité;
- il existe une liste de brevets pertinente à l’égard de cet avis de conformité.

[60] Ces conditions sont cumulatives. Par conséquent, en l’absence de comparaison ou de renvoi en vue d’établir la bioéquivalence, le paragraphe 5(1) ne joue pas.

[61] Si le paragraphe 5(1) ne s’applique pas, le fabricant du générique n’est pas une « seconde personne » et n’est pas tenu de déposer un avis d’allégation. Le Règlement AC ne s’applique pas. La Cour suprême a dit au paragraphe 41 de ses motifs :

Or, il est clair qu’AstraZeneca n’a jamais commercialisé de produit fondé sur les AC subséquents et que les conditions préalables à toute obligation que pourrait avoir Apotex aux termes du par. 5(1) ne sont donc pas réunies.

La position du ministre était-elle correcte?

[62] Le Règlement AC ne prévoit aucune procédure particulière pour que le fabricant du générique puisse informer le ministre ou le ministre, le fabricant du générique, du fait que certains brevets, même s’ils sont correctement inscrits sur la liste, n’ont pas besoin d’être traités en raison des circonstances particulières dans lesquelles se trouve le fabricant du générique. Le Règlement AC ne prévoit aucune procédure particulière prescrivant au fabricant du générique ou au ministre d’aviser l’innovateur qui a soumis la liste de brevets de ces circonstances ou de lui donner la possibilité de présenter des observations. En outre, aucune disposition spécifique n’impose de se demander si le fabricant du générique est vraiment tenu de traiter tous les brevets sur la liste compte tenu de sa situation particulière ou de trancher la question dans le cadre d’une action fondée sur l’article 6 du Règlement AC.

[63] Dès la publication de l’arrêt *AstraZeneca* au début de novembre 2006, le ministre, en partie sous l’aiguillon de certains fabricants de génériques, a entrepris l’élaboration d’un processus qui permettrait de traiter la question de savoir si le fabricant du générique

to address any particular listed patent. This process is set out in affidavits of Anne Elizabeth Bowes, Associate Director of the Therapeutic Products Directorate (TPD) which is the branch of the Minister's department dealing with the NOC Regulations. This process involves only ANDS applications submitted by generics prior to the change in the NOC Regulations of October 5, 2006. Ms. Bowes explains that it involves two steps:

1. First, the date on which the generic has purchased the comparator drug is used to determine which notices of compliance have been issued in respect of that comparator drug. The position of the Minister is that all patents listed in respect of the relevant NOC as of that date must be addressed by the generic.

2. Second, where further NOCs have been issued to the innovator after the date of the purchase of the comparator drug, the Minister makes a determination as to whether the generic has made use of changes made to the comparator drug since the original date of purchase. If the generic has made use of such changes, then all patents added to the patent list subsequent to the date of purchase as are pertinent to the changes of which the generic has taken advantage must be addressed.

[64] The evidence shows that the Minister has regard to submissions made by the generic or its lawyers as to the date of purchase of the comparator drug and whether the generic has taken advantage of any subsequent NOCs issued to the innovator. As well, the Minister has regard to matters that are self-evident on the record of the ANDS application by the generic, such as the date upon which data respecting the comparator drug was filed so as to establish a latest date upon which such drug could have been purchased. The "default date" for establishing the purchase of the comparator drug, in the absence of other information, is taken to be the filing date of the ANDS.

[65] I find that the policy adopted by the Minister is consistent with the reasoning of the Supreme Court of

est tenu de traiter un ou plusieurs brevets particuliers sur la liste de brevets. Ce processus est exposé dans les affidavits d'Anne Elizabeth Bowes, directrice adjointe de la Direction des produits thérapeutiques (DPT), qui est l'unité relevant du ministre de la Santé chargée du Règlement AC. Ce processus porte seulement sur les demandes de PADN soumises par les fabricants de génériques avant la modification du Règlement AC du 5 octobre 2006. M^{me} Bowes explique que le processus comporte deux étapes :

1. Premièrement, la date à laquelle le fabricant du générique a acheté la drogue de comparaison sert à déterminer les avis de conformité qui ont été délivrés à l'égard de la drogue de comparaison. Selon la position du ministre, le fabricant du générique doit traiter tous les brevets inscrits sur la liste en rapport avec l'avis de conformité pertinent à compter de cette date.

2. Deuxièmement, dans le cas où d'autres avis de conformité ont été délivrés à l'innovateur après la date d'achat de la drogue de comparaison, le ministre décide si le fabricant du générique a ou n'a pas utilisé les changements apportés à la drogue de comparaison depuis la date d'achat originale. Dans l'affirmative, le fabricant du générique doit traiter tous les brevets ajoutés à la liste de brevets après la date d'achat qui sont pertinents à l'égard des changements dont il a tiré parti.

[64] La preuve établit que le ministre prend en considération les observations du fabricant du générique ou de ses avocats sur la date d'achat de la drogue de comparaison et sur le fait de savoir si le fabricant du générique a tiré parti de tout avis de conformité ultérieur délivré à l'innovateur. De même, le ministre prend en compte des éléments qui sont évidents au dossier de la demande de PADN du fabricant du générique, comme la date à laquelle les données sur la drogue de comparaison ont été déposées, en vue d'établir la date la plus tardive à laquelle cette drogue aurait pu être achetée. La « date par défaut » pour établir l'achat de la drogue de comparaison, en l'absence d'autres renseignements, est réputée être la date de dépôt de la PADN.

[65] Je conclus que la politique du ministre est en conformité avec le raisonnement tenu par la Cour

Canada in *AstraZeneca* and the applicable provisions of the NOC Regulations and *Food and Drug Regulations*. If I were to modify the policy, I would do so in two respects. First, the date of purchase of the comparator drug is not a date that is required by the provisions of either Regulation to be recorded or submitted. It is a date, the existence of which is known only to the generic purchasing the drug. A better date would be the filing date of the ANDS by the generic as that is a date of record and is, logically, the last date upon which the comparator drug could have been obtained by the generic. Second, with respect to the second criteria, the changes made by the generic must be those as specified in subsection 5(1) of the NOC Regulations, namely, for purposes of bioequivalence. This would be consistent with *AstraZeneca*. These suggestions, even if they had been implemented by the Minister before arriving at the decisions he did, would not have changed the results of those decisions or this decision of the Court.

TRIPS

[66] Counsel for Ferring raised in oral argument, but not in that party's factum, an assertion that Canada's *Patent Act*, including the NOC Regulations, failed to comply with Canada's obligations under the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (TRIPS) a World Trade Organization Agreement to which Canada is a signatory. This Agreement was implemented into the laws of Canada by the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*, S.C. 1994, c. 47 and appears at Annex 1C of the Agreement [*Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3]. That Act prohibits any action claiming a right claimed to arise out of the TRIPS Agreement without the consent of the Attorney General of Canada. There has been no such consent in these proceedings.

[67] Article 41 of TRIPS obliges member countries such as Canada to ensure that there are effective enforcement procedures available to permit effective

suprême du Canada dans l'arrêt *AstraZeneca* et avec les dispositions applicables du Règlement AC et du *Règlement sur les aliments et drogues*. Si je devais modifier cette politique, je le ferais sous deux aspects. Premièrement, la date d'achat de la drogue de comparaison est une date qu'aucune des dispositions des deux règlements ne prescrit d'enregistrer ou de soumettre. Il s'agit d'une date dont l'existence n'est connue que du fabricant du générique qui achète la drogue. La date de dépôt de la PADN par le fabricant du générique serait meilleure, car elle figure au dossier et elle est logiquement la dernière date à laquelle le fabricant du générique aurait pu obtenir la drogue de comparaison. Deuxièmement, s'agissant du second critère, les modifications effectuées par le fabricant du générique doivent être celles qui sont prévues au paragraphe 5(1) du Règlement AC, soit pour la bioéquivalence. Cela serait conforme à l'arrêt *AstraZeneca*. Ces suggestions, auraient-elles été appliquées par le ministre avant qu'il rende ses décisions, n'auraient pas changé l'issue des décisions du ministre ni de la décision de la Cour.

ADPIC

[66] L'avocat de Ferring a fait valoir dans son argumentation orale, mais non dans le mémoire de la partie demanderesse, que la *Loi sur les brevets* du Canada et le Règlement AC ne respectaient pas les obligations du Canada en vertu de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 299 (ADPIC), accord de l'Organisation mondiale du commerce dont le Canada est signataire. Cet accord a été incorporé aux lois du Canada par la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce*, L.C. 1994, ch. 47 et forme l'annexe 1C de cet accord [*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3]. Cette Loi interdit toute action revendiquant un droit allégué comme issu de l'Accord sur les ADPIC sans le consentement du procureur général du Canada. Il n'y a eu aucun consentement de cette nature dans la présente procédure.

[67] L'article 41 de l'Accord sur les ADPIC oblige les pays membres tels que le Canada à faire en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à

action to deter infringement of rights such as patent rights and to provide expeditious remedies. Ferring's counsel asserts that Canada's *Patent Act* and the NOC Regulations fall short of such obligations. I would be prepared to dispose of such argument summarily since it was not raised in Ferring's memorandum and was only raised in oral argument at the hearing. Such an argument would require proper evidence before it could be properly adjudicated upon. Simple assertions by counsel are insufficient.

[68] Justice Snider of this Court has rejected a similar argument recently in *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2006 FC 1493, at paragraphs 76-79. I fully agree with her analysis and conclusion. Therefore, I reject the argument that the *Patent Act* and NOC Regulations do not comply with TRIPS. To the extent that counsel seeks to nuance this agreement to state that somehow the NOC Regulations must be read in a manner so as to be aggressively interpreted in enforcing patent rights in light of TRIPS, I regret that argument. I have determined the legal effect of those Regulations in accordance with the ordinary principles established in Canadian law. TRIPS affords no particular bias.

Standard of Review of Minister's Decisions

[69] It is common ground between all parties that, in a judicial review proceeding such as this, a decision of the Minister that is based on a determination of law is to be reviewed upon a standard of correctness (*AstraZeneca*, at paragraph 25). Where the Minister's decision involves factual determinations and actions based on such determinations, his decisions are entitled to deference. Kelen J. of this Court reviewed extensively the degree of deference owed to the Minister in such circumstances in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519 (F.C.) and at paragraph 36 of his reasons concluded that the standard was that of reasonableness. That conclusion

faire respecter les droits de propriété intellectuelle, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits tels que les droits de brevet, et comporte des mesures correctives rapides. L'avocat de Ferring affirme que la *Loi sur les brevets* et le Règlement AC du Canada ne respectent pas ces obligations. Je serais disposé à décider de manière sommaire de cet argument étant donné qu'il n'a pas été soulevé dans le mémoire de Ferring et ne l'a été que dans l'argumentation orale à l'audience. Cette argumentation devrait être étayée par des éléments de preuve adéquats pour qu'un tribunal puisse se prononcer correctement. De simples affirmations de l'avocat ne suffisent pas.

[68] La juge Snider de la Cour a rejeté récemment une argumentation semblable dans la décision *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2006 CF 1493, aux paragraphes 76 à 79. Je suis pleinement d'accord avec son analyse et sa conclusion. Par conséquent, je rejette la prétention que la *Loi sur les brevets* et le Règlement AC ne respecteraient pas l'Accord sur les ADPIC. Dans la mesure où l'avocat cherche à nuancer son argument pour affirmer que le Règlement AC doit être interprété de manière à permettre une défense vigoureuse des droits de brevet à la lumière de l'Accord sur les ADPIC, je rejette aussi l'argument. J'ai déterminé que les effets juridiques de ce Règlement en conformité avec les principes ordinaires établis en droit canadien. L'Accord sur les ADPIC ne donne matière à aucun angle d'interprétation particulier.

Norme de contrôle des décisions du ministre

[69] Toutes les parties admettent que, dans une procédure de contrôle judiciaire comme en l'espèce, une décision du ministre fondée sur un point de droit doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte (*AstraZeneca*, au paragraphe 25). Lorsque la décision du ministre comporte des constatations de faits et des mesures fondées sur ces constatations, elle doit faire l'objet de déférence. Le juge Kelen de la Cour a examiné de manière exhaustive le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du ministre en pareilles circonstances dans la décision *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1277 et conclu, au paragraphe 36 de ses motifs, que la

was affirmed by the Federal Court of Appeal at paragraph 2 of its reasons reported at [2006] 1 F.C.R. 297. In such circumstances, therefore, I will apply the standard of reasonableness, that is, the Minister's decision is entitled to deference; however, it must be understood that a somewhat probing examination of the basis for the decision should be undertaken.

Was the Minister *Functus*?

[70] Ferring and Sanofi-Aventis argue that, at some point in the process, the Minister had made decisions as to the status of the generics' applications, such that the Minister could not address or re-address the issue as to whether the generics were, in fact, "second person[s]" within the contemplation of the NOC Regulations.

[71] To consider this issue, the course of the decisions to be made by the Minister should be traced. First, under the *Food and Drug Regulations*, the Minister must examine an ANDS filed by a generic to determine if the drug is bioequivalent with the Canadian reference product (paragraph C.08.002.1(1)(b)). Then the Minister must, based on information provided by the generic, determine if the drug is safe and effective (subsection C.08.002.1(2)). After completing an examination of the application and being satisfied, the Minister shall issue an NOC (paragraph C.08.002(1)(a) [as am. by SOR/95-411, s. 4]). As previously discussed, the Minister has a duty to issue the NOC without delay (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*).

[72] However, at the point where the Minister would otherwise issue an NOC, the NOC Regulations intervene. Subsection 7(1) of the NOC Regulations directs that the Minister is not to issue an NOC before the latest of:

- (a) (repealed) [SOR/98-166, s. 6];
- (b) the day on which a "second person" complies with section 5, that is, sends to the innovator who has listed patents a notice of allegation;
- (c) the date the patents expire;

norme était celle de la décision raisonnable. Cette conclusion a été confirmée par la Cour d'appel fédérale au paragraphe 2 de ses motifs : [2006] 1 R.C.F. 297. Dans ces circonstances, j'appliquerai donc la norme de la décision raisonnable, la décision du ministre devant faire l'objet de déférence; cependant, on comprendra qu'il faut procéder à un examen relativement fouillé du fondement de la décision.

Le ministre était-il *dessaisi (functus)*?

[70] Ferring et Sanofi-Aventis soutiennent que, à un moment donné du processus, le ministre avait rendu des décisions sur l'état des demandes des fabricants de génériques, de sorte que le ministre ne pouvait plus traiter ou rouvrir la question de leur qualité effective de « secondes personnes » au sens du Règlement AC.

[71] L'examen de cette question demande de retracer le cheminement des décisions que doit prendre le ministre. Tout d'abord, en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, le ministre doit examiner la PADN soumise par le fabricant du générique pour décider de la bioéquivalence entre la drogue visée et le produit de référence canadien (alinéa C.08.002.1(1)(b)). Puis, en se fondant sur les renseignements fournis par le fabricant du générique, le ministre doit se prononcer sur l'innocuité et l'efficacité de la drogue (paragraphe C.08.002.1(2)). S'il est persuadé au terme de cet examen, le ministre doit délivrer un avis de conformité (alinéa C.08.002(1)(a) [mod. par DORS/95-411, art. 4]). Comme nous l'avons dit précédemment, le ministre est tenu de délivrer l'avis de conformité sans délai (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*).

[72] Toutefois, au moment où le ministre délivrerait normalement l'avis de conformité entre en jeu le Règlement AC. Le paragraphe 7(1) du Règlement AC prescrit au ministre de ne pas délivrer d'avis de conformité avant la plus tardive des dates suivantes :

- a) (abrogé) [DORS/98-166, art. 6];
- b) la date à laquelle la « seconde personne » se conforme à l'article 5, c'est-à-dire envoie à l'innovateur qui a soumis une liste de brevet un avis d'allégation;
- c) la date d'expiration des brevets;

(d) a notice of allegation has been sent, 45 days have expired, and the innovator has done nothing; and

(e) the innovator has taken legal proceedings and 24 months have expired.

[73] Subsequent subsections make provision for the settlement or withdrawal of legal action and expiry of relevant patents. If successful, the legal action prohibits the Minister from issuing an NOC until the relevant patents expire.

[74] Thus, where the Minister is at the point of issuing an NOC, he must have regard to relevant patents listed under the provisions of the NOC Regulations. If there are relevant patents, the Minister puts the application on “patent hold.” Until the Supreme Court decision of *AstraZeneca*, the “patent hold” would remain until the transpiration of events under section 7 of the NOC Regulations.

[75] *AstraZeneca* has told us that section 7 only applies where a generic is a “second person” as provided for in paragraph 5(3)(d) [as am. by SOR/98-166, s. 4] of the NOC Regulations. As has happened in the cases presently before this Court, the Minister has been persuaded that the relevant generic is not such a “second person” in all cases but one.

[76] The innovators say that the Minister is *functus* and cannot visit the issue as to whether a generic is a second person since there have been events which preclude that from happening. These events are one or more of:

1. The placing of the application on “patent hold” until section 7 plays out;
2. The sending of a notice of allegation by the generic to the innovator under subsection 5(1); or
3. The institution of proceedings in this Court by the innovator.

[77] Neither the *Food and Drug Regulations* nor the NOC Regulations make any provision for the Minister

d) l’avis d’allégation a été envoyé, le délai des 45 jours a expiré et l’innovateur n’a rien fait;

e) l’innovateur a intenté une action en justice et le délai des 24 mois a expiré.

[73] Les articles suivants comportent des dispositions concernant le règlement ou le retrait de l’action en justice et l’expiration des brevets. Si elle est accueillie, l’action en justice interdit au ministre de délivrer un avis de conformité avant l’expiration du brevet.

[74] Par conséquent, au moment où le ministre est sur le point de délivrer un avis de conformité, il doit prendre en considération les brevets inscrits sur la liste de brevets en vertu des dispositions du Règlement AC. Si des brevets sont pertinents, le ministre met la demande en état d’« attente de brevet ». Jusqu’à l’arrêt *AstraZeneca* de la Cour suprême, l’état d’« attente de brevet » se maintenait jusqu’à l’issue des événements prévus à l’article 7 du Règlement AC.

[75] L’arrêt *AstraZeneca* a statué que l’article 7 ne s’applique que dans le cas où le fabricant du générique est une « seconde personne » selon ce que prévoit l’alinéa 5(3)d) [mod. par DORS/98-166, art. 4] du Règlement AC. Dans les affaires dont est actuellement saisie la Cour, il s’est trouvé que le ministre a été persuadé que le fabricant du générique n’était pas une « seconde personne » dans tous les cas sauf un.

[76] Les innovateurs disent que le ministre est dessaisi (*functus*) et ne peut examiner la question de savoir si le fabricant du générique est une seconde personne étant donné que des événements survenus l’en empêchent. Ces événements sont l’un ou plusieurs des suivants :

1. la demande est placée en état d’« attente de brevet » jusqu’à la mise en œuvre de l’article 7;
2. le fabricant du générique envoie un avis d’allégation à l’innovateur en vertu du paragraphe 5(1);
3. l’innovateur engage une procédure devant la Cour.

[77] Ni le *Règlement sur les aliments et drogues* ni le Règlement AC ne contiennent des dispositions conférant

to act like a tribunal, or to hear evidence, or to consider submissions or to make rulings. The Minister is not acting in a judicial or quasi-judicial role unlike that which was considered, for instance, in *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. In that case, the Supreme Court stated, at pages 861-864, that the doctrine of *functus officio* which precludes a tribunal from reopening a decision once made, should not be applied rigorously in respect of every sort of administrative ruling.

[78] In the present case, the Minister is acting in a purely administrative capacity, he is processing an ANDS from its submission to the issuance of an NOC. From time to time, information is provided or sought and obtained and steps are taken by the Minister. The Minister is not acting as a tribunal at all (*Novopharm Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 3 F.C. 50 (T.D.), at paragraph 16 and *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Canadian Grain Commission)* (2004), 260 F.T.R. 310 (F.C.), at paragraph 24). This role is a continuing one of the type considered by the Supreme Court of Canada in *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. The Minister, as explained by the Supreme Court in *Comeau's Sea Foods*, at paragraphs 39-51 of its reasons, is entitled to visit and revisit circumstances from time to time as conditions change and new issues arise. It is only when the final step is taken, in that case, the issuing of a fishing licence, that the issue of *functus* can arise. Here that final step is the issuance of an NOC.

[79] The process here is analogous to considerations given by the Commissioner of Patents under the *Patent Act*, as to whether he will entertain an application for a compulsory licence (*Merck and Co., Inc. v. Brantford Chemicals Inc. et al.* (2005), 37 C.P.R. (4th) 481 (F.C.A.)), or as to whether he will involve a person who is not the person applying for a patent at the point when the patent is allowed (*Monsanto Co. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 500 (F.C.T.D.)). In such situations, the actions of the Commissioner, or here the Minister, cannot be of such finality that they cannot be revisited where appropriate.

au ministre le pouvoir d'agir comme un tribunal, d'être saisi d'éléments de preuve, d'examiner des observations ou de rendre des décisions. Le ministre n'agit pas dans un rôle judiciaire ou quasi-judiciaire, contrairement à ce qui a été conclu, par exemple, dans l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848. Dans cet arrêt, la Cour suprême a déclaré, aux pages 861 à 864, que la doctrine du dessaisissement (*functus officio*), qui empêche un tribunal de rouvrir une décision judiciaire, ne devrait pas être appliquée rigoureusement à toutes sortes de décisions administratives.

[78] En l'espèce, le ministre agit dans une fonction purement administrative, il traite une PADN depuis sa soumission jusqu'à la délivrance de l'avis de conformité. De temps à autre, le ministre reçoit des renseignements, en demande et en obtient, puis il prend des mesures. Le ministre n'agit aucunement comme un tribunal (*Novopharm Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 3 C.F. 50 (1^{re} inst.), au paragraphe 16 et *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Commission canadienne des grains)*, 2004 CF 1307, au paragraphe 24). Ce rôle est constant et du type envisagé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12. Le ministre, comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Comeau's Sea Foods*, aux paragraphes 39 à 51 de ses motifs, a le droit d'examiner et de réexaminer les circonstances de temps à autre selon l'évolution de la situation et si de nouvelles questions sont soulevées. Ce n'est qu'à la dernière étape, en l'occurrence la délivrance d'un permis de pêche, que la question du dessaisissement se pose. En l'espèce, l'étape finale est la délivrance d'un avis de conformité.

[79] Le processus est analogue à l'examen qu'effectue le commissaire aux brevets en vertu de la *Loi sur les brevets*, lorsqu'il se penche sur une demande de licence obligatoire (*Merck and Co., Inc. c. Brantford Chemicals Inc. et al.*, 2005 CAF 48) ou lorsqu'il envisage la participation d'une personne qui n'est pas la personne qui demande le brevet au moment de la délivrance du brevet (*Monsanto Co. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [1999] A.C.F. n° 1144 (1^{re} inst.) (QL)). Dans ces situations, les actes du commissaire, ou du ministre en l'espèce, ne peuvent avoir une finalité telle qu'ils ne puissent être réexaminés s'il y a lieu.

[80] Even in circumstances where the final step has been taken such as a prohibition against the Minister from issuing an NOC by a court order, the matter has been revisited where the underlying patent has been held, in other proceedings, to be invalid (*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 167 F.T.R 111 (F.C.T.D.), at paragraph 14).

[81] I find, therefore, that the Minister cannot be said to have been *functus* at any point in the process. The Minister is entitled, at a point where appropriate, to consider whether a generic is, in the circumstances of the case, a “second person” within the meaning of subsection 5(1) of the NOC Regulations.

[82] Does the fact that Court proceedings have been commenced under the provisions of subsection 6(1) of the NOC Regulations make any difference? Can the Minister consider the status of a generic as a “second person” or not, after such proceedings have been taken? Can the Minister issue an NOC once such proceedings have been taken on the basis that the generic is not, in fact, a “second person”?

[83] The NOC Regulations are a legislative scheme without which the Minister would be obliged to issue an NOC without delay. Section 7 imposes a legislative, not court-ordered, stay on the issuing of an NOC until the expiry of certain events, some of which contemplate court proceedings. The court proceedings would not take place at all if a generic were not a “second person”. Until the Supreme Court handed down its decision in *AstraZeneca* in November 2006, the Minister and the generic were not sufficiently alert to the issues as to what constitutes a “second person”.

[84] The Minister is charged with a duty to issue an NOC without delay. If the Minister is persuaded that a particular generic in particular circumstances is not caught by the NOC Regulations, then a proper exercise of his duty, notwithstanding Court proceedings, which owe their existence only to the NOC Regulations, is to issue the NOC. As Reed J. said in *Hoffmann-La Roche*

[80] Même dans le cas où l'étape finale est franchie, par exemple en présence d'une ordonnance de la Cour interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, la question a été réexaminée lorsque le brevet sous-jacent a été jugé invalide dans une autre procédure (*Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 662 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 14).

[81] Par conséquent, je conclus qu'on ne peut affirmer que le ministre a été dessaisi à un stade quelconque du processus. Le ministre a le droit, en temps opportun, d'examiner si un fabricant de génériques, dans les circonstances de l'espèce, est une « seconde personne » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement AC.

[82] Le fait que la présente procédure devant la Cour ait été intentée en vertu des dispositions du paragraphe 6(1) du Règlement AC change-t-il quelque chose? Le ministre peut-il ou non examiner la qualité de « seconde personne » d'un fabricant de générique après la début d'une telle procédure? Peut-il délivrer un avis de conformité une fois cette procédure engagée au motif que le fabricant de générique n'est pas vraiment une « seconde personne »?

[83] Le Règlement AC est un régime législatif en l'absence duquel le ministre serait tenu de délivrer un avis de conformité sans délai. L'article 7 impose un sursis d'ordre législatif, et non judiciaire, à la délivrance d'un avis de conformité jusqu'à l'expiration de certains événements, dont certains concernent des actions en justice. Ces actions en justice seraient inexistantes si le fabricant du générique n'était pas une « seconde personne ». Jusqu'à ce que la Cour suprême rende l'arrêt *AstraZeneca* en novembre 2006, le ministre et le fabricant du générique n'étaient pas suffisamment conscients des questions liées à la nature de la « seconde personne ».

[84] Le ministre a l'obligation de délivrer l'avis de conformité sans délai. Si le ministre est persuadé qu'un fabricant de génériques donné, dans des circonstances particulières, n'est pas assujéti au Règlement AC, il s'acquittera correctement de sa responsabilité, nonobstant les procédures en justice qui ne doivent leur existence qu'au Règlement AC, en délivrant l'avis de

Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), an order of the Court is not necessary for a Minister to issue an NOC where the patent underlying a prohibition order has been declared to be invalid. Similarly here, no order of the Court is necessary. The mere existence of court proceedings cannot prohibit the issuance of an NOC where the underlying basis for the court proceedings is a nullity.

The Specific Proceedings

Ferring—T-165-07

[85] Ferring is an innovator or “first party” that markets a drug in Canada originally under the name “Minirin” and subsequently “DDAVP”. This drug is principally used to combat bedwetting. The first NOC for that drug was granted on March 18, 1993.

[86] Ferring challenges the decision of the Minister to issue NOCs to each of two generics, Apotex and Novopharm, on January 22, 2007. Ferring asserts that the Minister should have required that each of these generics address two patents listed by Ferring on the Register, the so-called ‘833 and ‘335 patents.

[87] A complete list of relevant events is attached as Schedule A. However, for purposes of the present analysis, as instructed by the Supreme Court in *AstraZeneca*, the following events are relevant:

- March 18, 1993 - First NOC issued to Ferring;
- September 19, 2000 - A further NOC issued to Ferring for a new indication for the drug Patent 1232 839 was listed against this NOC;
- April 20, 2004 - Novopharm acquires a comparator drug which is a United Kingdom version of “DDVAP”

conformité. Comme l’a dit la juge Reed dans la décision *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, une ordonnance de la Cour n’est pas nécessaire pour qu’un ministre délivre un avis de conformité dans le cas où le brevet sous-jacent à l’ordonnance d’interdiction a été déclaré invalide. De la même manière en l’espèce, aucune ordonnance de la Cour n’est nécessaire. La simple existence d’une action en justice ne peut empêcher la délivrance d’un avis de conformité dans le cas où le fondement sous-jacent à l’action en justice est entaché de nullité.

Procédures particulières

Ferring—T-165-07

[85] Ferring est un innovateur ou « première personne » qui commercialise au Canada un médicament originalement connu sous la désignation « Minirin », devenue ensuite « DDAVP ». Ce médicament sert principalement à combattre l’énurésie. Le premier avis de conformité à l’égard du médicament a été délivré le 18 mars 1993.

[86] Ferring attaque la décision du ministre, en date du 22 janvier 2007, de délivrer des avis de conformité à deux fabricants de médicaments génériques, Apotex et Novopharm. Ferring affirme que le ministre aurait dû exiger de chacun des deux fabricants de génériques qu’il traite deux brevets inscrits par Ferring au registre des brevets, les brevets désignés ‘833 et ‘335.

[87] La chronologie complète des événements pertinents est jointe à l’annexe A. Toutefois, dans le cadre de la présente analyse, suivant l’exemple de la Cour suprême dans l’arrêt *AstraZeneca*, voici une chronologie des faits pertinents :

- 18 mars 1993 – Premier avis de conformité délivré à Ferring;
- 19 septembre 2000 – Autre avis de conformité délivré à Ferring pour une nouvelle indication du médicament; le brevet 1232839 a été inscrit sur la liste en relation avec cet avis de conformité;
- 20 avril 2004 – Novopharm acquiert une drogue de comparaison qui est une version provenant du

found acceptable by the Minister;

- October 19, 2004 - Apotex acquires a Canadian version of “DDVAP” as a comparator drug;
- December 14, 2004 – Novopharm files its ANDS with the Minister;
- February 16, 2005 – Patent 1232839 expires;
- September 6, 2005 – Apotex files its ANDS with the Minister;
- November 21, 2005 – A further NOC issued to Ferring respecting a new manufacturing process and slightly adjusted formulation;
- December 7, 2005 – The ‘833 patent was added to the list respecting the November 21, 2005 NOC;
- February 8, 2006 – The ‘335 patent was added to the list respecting the November 21, 2005 NOC;
- June 27-28, 2006 – Apotex sends a notice of allegation to Ferring respecting the ‘335 and ‘833 patents;
- August 11, 2006 – Ferring commences proceedings under subsection 6(1) of the NOC Regulations against Apotex;
- October 31, 2006 – Novopharm’s application is put on “patent hold”;
- November 3, 2006 – *AstraZeneca* decision is released;
- January 23, 2007 – The Minister issues NOC to each of Apotex and Novopharm.

[88] As can be seen, when each of Apotex and Novopharm purchased their comparator drugs and when each filed their ANDS, the NOC that was extant at the time was that of September 14, 2000. The ‘833 and ‘335 patents were not added until the further NOC was granted to Ferring on November 21, 2005. That further NOC could not have been used by either Apotex or Novopharm for purposes of bioequivalence since bioequivalence studies would have been filed with their ANDS which preceded November 21, 2005.

Royaume-Uni du « DDVAP », que le ministre juge acceptable;

- 19 octobre 2004 – Apotex acquiert une version canadienne du « DDVAP » comme drogue de comparaison;
- 14 décembre 2004 – Novopharm dépose sa PADN auprès du ministre;
- 16 février 2005 – Expiration du brevet 1232839;
- 6 septembre 2005 – Apotex dépose sa PADN auprès du ministre;
- 21 novembre 2005 – Autre avis de conformité délivré à Ferring à l’égard d’un nouveau procédé de fabrication et d’une formulation légèrement modifiée;
- 7 décembre 2005 – Ajout du brevet ‘833 à la liste en relation avec l’avis de conformité du 21 novembre 2005;
- 8 février 2006 – Ajout du brevet ‘335 à la liste en relation avec l’avis de conformité du 21 novembre 2005;
- 27 et 28 juin 2006 – Apotex envoie un avis d’allégation à Ferring au sujet des brevets ‘335 et ‘833;
- 11 août 2006 – Ferring engage une procédure contre Apotex en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement AC;
- 31 octobre 2006 – La demande de Novopharm est placée en état d’« attente de brevet »;
- 3 novembre 2006 – L’arrêt *AstraZeneca* est publié;
- 23 janvier 2007 – Le ministre délivre des avis de conformité respectivement à Apotex et à Novopharm.

[88] Comme on peut le voir, quand Apotex et Novopharm ont chacune acheté leur drogue de comparaison et déposé leur PADN respective, l’avis de conformité qui avait alors effet était celui du 14 septembre 2000. Les brevets ‘833 et ‘335 n’ont pas été ajoutés avant l’autre avis de conformité délivré à Ferring le 21 novembre 2005. Cet autre avis de conformité n’aurait pu être utilisé ni par Apotex ni par Novopharm pour établir la bioéquivalence, du fait que les études de bioéquivalence auraient été déposées avec leur PADN, qui était antérieure au 21 novembre 2005.

[89] Thus, in accordance with *AstraZeneca*, the Minister, in doing a patent specific analysis, needed to look only at patents listed against the NOC extant as of the filing of the ANDS by the generics (or purchase date of comparator drugs). The only relevant patent listed there was Canadian patent 1232839, which expired on February 16, 2005. Thus, no relevant patent remained in respect of any NOC relevant to the generics.

[90] The fact that Apotex had sent a notice of allegation and proceedings had been instituted by February is, as previously determined, irrelevant. Novopharm had never sent a notice of allegation and no proceedings had been commenced.

[91] I find that the Minister's decisions respecting Apotex and Novopharm were correct.

Duty of Fairness

[92] Ferring makes a further argument that the decisions of the Minister were made without warning to Ferring and giving it an opportunity to be heard. This, argues Ferring, is unfair and contrary to the principles of natural justice.

[93] The Minister submits that the decision is administrative in nature and there is nothing in the NOC Regulations or *Food and Drug Regulations* that obliges him to advise an innovator who has listed patents as to whether a generic is seeking an NOC or to afford the innovator a right to be heard before a decision is made.

[94] The parties refer to the Supreme Court of Canada decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 21-28 for the purposes of considering what the duty of fairness might require in any particular circumstances. L'Heureux-Dubé J. said in the majority decision, at paragraph 21 of that decision, that the concept is eminently variable and depends on the particular circumstances in each case. In paragraph 23 she stated that the closer a procedure is to a judicial process, the more likely it would be that there would be procedural

[89] Par conséquent, en conformité avec l'arrêt *AstraZeneca*, dans son analyse de brevets précis, le ministre ne devait considérer que les brevets inscrits sur la liste en relation avec l'avis de conformité ayant effet à la date du dépôt de la PADN des fabricants de génériques (ou la date d'achat des drogues de comparaison). Le seul brevet pertinent qui figurait sur la liste était le brevet canadien n° 1232839, qui expirait le 16 février 2005. Par conséquent, il ne restait aucun brevet pertinent en relation avec un avis de conformité des fabricants de génériques.

[90] Le fait qu'Apotex avait envoyé un avis d'allégation et qu'une procédure avait été engagée en février n'est pas pertinent, comme je l'ai établi précédemment. Novopharm n'avait pas envoyé d'avis d'allégation et n'avait engagé aucune procédure.

[91] Je conclus que les décisions du ministre à l'égard d'Apotex et de Novopharm étaient correctes.

Obligation d'équité

[92] Ferring fait valoir un autre argument, soit que les décisions du ministre ont été rendues sans avis donné à Ferring et sans qu'elle ait la possibilité d'être entendue. Elle soutient que ce comportement est inéquitable et contrevient aux principes de la justice naturelle.

[93] Le ministre soutient que la décision est de nature administrative et que rien dans le Règlement AC ou dans le *Règlement sur les aliments et drogues* ne l'oblige à aviser l'innovateur qui a soumis une liste de brevets qu'un fabricant de génériques cherche à obtenir un avis de conformité ni à accorder à l'innovateur le droit d'être entendu avant la décision.

[94] Les parties renvoient à un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21 à 28, pour l'examen de ce que l'obligation d'équité pourrait imposer dans des circonstances particulières. Dans cet arrêt rendu à la majorité, la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a dit au paragraphe 21 que la notion est éminemment variable et est tributaire du contexte particulier de chaque cas. Au paragraphe 23, elle a déclaré que plus la procédure prévue ressemble à

protection, such as that afforded a litigant. Second, the terms of the particular legislation must be considered. A third consideration is the importance to the individual affected. Fourth is the legitimate expectation of persons challenging the decision. Fifth is the choice of procedure afforded to the decision maker.

[95] In considering these criteria: first, the decision of the Minister to grant an NOC, including whether a generic is caught by subsection 5(1), is administrative in nature; second, the Regulations do not specify any form of notice or hearing being afforded to others; third, an innovator is affected by the decision in that it may lose an opportunity to institute proceedings under the NOC Regulations, thus losing an opportunity to gain a two-month stay, however, this is an exceptional remedy and cannot be considered to be available as of right; fourth, there is nothing in the Regulations such as would give an expectation to an innovator to be consulted and heard before an NOC is given to a generic other than to receive a notice of allegation if and when the generic is obliged as a “second person” under subsection 5(1) to send such a notice, otherwise all proceedings are confidential as between the generic and the Minister; fifth, there is no choice given to the Minister as to whether to engage the innovator or not.

[96] There is no history of the Minister notifying an innovator or affording it an opportunity to be heard during the process of granting an NOC to a generic. There is a reference, in the Federal Court reasons in the *AstraZeneca* case, at paragraphs 55 and 56, to communications between the Minister and the innovator. A review of the record in that case indicates that the Minister wrote to the innovator on January 13, 2004, without disclosing that there was a pending NOC submission from a generic. The Minister simply requested information as to whether the innovator’s “Losec 20” capsules had been marketed in Canada since

une procédure judiciaire, plus il est probable qu’il y ait des protections procédurales, comme celles qui sont accordées dans un procès. Deuxième facteur, la teneur de la loi particulière doit être prise en compte. Une troisième considération joue, soit l’importance de la décision pour la personne visée. Un quatrième facteur est l’attente légitime de la personne qui attaque la décision. Cinquièmement, il faut prendre en considération le choix de procédure dont dispose le décideur.

[95] Examinons ces critères : premièrement, la décision du ministre de délivrer un avis de conformité, y compris celle de savoir si le fabricant du générique est assujetti au paragraphe 5(1), est de nature administrative; deuxièmement, le Règlement ne prévoit aucune forme d’avis ou d’audience à l’intention d’autres personnes; troisièmement, l’innovateur est touché par la décision en ce qu’il peut perdre la possibilité d’engager une procédure en vertu du Règlement AC, perdant ainsi l’occasion de gagner un sursis de deux mois, encore que ce soit là un recours exceptionnel et dont on ne peut se prévaloir de droit; quatrièmement, rien dans le Règlement ne justifie que l’innovateur s’attende à être consulté et entendu avant la délivrance d’un avis de conformité à un fabricant de générique, sous réserve de la réception d’un avis d’allégation dans le cas et au moment où le fabricant de générique est tenu comme « seconde personne » en vertu du paragraphe 5(1) d’envoyer un tel avis, la procédure entre le fabricant du générique et le ministre étant pour le reste confidentielle; cinquièmement, le ministre n’a pas le choix de faire participer l’innovateur ou de ne pas le faire.

[96] Il n’y a pas de précédent d’un ministre donnant un avis à l’innovateur ou lui accordant la possibilité d’être entendu au cours de la procédure de délivrance d’un avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques. Il est fait référence, dans les motifs de la décision de la Cour fédérale dans l’affaire *AstraZeneca*, aux paragraphes 55 et 56, à des communications entre le ministre et l’innovateur. Un examen du dossier visé indique que le ministre a écrit à l’innovateur le 13 janvier 2004, sans lui communiquer l’existence d’une demande d’avis de conformité en instance de la part d’un fabricant de génériques. Le ministre a simplement

the date of its NOC on June 4, 1999. The innovator was not asked to make submissions of any kind as to the impact that the failure to market might have. There was no hearing of any kind conducted by the Minister; there was a simple request for information.

[97] The Minister was not required to inform Ferring as to a generic's pending NOC submission; in fact, that submission is to remain confidential. Nor was the Minister required to afford Ferring an opportunity to be heard before making a decision as to whether the provisions of subsection 5(1) of the NOC Regulations applied to the generic, or to issue an NOC to the generic.

Status of Ferring to Seek Judicial Review

[98] Novopharm takes issue as to the status of Ferring to seek judicial review of the Minister's decision that Novopharm was not a "second person" as defined in subsection 5(1), whereby Novopharm received the NOC it sought without engaging the provisions of the NOC Regulations.

[99] Section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] affords any person "directly affected" by a decision of a federal board, commission or other tribunal the right to seek judicial review of that decision. As discussed in respect of subsections 3(1) of the NOC Regulations, a generic is not afforded an opportunity to intervene in proceedings respecting the listing of a patent or to seek de-listing since, at that point, no particular generic can be seen to be "directly affected." This is consistent with the law expressed in *Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.) that a person who is simply a member of a class generally affected by a decision, without more, has no status to seek judicial review (see also *Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FC 232).

demandé des renseignements pour savoir si les comprimés « Losec 20 » de l'innovateur avaient été commercialisés au Canada depuis la date de son avis de conformité, soit le 4 juin 1999. L'innovateur n'a été invité à présenter des observations d'aucune sorte sur l'impact potentiel de l'absence de commercialisation. Aucune forme d'audience n'a été tenue par le ministre; il s'agissait d'une simple demande de renseignements.

[97] Le ministre n'était pas tenu d'informer Ferring de la demande d'avis de conformité d'un fabricant de génériques en instance d'examen; à vrai dire, cette demande doit demeurer confidentielle. Le ministre n'était pas tenu non plus d'accorder à Ferring la possibilité d'être entendue avant que le ministre décide si les dispositions du paragraphe 5(1) du Règlement AC s'appliquaient au fabricant du générique, ni de délivrer un avis de conformité au fabricant du générique.

Qualité de Ferring pour demander un contrôle judiciaire

[98] Novopharm conteste que Ferring ait qualité pour demander un contrôle judiciaire de la décision du ministre portant que Novopharm n'était pas une « seconde personne » définie au paragraphe 5(1), alors que Novopharm avait reçu l'avis de conformité recherché sans déclencher les dispositions du Règlement AC.

[99] 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*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], accorde à quiconque est « directement touché » par toute décision d'un office fédéral le droit de demander un contrôle judiciaire de la décision. Comme nous l'avons exposé au sujet du paragraphe 3(1) du Règlement AC, le fabricant du générique n'a pas la possibilité d'intervenir dans la procédure pour faire inscrire ou supprimer un brevet sur la liste du fait qu'à ce stade, aucun fabricant de générique particulier ne peut être déclaré « directement affecté ». Cette position est conforme à la jurisprudence exposée dans l'arrêt *Rothmans of Pall Mall Canada Limited c. Ministre du Revenu national (n° 1)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.), selon lequel la personne qui est simplement membre d'une catégorie généralement affectée par une décision, sans plus, n'a pas qualité pour demander un contrôle

[100] It has been found that a mere economic interest is insufficient to support status to seek judicial review (*Aventis Pharma Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 45 C.P.R. (4th) 6 (F.C.), at paragraph 13). That decision was appealed but the appeal was not proceeded with. In that case, the innovator, Aventis, had apparently failed to list its patent in a timely fashion. The generic Novopharm was awarded an NOC by the Minister. Aventis sought judicial review of that decision. The Minister sought to strike out those portions of Aventis' application challenging the issuance of an NOC.

[101] The *Aventis* decision, particularly from paragraphs 9-19, indicates that Aventis first argued before a prothonotary of this Court that the Minister had, in issuing an NOC, acted unfairly in respect of his analysis as to safety and effectiveness. At the trial Court level Aventis shifted ground and argued that it had a *de facto* monopoly that was destroyed by the issuance of an NOC to a generic, thus it was a "person interested" in seeking judicial review of the decision to issue that NOC. It was held, at paragraph 13, that the fact that Aventis did not gain the opportunity to invoke the NOC proceedings was insufficient so as to afford it status to seek judicial review.

[102] I make the same finding here. As far as Novopharm is concerned, Ferring had no right to be given notice or an opportunity to be heard before the Minister made a determination that the generic, in its particular circumstances, did not have to engage the NOC Regulations. Ferring retains all of its NOCs and its patent listing, they are unaffected. Ferring retains the right to commence patent infringement proceedings. Ferring simply lost an opportunity to commence NOC proceedings in the Court, just as Aventis had no such right. This is merely a commercial interest.

judiciaire (voir également la décision *Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2007 CF 232).

[100] Il a été établi qu'un simple intérêt économique ne suffit pas à établir la qualité requise pour demander le contrôle judiciaire (*Aventis Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1396, au paragraphe 13). Cette décision a été attaquée en appel, mais on n'a pas donné suite à l'appel. Dans cette affaire, il semble que l'innovateur, Aventis, n'avait pas inscrit un brevet sur la liste de brevets en temps opportun. Novopharm, fabricante du médicament générique, a obtenu un avis de conformité du ministre. Aventis a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. Le ministre a cherché à faire radier les parties de la demande d'Aventis qui contestaient la délivrance de l'avis de conformité.

[101] La décision *Aventis*, en particulier les paragraphes 9 à 19, indique qu'Aventis a d'abord soutenu devant un protonotaire de la Cour que le ministre, en délivrant un avis de conformité, avait agi inéquitablement à l'égard de son analyse de l'innocuité et de l'efficacité. En première instance, Aventis a modifié sa position et fait valoir que son monopole de fait avait été annulé par la délivrance de l'avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques et qu'elle était donc une « personne ayant un intérêt » à demander le contrôle judiciaire de la décision relative à la délivrance de l'avis de conformité. Le paragraphe 13 conclut que le fait qu'Aventis n'ait pas eu la possibilité d'invoquer la procédure relative à l'avis de conformité ne suffisait pas à lui accorder la qualité requise pour demander le contrôle judiciaire.

[102] C'est la conclusion à laquelle j'arrive en l'espèce. Dans la mesure où Novopharm est intéressée, Ferring n'avait aucun droit d'être avisée ou d'avoir la possibilité de se faire entendre avant que le ministre rende sa décision portant que le fabricant du générique, dans les circonstances particulières qui étaient les siennes, n'était pas tenu de faire jouer le Règlement AC. Ferring conserve tous ses avis de conformité et ses listes de brevets, qui ne sont pas affectés. Ferring conserve le droit d'intenter une action en contrefaçon de brevet. Ferring a seulement perdu la possibilité d'engager la procédure relative à l'avis de conformité auprès de la

[103] Therefore, I find that Ferring, in the circumstances, has no status to seek judicial review as against Novopharm. This is a further reason why Ferring's application will be dismissed as against Novopharm. Apotex did not raise this issue.

Sanofi-Aventis: General

[104] Sanofi-Aventis is an innovator or "first party" that markets a drug in Canada under the name "Altace" (ramipril). It has been directed toward treatment of hypertension. The first NOC for the drug was received by Sanofi-Aventis on October 8, 1993. Sanofi-Aventis subsequently was granted four Canadian patents, two described as the '387 patent and the '549 patent were directed toward treatment of patients with increased risk of cardiovascular event, these are the so-called HOPE [Heart Outcomes Prevention Evaluation] patents. It also received two other patents called '089 and '948 directed to other uses which have been called non-HOPE in these proceedings. Sanofi-Aventis has received an NOC that would permit it to market "Altace" for the HOPE indication but has not received such approval for the non-HOPE indications. Thus, it has four patents but can only market the product for the uses claimed in two of them.

[105] Two generics, Apotex and Novopharm, want to market their generic versions of "Altace" in Canada but only for old uses. They say that they do not want to market them for the HOPE or non-HOPE indications.

[106] The Minister issued an NOC to Apotex on December 12, 2006. However, the Minister maintained that Novopharm had to address the non-HOPE patents by way of notice of allegation under subsection 5(1) of the NOC Regulations. Sanofi-Aventis and Novopharm have applied for judicial review of these decisions. Those applications will now be dealt with specifically.

Cour, tout comme Aventis n'avait pas ce droit non plus. Il s'agit simplement d'un intérêt commercial.

[103] Par conséquent, je conclus que Ferring, dans les circonstances, n'a pas la qualité requise pour demander le contrôle judiciaire contre Novopharm. C'est là un autre motif pour rejeter la demande de Ferring contre Novopharm. Apotex n'a pas soulevé cette question.

Sanofi-Aventis : généralités

[104] Sanofi-Aventis est un innovateur ou « première personne » qui commercialise un médicament au Canada sous la dénomination d'« Altace » (le ramipril). Ce médicament vise le traitement de l'hypertension. Sanofi-Aventis a obtenu un premier avis de conformité relatif au médicament le 8 octobre 1993. Elle a ensuite obtenu quatre brevets canadiens. Deux brevets, le brevet '387 et le brevet '549, concernaient le traitement de patients à haut risque cardiovasculaire et sont appelés les brevets HOPE [Heart Outcomes Prevention Evaluation]. Elle a ensuite obtenu deux autres brevets, numérotés '089 et '948, visant d'autres usages et appelés les brevets non-HOPE dans la présente procédure. Sanofi-Aventis a obtenu un avis de conformité qui l'autoriserait à commercialiser « Altace » pour l'indication HOPE, mais n'a pas reçu pareille approbation pour les indications non-HOPE. Elle a donc quatre brevets, mais peut commercialiser le produit pour les usages revendiqués dans deux seulement.

[105] Deux fabricants de médicaments génériques, Apotex et Novopharm, souhaitent commercialiser leurs versions génériques d'« Altace » au Canada pour les usages anciens seulement. Apotex et Novopharm disent qu'elles ne veulent pas les commercialiser pour les indications HOPE ou non-HOPE.

[106] Le ministre a délivré un avis de conformité à Apotex le 12 décembre 2006. Il maintient toutefois que Novopharm devait traiter les brevets non-HOPE par la voie d'un avis d'allégation en vertu du paragraphe 5(1) du Règlement AC. Sanofi-Aventis et Novopharm ont demandé le contrôle judiciaire de ces décisions. Ces demandes seront maintenant examinées de manière spécifique.

Sanofi-Aventis v. Novopharm—T-2188-06Novopharm v. Sanofi-Aventis—T-2220-06

[107] These two proceedings are closely related and can be addressed together. Attached as Schedule B is a more complete listing of relevant events; however, the following are the most pertinent:

- October 8, 1993 – Sanofi-Aventis receives its first NOC respecting “Altace”;
- February 13, 2001 – Sanofi-Aventis receives a further NOC respecting “Altace” (submission 066094);
- June 22, 2001 – Novopharm purchases “Altace” for use as a comparator drug;
- December 24, 2001 – Novopharm files an ANDS for its generic version of “Altace”;
- October 14, 2003 – Novopharm’s submissions approved but put on “patent hold”;
- November 6, 2003 – Sanofi-Aventis granted a further NOC (submission 082094);
- November 10, 2003 – The ‘089 patent (non-HOPE) added to patent list respecting NOC 066094;
- June 25, 2004 – the ‘948 patent (non-HOPE) added to patent list respecting NOC 066094;
- March 17, 2005 – The ‘549 patent (HOPE) added to patent list respecting NOC 082026;
- June 28, 2005 – ‘387 patent (HOPE) added to patent list respecting NOC 082094;
- September 14, 2005 – Novopharm serves a notice of allegation on Sanofi-Aventis respecting the two HOPE and two non-HOPE patents;

Sanofi-Aventis c. Novopharm—T-2188-06Novopharm c. Sanofi-Aventis—T-2220-06

[107] Ces deux procédures sont étroitement reliées et peuvent être traitées ensemble. L’annexe B ci-jointe donne une chronologie exhaustive des événements pertinents; toutefois, on trouvera ci-dessous les plus pertinents :

- 8 octobre 1993 – Sanofi-Aventis reçoit son premier avis de conformité à l’égard d’« Altace »;
- 13 février 2001 – Sanofi-Aventis reçoit un autre avis de conformité à l’égard d’« Altace » (demande 066094);
- 22 juin 2001 – Novopharm achète « Altace » pour s’en servir comme drogue de comparaison;
- 24 décembre 2001 – Novopharm dépose une PADN pour sa version générique d’« Altace »;
- 14 octobre 2003 – Les demandes de Novopharm sont accueillies, mais elles sont placées en « attente de brevet »;
- 6 novembre 2003 – Sanofi-Aventis obtient un autre avis de conformité (demande 082094);
- 10 novembre 2003 – Le brevet ‘089 (non-HOPE) est ajouté à la liste de brevets en regard de l’avis de conformité 066094;
- 25 juin 2004 – Le brevet ‘948 (non-HOPE) est ajouté à la liste de brevets en regard de l’avis de conformité 066094;
- 17 mars 2005 – Le brevet ‘549 (HOPE) est ajouté à la liste de brevets en regard de l’avis de conformité 082026;
- 28 juin 2005 – Le brevet ‘387 (HOPE) est ajouté à la liste de brevets en regard de l’avis de conformité 082094;
- 14 septembre 2005 – Novopharm signifie un avis d’allégation à Sanofi-Aventis au sujet des deux brevets HOPE et des deux brevets non-HOPE;

- October 31, 2005 – Sanofi-Aventis commences NOC proceedings in the Court respecting all four patents;
- 31 octobre 2005 – Sanofi-Aventis engage une procédure relative à l’avis de conformité auprès de la Cour au sujet des quatre brevets;
- November 3, 2006 – *AstraZeneca* decision released;
- 3 novembre 2006 – L’arrêt *AstraZeneca* est publié;
- December 8, 2006 – The Minister advises Novopharm (copying Sanofi-Aventis) that Novopharm was no longer required to address the HOPE patents but was required to address the non-HOPE patents;
- 8 décembre 2006 – Le ministre avise Novopharm (et met Sanofi-Aventis en copie) que Novopharm ne devait plus traiter les brevets HOPE mais qu’elle devait traiter les brevets non-HOPE;
- December 15, 2006 – Sanofi-Aventis initiates judicial review proceedings T-2188-06 respecting the Minister’s decision that Novopharm did not have to address the HOPE patents;
- 15 décembre 2006 – Sanofi-Aventis intente une procédure de contrôle judiciaire sous le dossier T-2188-06 au sujet de la décision du ministre portant que Novopharm ne devait plus traiter les brevets HOPE;
- December 15, 2006 – Novopharm commences judicial review proceedings respecting the Minister’s decision that it did have to address the non-HOPE patents.
- 15 décembre 2006 – Novopharm engage une procédure de contrôle judiciaire de la décision du ministre portant qu’elle devait traiter les brevets non-HOPE.

[108] Not relevant to this determination is an ANDS filed by Novopharm for a 1.25 mg version of its generic drug, nor is another patent, 1341206 which has been dealt with in other proceedings at the trial level and is awaiting a decision of the Federal Court of Appeal.

[108] N’ont pas de pertinence à l’égard de la présente décision une PADN déposée par Novopharm visant une version de 1,25 mg de son médicament générique et un autre brevet, numéroté 1341206, qui a été traité dans une autre procédure en première instance et dont la Cour d’appel fédérale est saisie.

[109] The rationale for the Minister’s decision was set out in the last two pages of his letter of December 8, 2006 as follows:

[109] Le raisonnement qui sous-tend la décision du ministre a été exposé dans les deux dernières pages de sa lettre du 8 décembre 2006 en ces termes :

[TRADUCTION]

Novopharm purchased the comparator drug, ALTACE, on June 22, 2001.

Novopharm a acheté la drogue de comparaison, ALTACE, le 22 juin 2001.

NOCs were issued to sanofi-aventis on October 8, 1993, October 30, 1994, June 5, 1996, December 31, 1996 and February 13, 2001 for the comparator drug in respect of submission numbers 08257, 24206, 043465, 033131 and 066094, respectively. The ’948 patent was added to the Patent register in respect of all of these submissions. The ’089 patent was added in respect of all the submissions except for 08257. As a result, both the ’948 and ’089 patents must be addressed under subsections 5(1) and 5(2) of the *PM(NOC) Regulations*.

Des avis de conformité ont été délivrés à Sanofi-Aventis le 8 octobre 1993, le 30 octobre 1994, le 5 juin 1996, le 31 décembre 1996 et le 13 février 2001 à l’égard de la drogue de comparaison portant les numéros de demande 08257, 24206, 043465, 033131 et 066094 respectivement. Le brevet ’948 a été ajouté au registre des brevets en relation avec chacune de ces demandes. Le brevet ’089 a été ajouté en relation avec chacune des demandes, sauf la demande 08257. Par conséquent, les deux brevets ’948 et ’089 doivent être traités en vertu des paragraphes 5(1) et 5(2) du Règlement MB (AC).

After the date of purchase of the comparator drug, an NOC was issued to sanofi-aventis on November 6, 2003 in respect of submission number 082094. Both the ’549 and ’387 patents

Après la date d’achat de la drogue de comparaison, un avis de conformité a été délivré à Sanofi-Aventis le 6 novembre 2003 à l’égard de la demande portant le numéro 082094. Les deux

were added to the Patent Register in respect of this submission. Both patents, along with the '948 and '089 patents, are currently the subject of an ongoing application for an order of prohibition in T-1979-06. Since Novopharm's ANDS has been on patent hold since October 14, 2003, it has not made use of the changes made to the comparator drug as a result of submission 082094. Therefore, Novopharm does not have to address the '549 and '387 patents.

Note, however, that at this time, the TPD [Therapeutic Products Directorate] is unable to issue an NOC to Novopharm for the products noted above, as, in our view, we are bound by the 24 month stay imposed by the *PM(NOC) Regulations* in respect of the prohibition proceeding in T-1979-06. You will, therefore, be required to dispose of that proceeding prior to the issuance of an NOC.

[110] This rationale is consistent with the direction given by the Supreme Court in *AstraZeneca* with respect to patents that have been listed in respect of an NOC that was in existence at the time when the comparator drug was acquired (here it could equally have been the date Novopharm filed its ANDS as either date was after NOC 066094 and before NOC 082094). The Minister performed a patent specific analysis, linking the relevant patents to the relevant NOC as directed in *AstraZeneca*.

[111] Novopharm argues that it is irrational to require that it address the two non-HOPE patents since, it argues, they could not have "early worked" these patents. Novopharm argues that it has never sought approval from the Minister for an NOC that would include the non-HOPE uses. Second, it argues, Sanofi-Aventis itself never received an NOC for non-HOPE uses. Third, Novopharm argues that it obtained its reference product before the non-HOPE patents had issued. Fourth and fifth, Novopharm argues that *AstraZeneca* requires a technology-related examination of each patent and it did not adopt the technology. Sixth, Novopharm argues that since these patents are related to use and not a medicine itself, bioequivalence is not a factor, only clinical studies indicating patents, thus there is no bioequivalence.

brevets '549 et '387 ont été ajoutés au registre des brevets en regard de cette demande. Ces deux brevets, ainsi que les brevets '948 et '089, font actuellement l'objet d'une demande d'ordonnance d'interdiction dans le dossier T-1979-06. Comme la PADN de Novopharm est en attente de brevet depuis le 14 octobre 2003, elle n'a pas utilisé les changements apportés à la drogue de comparaison par l'effet de la demande n° 082094. Par conséquent, Novopharm n'est pas tenue de traiter les brevets '549 et '387.

Notez cependant que la DPT [Direction des produits thérapeutiques] n'est pas actuellement en mesure de délivrer un avis de conformité à Novopharm à l'égard des produits mentionnés ci-dessus, du fait que, à son avis, elle est liée par la suspension de 24 mois qu'impose le Règlement MB (AC) à la procédure d'interdiction du dossier T-1979-06. Il faudra donc attendre l'issue de cette procédure pour que l'avis de conformité puisse être délivré.

[110] Ce raisonnement est en conformité avec les directives données par la Cour suprême dans l'arrêt *AstraZeneca* en ce qui concerne des brevets inscrits sur une liste en relation avec un avis de conformité qui avait effet au moment où la drogue de comparaison a été acquise (en l'espèce, ce pourrait aussi être la date du dépôt de la PADN de Novopharm car l'une et l'autre date sont postérieures à l'avis de conformité 066094 et antérieures à l'avis de conformité 082094). Le ministre a exécuté une analyse de brevets précis, mettant en relation les brevets pertinents et l'avis de conformité pertinent comme l'enseigne l'arrêt *AstraZeneca*.

[111] Novopharm fait valoir qu'il est illogique de lui commander de traiter les deux brevets non-HOPE parce que, soutient-elle, ces brevets ne pouvaient faire l'objet de « travaux préalables » de sa part. Novopharm soutient qu'elle n'a jamais demandé que le ministre approuve un avis de conformité qui inclurait les utilisations non-HOPE. Deuxième argument, Sanofi-Aventis elle-même n'a jamais reçu d'avis de conformité pour des utilisations non-HOPE. Troisièmement, Novopharm fait valoir qu'elle a obtenu son produit de référence avant la délivrance des brevets non-HOPE. Quatrièmement et cinquièmement, Novopharm soutient qu'*AstraZeneca* exige un examen de la technologie de chaque brevet alors qu'elle n'a pas adopté cette technologie. Sixièmement, Novopharm prétend que comme ces brevets visent une utilisation et non un médicament en soi, la bioéquivalence n'est pas un

[112] As to all of Novopharm's arguments, the last sentence of *AstraZeneca*, at paragraph 39 is pertinent:

In my view, s. 5(1) of the *NOC Regulations* requires a patent-specific analysis, i.e. the generic manufacturer is only required to address the cluster of patents listed against submissions relevant to the NOC that gave rise to the comparator drug, in this case the 1989 version of *Losec 20*.

[113] With this statement in mind, subsections 4(4) and 4(5) of the *NOC Regulations* pre-October 5, 2006 (the new *Regulations* contain similar provisions as subsections 4(5) and 4(6)) must be considered:

4. (1)

(4) A first person may, after the date of filing of a submission for a notice of compliance and within 30 days after the issuance of a patent that was issued on the basis of an application that has a filing date that precedes the date of filing of the submission, submit a patent list, or an amendment to an existing patent list, that includes the information referred to in subsection (2).

(5) When a first person submits a patent list or an amendment to an existing patent list in accordance with subsection (4), the first person must identify the submission to which the patent list or the amendment relates, including the date on which the submission was filed.

[114] These provisions allow patents to be listed against a previous NOC provided that the application for the patent was filed before that NOC application was filed and the patent is submitted for listing within 30 days of its issuance. As we have seen, some patent applications can linger in the Patent Office for 10 years or so which means that there is plenty of potential for listing newly issued patents against old NOCs.

[115] Time and again it has been said that the *NOC Regulations* are not a masterpiece of logic or draughtmanship. They say what they say.

facteur—il suffit d'études cliniques indiquant des brevets—il n'y a donc pas de bioéquivalence.

[112] S'agissant de l'ensemble des arguments de Novopharm, la dernière phrase du paragraphe 39 de l'arrêt *AstraZeneca* est pertinente :

À mon avis, le par. 5(1) du *Règlement AC* exige une analyse portant sur des brevets précis, à savoir que le fabricant de produits génériques n'a besoin de traiter que des brevets inscrits à l'égard des demandes visées par l'AC relatif à la drogue de comparaison, en l'occurrence la version de 1989 du *Losec 20*.

[113] À la lumière de cette affirmation, les paragraphes 4(4) et 4(5) du *Règlement AC* antérieur au 5 octobre 2006 (le nouveau *Règlement* comporte des dispositions similaires aux paragraphes 4(5) et 4(6)) doivent être pris en considération :

4. (1) [. . .]

(4) La première personne peut, après la date de dépôt de la demande d'avis de conformité et dans les 30 jours suivant la délivrance d'un brevet qui est fondée sur une demande de brevet dont la date de dépôt est antérieure à celle de la demande d'avis de conformité, soumettre une liste de brevets, ou toute modification apportée à une liste de brevets, qui contient les renseignements visés au paragraphe (2).

(5) Lorsque la première personne soumet, conformément au paragraphe (4), une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets, elle doit indiquer la demande d'avis de conformité à laquelle se rapporte la liste ou la modification, en précisant notamment la date de dépôt de la demande.

[114] Ces dispositions permettent que des brevets soient inscrits sur une liste de brevets en rapport avec un avis de conformité antérieur, sous réserve que la demande de brevet ait été déposée avant la demande d'avis de conformité et que le brevet soit soumis en vue de son inscription sur la liste dans un délai de 30 jours de sa délivrance. Comme nous l'avons vu, certaines demandes de brevets peuvent séjourner au Bureau des brevets une dizaine d'années, ce qui signifie qu'on a tout le loisir d'inscrire sur la liste des brevets de délivrance récente se rapportant à des avis de conformité anciens.

[115] À maintes reprises on a dit que le *Règlement AC* n'est pas un chef-d'œuvre de logique ou de rédaction. Il dit ce qu'il dit.

[116] AstraZeneca tells us that a generic must address patents “linked to” the NOC that is relevant to the comparator drug. The fact that later issued patents can be listed in respect of that NOC is an artifact of the way the NOC Regulations are drafted.

[117] Novopharm had to address these patents, and did, in a notice of allegation. Sanofi-Aventis has instituted proceedings in respect of those allegations. The matter will have to be determined in this Court in accordance with the NOC Regulations.

Sanofi-Aventis v. Apotex—T-2189-06 and T-2196-06

[118] These are proceedings involving Sanofi-Aventis and another generic, Apotex. A more complete listing of events is set out in Schedule C; however, the following events are most pertinent:

- October 8, 1993 – Sanofi-Aventis receives its initial NOC for “Altace”;
- October 2002 – Apotex purchases samples of Altace for use as a comparator drug;
- July 22, 2003 – Apotex files an ANDS for its generic version of “Altace”;
- November 6, 2003 – Sanofi-Aventis receives a further NOC pursuant to its submission 082094;
- March 17, 2005 – The 2382549 (HOPE) patent was added to the list respecting NOC 082094;
- June 28, 2005 – The 2382387 (HOPE) patent was added to the list respecting NOC 082094;
- November 29, 2005 – Apotex serves Sanofi-Aventis with a notice of allegation respecting the two HOPE patents;
- January 17, 2006 – Sanofi-Aventis commences NOC proceedings in this Court respecting the two HOPE patents;

[116] L’arrêt *AstraZeneca* nous enseigne que le fabricant de génériques doit traiter tous les brevets qui ont « un lien » avec l’avis de conformité pertinent à l’égard de la drogue de comparaison. Que des brevets délivrés postérieurement puissent être inscrits sur la liste en rapport avec cet avis de conformité est un échantillon du style de rédaction du Règlement AC.

[117] Novopharm devrait traiter ces brevets et elle l’a fait dans un avis d’allégation. Sanofi-Aventis a engagé une procédure au sujet de ces allégations. La question devra être tranchée par la Cour en conformité avec le Règlement AC.

Sanofi-Aventis c. Apotex—T-2189-06 et T-2196-06

[118] Ces procédures visent Sanofi-Aventis et un autre fabricant de génériques, Apotex. L’annexe C ci-jointe donne une chronologie exhaustive des événements pertinents; toutefois, on trouvera ci-dessous les plus pertinents :

- 8 octobre 1993 – Sanofi-Aventis reçoit son avis de conformité initial à l’égard d’« Altace »;
- Octobre 2002 – Apotex achète des échantillons d’« Altace » pour un usage à titre de drogue de comparaison;
- 22 juillet 2003 – Apotex dépose une PADN à l’égard de sa version générique d’« Altace »;
- 6 novembre 2003 – Sanofi-Aventis reçoit un autre avis de conformité en rapport avec sa demande 082094;
- 17 mars 2005 – Le brevet n° 2382549 (HOPE) est ajouté à la liste de brevets en rapport avec l’avis de conformité n° 082094;
- 28 juin 2005 – Le brevet n° 2382387 (HOPE) est ajouté à la liste de brevets en rapport avec l’avis de conformité n° 082094;
- 29 novembre 2005 – Apotex signifie à Sanofi-Aventis un avis d’allégation au sujet des deux brevets HOPE;
- 17 janvier 2006 – Sanofi-Aventis engage auprès de la Cour une procédure relative à l’avis de conformité visant les deux brevets HOPE;

- October 2006 – Sanofi-Aventis revises its product monograph;
 - November 3, 2006 – The *AstraZeneca* decision is released;
 - December 8, 2006 – Apotex revises its draft product monograph to incorporate some but not all changes made by Sanofi-Aventis in its revised monograph;
 - December 12, 2006 – The Minister issues an NOC to Apotex;
 - December 14, 2006 – Apotex revises its product monograph to remove certain material.
- Octobre 2006 – Sanofi-Aventis révisé sa monographie de produit;
 - 3 novembre 2006 – L'arrêt *AstraZeneca* est publié;
 - 8 décembre 2006 – Apotex révisé son projet de monographie de produit en vue d'y intégrer une partie seulement des changements apportés par Sanofi-Aventis dans sa monographie révisée;
 - 12 décembre 2006 – Le ministre délivre un avis de conformité à Apotex;
 - 14 décembre 2006 – Apotex révisé sa monographie de produit pour supprimer certains éléments.

[119] As can be seen, as of the date that Apotex acquired the comparator drug, October 2002, and as of the date it filed its ANDS, July 22, 2003, none of the HOPE or non-HOPE patents were on any patent list respecting any NOC issued to Sanofi-Aventis. Subsequently, the two non-HOPE patents '089 and '948 were added to an earlier NOC dated February 13, 2001 as a result of the retroactive provisions of subsections 4(5) and 4(6) of the NOC Regulations. Those patents are no longer at issue since Sanofi-Aventis proceedings in respect of them were dismissed. The remaining two patents, the HOPE patents '549 and '387, were added to an NOC dated November 6, 2003 which was subsequent to the filing by Apotex of its ANDS.

[120] Having regard to the *AstraZeneca* decision, the Minister, in his December 8, 2006 letter to Apotex, does not need to address the two HOPE patents since they were not listed in respect of any NOC in existence at the time Apotex filed its ANDS.

[121] The Minister further said in his letter of December 8, 2006 that since Court proceedings were still extant, those proceedings had to be terminated before an NOC issued. As I have found, he was not correct in this regard. In any event, the Minister changed his mind, and issued an NOC to Apotex on December 12, 2006. As I have found, the Minister was not *functus*

[119] Comme on peut le voir, au moment où Apotex a acquis la drogue de comparaison, en octobre 2002, et à la date de dépôt de sa PADN, le 22 juillet 2003, aucun des brevets HOPE ou non-HOPE ne figuraient sur une liste de brevets se rapportant à un avis de conformité délivré à Sanofi-Aventis. Par la suite, les deux brevets non-HOPE '089 et '948 ont été ajoutés à un avis de conformité antérieur daté du 13 février 2001 par l'effet des dispositions de rétroactivité des paragraphes 4(5) et 4(6) du Règlement AC. Ces brevets ne sont plus contestés depuis le rejet des procédures intentées par Sanofi-Aventis à leur sujet. Les deux brevets restants, soit les brevets HOPE '549 et '387, ont été ajoutés à un avis de conformité daté du 6 novembre 2003, postérieur au dépôt de la PADN d'Apotex.

[120] Compte tenu de l'arrêt *AstraZeneca*, le ministre, dans sa lettre du 8 décembre 2006 à Apotex, n'a pas besoin de traiter les deux brevets HOPE parce qu'ils ne figuraient pas sur une liste de brevets en rapport avec un avis de conformité ayant effet au moment du dépôt de la PADN d'Apotex.

[121] Le ministre a dit en outre dans sa lettre du 8 décembre 2006 que les procédures devant la Cour étant encore pendantes, ces procédures devaient être conclues avant la délivrance d'un avis de conformité. Selon la conclusion à laquelle je suis arrivé, le ministre a commis une erreur sur ce point. Quoiqu'il en soit, il s'est ravisé et a délivré un avis de conformité à Apotex le 12

and could issue that NOC.

[122] Sanofi-Aventis raises an issue concerning Apotex' product monograph. It says that as of December 12, 2006, when the NOC was issued, the product monograph which was attached to the NOC contained material copied from Sanofi-Aventis' monograph which could suggest that Apotex was encouraging the use of its product for the HOPE indications. This issue, says Sanofi-Aventis, means that the Minister should have left the matter for the Court to decide.

[123] The Minister's letter of December 13, 2006, to Apotex shows that he considered the product monograph. In discussing the two HOPE patents at the third page of that letter, he said:

Those patents were added in respect of Sanofi-Aventis S/ANDS number 082096 for a change to the product monograph for ALTACE. A comparison of the Sanofi-Aventis product monograph with the Apotex product monograph shows that Apotex has not incorporated the change.

From the Minister's letter of December 13, 2006 to Sanofi-Aventis' lawyer, it is clear that before issuing the NOC to Apotex, written and oral submissions were made by Sanofi-Aventis' counsel to the Minister and he considered them.

[124] The affidavit of Mr. Hems, Director of Regulatory Affairs for Apotex, sworn February 12, 2007, sets out the history of a succession of draft product monographs filed by Apotex with the Minister and how, in many respects, wording from Sanofi-Aventis' product monographs as they existed from time to time, was copied. As explained by Mr. Hems, at paragraphs 8-17 of his affidavit, typically the monographs of a generic are not significantly different from that of the reference brand.

[125] Mr. Hems explains that language specific to HOPE indications had been in draft Apotex monographs

décembre 2006. Selon ma conclusion, le ministre n'était pas dessaisi et il avait le pouvoir de délivrer l'avis de conformité.

[122] Sanofi-Aventis soulève une question concernant la monographie de produit d'Apotex. Elle dit qu'au 12 décembre 2006, au moment de la délivrance de l'avis de conformité, la monographie de produit jointe à l'avis de conformité contenait des éléments copiés de la monographie de Sanofi-Aventis, qui pouvaient suggérer qu'Apotex encourageait l'usage de son produit pour les indications HOPE. Compte tenu de cette question, dit Sanofi-Aventis, le ministre aurait dû laisser la décision à la Cour.

[123] La lettre du ministre à Apotex, datée du 13 décembre 2006, indique que le ministre a pris en compte la monographie de produit. Dans son examen des deux brevets HOPE à la troisième page de la lettre, il a dit :

[TRADUCTION]

Ces brevets ont été ajoutés en rapport avec le supplément à la PADN portant le numéro 082096 de Sanofi-Aventis qui apportait un changement à la monographie de produit d'« Altace ». La comparaison de la monographie de produit de Sanofi-Aventis avec la monographie de produit d'Apotex indique qu'Apotex n'a pas intégré le changement.

Il ressort clairement de la lettre du ministre à l'avocat de Sanofi-Aventis qu'avant la délivrance de l'avis de conformité à Apotex, l'avocat de Sanofi-Aventis a présenté des observations orales et écrites au ministre et que celui-ci les a prises en considération.

[124] L'affidavit de M. Hems, directeur des Affaires réglementaires d'Apotex, souscrit le 12 février 2007, expose la séquence d'une série de projets de monographie de produit déposés par Apotex auprès du ministre au cours des années et comment, à de nombreux égards, la formulation des diverses versions des monographies de produit de Sanofi-Aventis a été copiée. Comme l'a expliqué M. Hems, aux paragraphes 8 à 17 de son affidavit, les monographies d'un générique ne diffèrent généralement pas beaucoup de celles de la marque de référence.

[125] M. Hems explique que les formulations spécifiques relatives aux indications HOPE figuraient

since Apotex' initial filing of its ANDS. This language was copied from an earlier Sanofi-Aventis monograph of 2001, that is, from a monograph that predates the issuances of the HOPE patents and their addition to a later NOC, by about three years.

[126] In October 2003 Apotex added the phrase:

... and for the management of patients at increased risk of cardiovascular events.

to a section of the monograph dealing with action and clinical pharmacology (Mr. Hems calls this the "A and CP" language). That monograph of October 2003 also contained what Mr. Hems calls "plasma language" which is not associated with HOPE. It says:

Following a single administration of up to 5 mg of Ramipril, plasma concentrations of ramipril and ramiprilat increase in a manner that is greater than proportional to dose; after a single administration of 5 mg to 20 mg of ramipril the plasma concentrations for both are dose-proportional. The non-linear pharmacokinetics observed at the lower doses of ramipril can be explained by the saturable binding of ramiprilat to ACE.

[127] The December 12, 2006 monograph was attached to Apotex' NOC materials, the old HOPE language of 2001 as well as the October 2003 A and CP language and the plasma language. While irrelevant, Apotex removed the HOPE and A and CP language from a revised monograph submitted to the Minister on December 14, 2006. This, however, was after the issuance to Apotex of the NOC about which Sanofi-Aventis now makes an issue. Mr. Hems was cross-examined and his evidence was not impaired.

[128] The issue before this Court is whether the Minister's decision to issue the NOC was reasonable having regard to the state of Apotex' NOC as of December 12, 2006. There is no doubt that the Minister

dans les projets de monographies d'Apotex depuis le dépôt initial de sa PADN. Ces formulations ont été copiées d'une monographie antérieure de Sanofi-Aventis datant de 2001, soit une monographie qui précède d'environ trois ans la délivrance des brevets HOPE et leur ajout à un avis de conformité postérieur.

[126] En octobre 2003, Apotex a ajouté une partie de phrase,

[TRADUCTION]

[...] et pour le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire.

à une partie de la monographie traitant de l'action et pharmacologie clinique (que M. Hems désigne comme [TRADUCTION] la formulation « A et PC »). La monographie d'octobre 2003 contenait également ce que M. Hems appelle la [TRADUCTION] « formulation plasma », qui n'est pas associée à HOPE. Il dit :

[TRADUCTION]

Après l'administration d'une seule dose d'au plus 5 mg de ramipril, les concentrations plasmatiques du ramipril et du ramiprilate augmentent d'une manière supérieure à ce qui serait proportionnel à la dose; après l'administration d'une seule dose allant de 5 mg à 20 mg de ramipril, les concentrations plasmatiques des deux sont proportionnelles à la dose. La pharmacocinétique non linéaire observée dans les plus faibles doses du ramipril peut s'expliquer par la liaison saturable du ramiprilate à l'ECA.

[127] La monographie du 12 décembre 2006 était jointe à la documentation de l'avis de conformité, l'ancienne formulation HOPE de 2001 ainsi que la formulation A et PC et la formulation plasma d'octobre 2003. Bien que non pertinentes, Apotex a supprimé les formulations HOPE et A et PC de la monographie révisée présentée au ministre le 14 décembre 2006. Cependant, cela a eu lieu après la délivrance à Apotex de l'avis de conformité que Sanofi-Aventis conteste maintenant. M. Hems a été contre-interrogé et son témoignage n'a pas été contredit.

[128] La question dont est saisie la Cour est de savoir si la décision du ministre de délivrer l'avis de conformité était raisonnable compte tenu de l'état de l'avis de conformité d'Apotex au 12 décembre 2006. Il

had the monograph before him and had received whatever submissions Sanofi-Aventis wanted to make. There is no evidence as to the oral submissions of Sanofi-Aventis' counsel to the Minister, but there is in evidence counsel's letter to the Minister of December 11, 2006 where, particularly at pages 2-4, the monograph is addressed at length.

[129] The considerations given by the Minister to the monograph is set out at paragraphs 66 and 67 of the affidavit of Ann Bowes, previously referred to, sworn February 9, 2007. She says:

Both the '549 and '387 patents were added in respect of Sanofi's S/NDS 082094. As described above in paragraphs 43-49, the S/NDS was filed in order to, first, add wording to the "Action and Clinical Pharmacology" section, and second, make an addition to the "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Event" indication of the product monograph for ALTACE. While the first change was approved, the second was not. Furthermore, an examination of Apotex's approvable product monograph on patent hold, showed that Apotex did not incorporate this change. Apotex's draft product monograph is attached as Exhibit "P".

In any event, none of the changes that were introduced to Sanofi's product monograph as a result of S/NDS 082094 reflected a change to the drug product, ALTACE, such that Apotex would have to address the '549 and '387 patents.

[130] Ms. Bowes was cross-examined on her affidavit and nothing in the transcript changes what was said above or impairs it in any way.

[131] Apotex submitted the affidavit of Dr. Gordon Moe, a cardiologist, who provided an affidavit testifying that the plasma language had no relationship to the HOPE study or HOPE patents. He was cross-examined and this testimony was not impaired.

[132] Dr. Bernard Sherman, President of Apotex, provided an affidavit testifying that all HOPE language

est incontestable que le ministre était saisi de la monographie et avait reçu toutes les observations qu'avait voulu faire Sanofi-Aventis. Il n'y a aucun élément de preuve relatif aux observations orales de l'avocat de Sanofi-Aventis au ministre, mais la lettre de l'avocat au ministre du 11 décembre 2006 est un élément de preuve où, aux pages 2 à 4 en particulier, la monographie est traitée à fond.

[129] Les observations du ministre sur la monographie sont exposées aux paragraphes 66 et 67 de l'affidavit d'Ann Bowes, précédemment mentionné, qui a été souscrit le 9 février 2007. Elle dit :

[TRADUCTION]

Les brevets '549 et '387 ont été ajoutés en rapport avec le SPDN de Sanofi portant le n° 082094. Comme nous l'avons décrit ci-dessus aux paragraphes 43 à 49, le SPDN a été déposé, d'abord pour ajouter des éléments à la partie « Action et Pharmacologie clinique », et deuxièmement, pour apporter un ajout à l'indication visant le « Traitement des patients à haut risque cardiovasculaire » de la monographie de produit relative à « Altace ». Le premier changement a été approuvé, mais le second ne l'a pas été. En outre, un examen de la monographie de produit acceptable d'Apotex en état d'attente de brevet a indiqué qu'Apotex n'a pas intégré ce changement. Le projet de monographie de produit d'Apotex forme la pièce P ci-jointe.

Quoi qu'il en soit, aucun des changements qui ont été apportés à la monographie de produit de Sanofi en raison du SPDN n° 082094 ne représentait un changement au médicament même, « Altace », qui aurait imposé à Apotex de traiter les brevets '549 et '387.

[130] M^{me} Bowes a été contre-interrogée au sujet de son affidavit et rien dans la transcription ne change les affirmations rapportées ci-dessus ou ne les contredit.

[131] Apotex a produit l'affidavit du D^r Gordon Moe, cardiologue, qui a témoigné que la formulation plasma n'avait aucun rapport avec l'étude HOPE ou les brevets HOPE. Il a été contre-interrogé et son témoignage n'a pas été contredit.

[132] M. Bernard Sherman, président d'Apotex, a fourni un affidavit où il témoigne que toutes les

was removed from the product monograph just after the NOC was issued to avoid any suggestion of impropriety. Sanofi-Aventis apparently chose not to cross-examine Dr. Sherman.

[133] Sanofi-Aventis filed the affidavit of Laurent-Didier Jacobs, its vice-president of Medical Affairs. He traced some of the history of Sanofi-Aventis' and Apotex' product monographs but drew no conclusions. He was not cross-examined.

[134] Considering the decision of the Minister and the record before him as well as the evidence of the parties, it is clear that the Minister's decision as to the Apotex product monograph was reasonable. The Minister has expertise in these matters and consideration of product monographs is part of what the Minister is required to do. It cannot be said, for purposes of judicial review, that the decision should be set aside.

[135] Therefore, the decision of the Minister to grant an NOC to Apotex will not be set aside.

Conclusion and Costs

[136] As a result, I find that the Minister's decision in each case, was correct; therefore, each application for judicial review will be dismissed. Further, Ferring's application against Novopharm, as part of T-165-07, will be dismissed on a second ground, raised only by Novopharm, that Ferring lacked status to seek judicial review.

[137] As to costs, I will make no order. Each party will bear its own costs. These are the first opportunities any party has had to deal with the effects of the Supreme Court decision in *AstraZeneca* and no party should be penalized in costs for having taken or defended these proceedings.

formulations HOPE ont été retirées de la monographie de produit immédiatement après la délivrance de l'avis de conformité pour éviter toute apparence d'impropriété. Sanofi-Aventis a choisi, semble-t-il, de ne pas contre-interroger M. Sherman.

[133] Sanofi-Aventis a déposé l'affidavit de Laurent-Didier Jacobs, son vice-président aux Affaires médicales. Il a relaté une partie de l'historique des monographies de produit de Sanofi-Aventis et d'Apotex sans tirer de conclusions. Il n'a pas été contre-interrogé.

[134] Considérant la décision du ministre et le dossier dont il était saisi ainsi que les éléments de preuve produits par les parties, il est clair que la décision du ministre sur la monographie de produit d'Apotex était raisonnable. Le ministre possède une expertise sur ces questions et l'examen d'une monographie de produit fait partie des fonctions qu'il remplit. On ne peut dire, pour l'application du contrôle judiciaire, que la décision devrait être annulée.

[135] Par conséquent, la décision du ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex ne sera pas annulée.

Conclusion et dépens

[136] Au total, je conclus que la décision du ministre dans chaque affaire était correcte; par conséquent, chaque demande de contrôle judiciaire sera rejetée. De plus, la demande de Ferring à l'encontre de Novopharm, qui fait partie du dossier T-165-07, sera rejetée pour un second motif, soulevé seulement par Novopharm, à savoir que Ferring n'avait pas qualité pour demander le contrôle judiciaire.

[137] Je ne rendrai aucune ordonnance sur les dépens. Chaque partie assumera ses dépens. Les présentes procédures sont les premières à offrir à quelque partie que ce soit l'occasion de traiter des répercussions de l'arrêt *AstraZeneca* de la Cour suprême et aucune partie ne devrait être pénalisée par des dépens pour avoir agi comme demanderesse ou défenderesse dans les présentes procédures.

SCHEDULE A

	CHRONOLOGY OF EVENTS T-165-07, <i>Ferring Inc. v. Apotex Inc. et al.</i>
1950's	Desmopressin discovered.
Feb. 16, 1988	CA 1232839 issued to Ferring for "DDAVP" tablet formulation.
1989	Ferring first markets "DDAVP" in Canada as nasal spray.
March 18, 1993	First NOCs issued to Ferring for 0.1 and 0.2 mg "DDAVP" desmopressin tablets (old formulation).
April 13, 1993	Ferring's CA 1232839 added to Patent Register.
1995	Ferring first markets "DDAVP" desmopressin tablets in Canada.
Sept 14, 2000	NOC issued to Ferring for "DDAVP" "new indication".
April 20, 2004 (alleged in Novopharm letter dated Dec 22, 2004 to the Minister)	Novopharm purchases U.K comparator drug ("DDAVP" Desmopressin tablets).
April 30, 2004	Ferring files '833 patent application in Canada.
July 19, 2004	Ferring files '335 patent application in Canada.
Oct. 19, 2004	Apotex acquires "DDAVP" product for bioequivalence studies.
November 2004	Apotex bioequivalence studies are completed.
November 11, 2004	'833 patent application published.
December 14, 2004	Novopharm files its ANDS for 0.1 and 0.2 mg Novo-Desmopressin tablets with Form V and agrees to wait until the expiry of the CA 1232839.
January 25, 2005	'335 patent application published.
February 16, 2005	Ferring's CA 1232839 expired.
February 24, 2005	Ferring's SNDS for change in manufacturing process & change in manufacturing process.
August 2, 2005	'833 patent issues to Ferring.
August 5, 2005	Ferring files Form IV's with the Minister in which '833 patent was listed re: the "DDAVP" SNDS
September 6, 2005	Apotex files submissions for ANDS for Apo-Desmopressin tablets.
November 21, 2005	NOC issues to Ferring for change in manufacturing process (new formulation) (097275).
December 7, 2005	'833 added to patent Register "new formulation".
January 31, 2006	'335 patent issues to Ferring.
February 6, 2006	Ferring files Forms IV's with the Minister in which the '335 patent was listed re: "DDAVP" SNDS.
February 8 2006	Ferring's '335 added to Patent Register "new formulation."
May/June 2006	Ferring starts selling "DDAVP" tablets pursuant (new formulation) to second NOC and stops selling tablets pursuant to the first NOC.
May 2006	Apotex commences judicial review of Minister's decision to address '833, '335 Patents.
June 27, 28, 2006 (Ferring receives NOA's on June 30, 2006)	Apotex serves Ferring with two notices of allegation addressing '335 and '833 patents, respectively.
July 31, 2006	Apotex product monograph and ANDS complete.
August 2, 2006	Apotex ANDS on "patent hold".
August 11, 2006	Ferring files two notices of application subsection 6(1) in response Apotex' NOAs.

September 8, 2006	NOC issues to Ferring for new "DDAVP Melt", CA 2484724 is listed on Patent Register.
October 5, 2006	NOC Regulations are amended.
October 27, 2006	Novopharm product monograph and ANDS complete.
October 31, 2006	Novopharm ANDS on "patent hold."
November 3, 2006	S.C.C. releases <i>AstraZeneca</i> , [2006] 2 S.C.R. 560.
November 2006	Ferring starts selling "DDAVP Melt".
December 5, 2006	Ferring discontinues notice of application re: '335 patent ('833 ongoing).
January 22, 2007	Minister's official advises all parties that it reconsidered the status of the ANDS; Apotex and Novopharm do not have to address the '833, '335 patents; NOC issue to Apotex and Novopharm.
January 29, 2007	This judicial review is commenced.

SCHEDULE B

	<p>CHRONOLOGY OF EVENTS</p> <p>T-2188-06 <i>Sanofi-Aventis v. Minister of Health and Novopharm</i></p> <p>T-2220-06, <i>Novopharm Limited v. Minister of Health and Sanofi-Aventis</i></p>
August 11, 1989	<i>Sanofi-Aventis</i> '089 priority application is filed.
August 10, 1990	<i>Sanofi-Aventis</i> filed the patent application for the '089 patent (non-HOPE).
November 27, 1990	<i>Sanofi-Aventis</i> '948 priority application is filed.
February 12, 1991	<i>Sanofi-Aventis</i> '089 application is published.
November 26, 1991	<i>Sanofi-Aventis</i> filed the patent application for the '948 patent. (non-HOPE).
May 28, 1992	<i>Sanofi-Aventis</i> '948 application is published.
October 8, 1993	<i>Sanofi-Aventis</i> received its first notice of compliance for "Altace" 1.25 mg, 2.5 mg, 5 mg, and 10 mg capsules.
January, 1994	<i>Sanofi-Aventis</i> commences sales of "Altace".
September 30 1994	<i>Sanofi-Aventis</i> receives NOC for "Altace" capsules, 1.25 mg, 2.5, 5 mg 10 mg "Provides for a revised manufacturing process" (24206).
June 5, 1996	<i>Sanofi-Aventis</i> receives NOC for "Altace" capsules "Angiotensin converting enzyme inhibitor" (043465).
December 31, 1996	<i>Sanofi-Aventis</i> receives NOC for "Altace" 1.25, 2.5, 5, 10 mg "treatment following acute myocardial infarction" (033131).
August 22, 1999	<i>Sanofi-Aventis</i> '387 priority application is filed.
August 30, 1999	<i>Sanofi-Aventis</i> '549 priority application is filed.
April 2, 2000	<i>Sanofi-Aventis</i> filed an S/NDS, submission 066094, to approve a new indication for "Altace", namely the "management of patients at increased risk of cardiovascular events".
August 25, 2000	<i>Sanofi-Aventis</i> filed the patent (PCT) application for the '387 patent. (HOPE indication).
August 30, 2000	<i>Sanofi-Aventis</i> filed the patent (PCT) application for the '549 patent. (HOPE indication).
February 13, 2001	<i>Sanofi-Aventis</i> receives NOC for "Altace" SNDS, submission 066094.
	The "Indications and Clinical Use" section was updated to include the subsection "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Events".
March 8, 2001	'387, '549 PCT applications are published.
May 8, 2001	Novopharm purchases "Altace" (the "comparator drug") samples - it subsequently used
**Sanofi-Aventis	for its bioequivalence studies.

and Minister give purchase date as June 22, 2001	
December 24, 2001 (date received by Minister December 27, 2001)	Novopharm files ANDS 075408 for Novo-ramipril 2.5 mg, 5 mg and 10 mg capsules. The ANDS included Form Vs, stating Novopharm would await expiry of the 3 patents then on the Register.
November 12, 2002	<i>Sanofi-Aventis</i> '948 patent issues.
December 10, 2002	<i>Sanofi-Aventis</i> files its Form IVs to list the '948 patent against the submissions 066094, 24206, 043465, 033131 and NDS 08257.
January 14, 2003	<i>Sanofi-Aventis</i> '089 patent issues.
January 15, 2003	<i>Sanofi-Aventis</i> filed S/NDS 082094 for a further update to the "Altace" capsules <u>Product Monograph</u> . The S/NDS had two purposes (changes 1 and 2 or "Altace" 2003): (1) to update the "Action and Clinical Pharmacology" section to add new wording: "...and for the management of patients at increased risk of cardiovascular events" (2) to update the "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Event" indication in the product monograph, to further define the stroke patient population by specifying "fatal stroke". The proposed indication was as follows: "Altace" may be used to reduce the risk of myocardial infarction, stroke (including fatal stroke) or cardiovascular death in patients over 55 years.
February 14, 2003	<i>Sanofi-Aventis</i> files its Form IV's to list the '089 patent against the submissions 066094, 24206, 043465, 033131
June 9, 2003	The Minister's officials, in respect of S/NDS for changes 1 and 2 (082094) (1) approved the proposed update to the "Action and Clinical Pharmacology" section of the product monograph to include the wording "and the management of patients at increased risk of cardiovascular events". (2) denied the proposed inclusion of "including fatal stroke" to the "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Events" indication, for two reasons: <u>First</u> , in the view of the Minister's experts, the HOPE study was not designed to evaluate the incidence of fatal stroke in patients at higher risk of cardiovascular events treated with ramipril. <u>Second</u> , the prevention of fatal stroke was considered to be a new indication, requiring new clinical data, and required an NDS.
October 14, 2003	Novopharm's ANDS 075408 for Novo-ramipril 2.5 mg, 5 mg and 10 mg capsules was found satisfactory and was placed on "patent hold."
November 6, 2003	<i>Sanofi-Aventis</i> was issued a NOC in respect of S/NDS 082094 to update the product monograph (for changes 1 and 2 but not "fatal stroke").
November 10, 2003	<i>Sanofi-Aventis</i> '089 patent was added to the Register re: submission for 1994-2001 submissions 066094, 24206, 043465, 033131, which received NOCs.
June 25, 2004	<i>Sanofi-Aventis</i> '948 patent was added to the Patent Register re: submissions for 1993-2001 for NOC submissions 066094, 24206, 043465, 033131 and NDS 08257.
March 15, 2005	<i>Sanofi-Aventis</i> '549 patent issues, entitled "Use of inhibitors of the renin-angiotensin system in the prevention of cardiovascular events."

March 17, 2005	Sanofi-Aventis '549 patent was added to the Register in respect of the S/NDS 082094 and the issued NOC updating the product monograph.
June 21, 2005	Sanofi-Aventis '387 patent issues, entitled "Pharmaceutical formulations and use thereof in the prevention of stroke, diabetes and/or congestive heart failure."
June 28, 2005	Sanofi-Aventis '387 patent was added to the Register in respect of the S/NDS 082094 and its NOC updating the product monograph.
August 26, 2005 (Minister's date August 30, 2005)	Novopharm filed S/ANDS for Novo-ramipril 1.25 mg capsules. The S/ANDS included a new Form V in respect of the '206 patent and new Form Vs in respect of the '089, '948, '549 and '387 patents.
September 12, 2005	Novopharm served a notice of allegation [NOA] in respect of the '206 patent
September 14, 2005 (Minister's date September 12, 2005)	Novopharm served an NOA in respect of the '089, '948, '549 and '387 patents (non-HOPE and HOPE patents). Novopharm attaches draft product monograph for Novo-ramipril dated August 26, 2005 which includes "Altace" change No. 2.
September 20, 2005	'206 patent is invalid for lack of sound prediction <i>Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc. et. al.</i> (2005), 43 C.P.R. (4th) 161 (F.C.); affd (2006), 265 D.L.R. (4th) 308 (F.C.A.) (February 13, 2006).
October 31, 2005	<i>Sanofi-Aventis</i> filed an application in the Federal Court in T-1965-05, under section 6 of the NOC Regulations, for an order prohibiting the Minister from issuing an NOC until expiry of the '206 patent.
November 2, 2005	<i>Sanofi-Aventis</i> filed an application to the Federal Court in T-1979-05, under section 6 of the <i>NOC Regulations</i> , for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until expiry of the '089, '948, '549 and '387 patents – the use patents
May 29, 2006	<i>Sanofi-Aventis</i> receives an NOC for transfer of ownership.
August 3, 2006 (August 2, 2006 date by Minister)	Novopharm's S/ANDS 100859 for Novo-ramipril 1.25 mg capsules was found satisfactory and was placed on "patent hold."
September 25, 2006	<i>Sanofi-Aventis's</i> application in Court file No. T-1965-05 in respect of the '206 patent was dismissed. (A notice of appeal was filed on September 29, 2006; the application in T-1979-05 remains pending.)
October 5, 2006	PM (NOC) Regulations are amended.
November 3, 2006	The Supreme Court of Canada released the <i>AstraZeneca</i> decision, [2006] S.C.R. 560.
November 6, 2006	Novopharm's counsel wrote to the Minister's officials, stating that in light of the <i>AstraZeneca</i> decision Novopharm was not required to address the '089, '948, '549 and '387 patents, and requesting the issuance of an NOC for Novo-ramipril. Further correspondence followed.
December 8, 2006	Novopharm and Sanofi-Aventis were informed that the Minister had reconsidered the patent hold status of Novopharm's ANDS for its 2.5 mg, 5 mg, and 10 mg capsules of Novo-ramipril: Novopharm would be required to address the '089 and '948 patents under subsections 5(1) and 5(2) of the <i>NOC Regulations</i> , but not the '549 or '387 patent.
December 12, 2006	Sanofi-Aventis initiated the application in T-2188-06 for judicial review of the Minister's decision of December 8, 2006, in respect of the '549 and '387 patents.
December 15, 2006	Novopharm initiated the application in T-2220-06 for judicial review of the Minister's decision of December 8, 2006, in respect of the '089 and '948 patents.
December 15, 2006	Novopharm withdrew its notice of allegation in respect of the '549 and '387 patents.

SCHEDULE C

	CHRONOLOGY OF EVENTS T-2189-06, T-2196-06, <i>Sanofi-Aventis v. Minister of Health and Apotex</i>
August 10, 1990	Sanofi-Aventis filed the patent application for the '089 patent (non-HOPE).
November 26, 1991	Sanofi-Aventis filed the patent application for the '948 patent. (non-HOPE).
October 8, 1993	Sanofi-Aventis received its first notice of compliance for "Altace" 1.25 mg, 2.5 mg, 5 mg, and 10 mg capsules.
October 8, 1993 (Oct 29, 2003 date of revision)	Sanofi-Aventis Product Monograph "Altace"® (ramipril) capsules 1.25 mg, 2.5 mg, 5 and 10 mg "Pharmacologic Classification, Angiotensin Converting Enzyme Inhibitor, Action and Clinical Pharmacology"
October 24, 2003 – date of revision	Sanofi-Aventis Product Monograph "Altace" (ramipril capsules), 1.25, 2.5, 5, 10mg
January, 1994	Sanofi-Aventis commences sales of "Altace" .
August 22, 1999	Sanofi-Aventis '387 priority application is filed (HOPE indication).
August 30, 1999	Sanofi-Aventis '549 priority application is filed (HOPE indication).
April 2, 2000	Sanofi-Aventis filed an S/NDS, submission 066094, to approve a new indication for "Altace" namely the "management of patients at increased risk of cardiovascular events".
August 25, 2000	Sanofi-Aventis filed the patent (PCT) application for the '387 patent. (HOPE indication).
August 30, 2000	Sanofi-Aventis filed the patent (PCT) application for the '549 patent. (HOPE indication).
February 5, 2001 – date of revision (Oct 8, 1993, Dec 23, 1996)	Sanofi-Aventis product monograph "Altace" (ramipril) capsules 1.25 mg, 2.5, 5 mg, 10 mg "Pharmacologic Classification, Angiotensin Converting Enzyme Inhibitor, Action and Clinical Pharmacology"
February 13, 2001	Sanofi-Aventis received an notice of compliance for the S/NDS 066094, with the "Indications and Clinical Use" section updated to include the subsection "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Events".
March 8, 2001	'387, '549 PCT applications are published.
October 2002	Apotex purchases "Altace" samples.
November 12, 2002	Sanofi-Aventis was granted the '948 patent.
January 14, 2003	Sanofi-Aventis was granted the '089 patent.
January 15, 2003	Sanofi-Aventis filed S/NDS 082094 for a further update to the "Altace" capsules <u>product monograph</u> . The S/NDS had two purposes (changes 1 and 2 or "Altace" 2003) (1) to update the "Action and Clinical Pharmacology" section to add new wording: "and for the management of patients at increased risk of cardiovascular events"; (2) to update the "Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Event" indication in the product monograph, to further define the stroke patient population by specifying "fatal stroke." The proposed indication was as follows: "Altace" may be used to reduce the risk of myocardial infarction, stroke (including fatal stroke) or cardiovascular death in patients over 55 years."
June 9, 2003	The Minister's officials, in respect of S/NDS for changes 1 and 2 (082094) (1) approved the proposed update to the "Action and Clinical Pharmacology" section of the product monograph to include the wording "and the management of patients at increased risk of cardiovascular events";

	<p>(2) denied the proposed inclusion of “including fatal stroke” to the “Management of Patients at Increased Risk of Cardiovascular Events” indication, for two reasons:</p> <p><u>First</u>, in the view of the Minister’s experts, the HOPE study was not designed to evaluate the incidence of fatal stroke in patients at higher risk of cardiovascular events treated with ramipril.</p> <p><u>Second</u>, the prevention of fatal stroke was considered to be a new indication, requiring new clinical data.</p>
July 31, 2003	Apotex files ANDS for Apo-ramipril based on comparative bioequivalence studies with “Altace”; July 25, 2003 draft Apo-ramipril Product Monograph includes HOPE indication.
November 6, 2003	Sanofi-Aventis was issued a NOC in respect of S/NDS 082094 (changes 1 and 2) (“2003 ‘Altace’”) to update the <u>product monograph</u> . The associated product monograph differs from the “Altace” 2001 in two ways: “management of patients at increased risk of cardiovascular events; and inclusion of “plasma language.”
November 10, 2003	Sanofi-Aventis’ ‘089 patent was added to the Register in respect of S/NDS 066094 and its NOC.
April 6, 2004	Apotex’ product monograph updated to correspond to PM dated October 29, 2003, of “Altace” 2003.
April 20, 2004	Apotex’ ANDS put on “patent hold”; draft Apo-ramipril product monograph includes HOPE indication and Change No. 2.
April 21, 2004	Apotex prepares Product monograph for APO-RAMIPRIL capsules 1.25 mg, 2.5 mg, 5 mg, and 10 mg “Therapeutic Classification: Angiotensin Converting Enzyme Inhibitor – Actions and Clinical Pharmacology.”
June 25, 2004	Sanofi-Aventis’ ‘948 patent was added to the Patent Register in respect of S/NDS 066094 and its NOC.
March 15, 2005	Sanofi-Aventis’ ‘549 patent issues, entitled “Use of inhibitors of the renin-angiotensin system in the prevention of cardiovascular events.”
March 17, 2005	Sanofi-Aventis’ ‘549 patent was added to the Register in respect of the S/NDS 082094 and its NOC (re: “Altace” 2003).
June 21, 2005	Sanofi-Aventis’ ‘387 patent issues, entitled "Pharmaceutical formulations and use thereof in the prevention of stroke, diabetes and/or congestive heart failure".
June 28, 2005	Sanofi-Aventis’ ‘387 patent was added to the Register in respect of the S/NDS 082094 and its NOC. (re: “Altace” 2003)
November 2, 2005	Sanofi-Aventis filed an application to the Federal Court in T-1979-05, under section 6 of the NOC Regulations, for an order prohibiting the Minister from issuing an NOC until expiry of the ‘089, ‘948, ‘549 and ‘387 patents – the use patents.
November 29, 2005	Apotex’ notice of allegation re: HOPE Patents.
January 17, 2006	Sanofi-Aventis commences proceedings under Regulations (T-87-06) re: Nov 29, 2005 NOA.
October 2006	Sanofi-Aventis updates its “Altace” product monograph.
October 5, 2006	NOC Regulations are amended.
November 3, 2006	The Supreme Court of Canada released the <i>AstraZeneca</i> decision, [2006] 2 S.C.R. 560.
November 30 2006	Apotex commences series of requests for issuance of NOC in light of <i>AstraZeneca</i> .
December 8, 2006	Apotex product monograph updated to correspond to “Altace” product monograph. October 2006 product monograph.
December 8, 2006	Minister advises Apotex that it need not address patents but must dispose of T-87-06 before an NOC can issue.

December 8, 2006	Apotex submits <u>further updated Apo-ramipril PM</u> dated Dec 6, 2006; includes HOPE indication, reference to the "Altace" Oct 2006 PM and changes No. 1 and No. 2.
December 10-12, 2006	Sanofi-Aventis and Apotex request reconsideration of Dec 8, 2006 decision supported by written representations.
December 12, 2006	Minister advises Apotex that NOC can be issued following withdrawal of NOA. Minister issues NOC for Apo-ramilpril and sends it to Apotex, enclosing a PM. Apotex' PM dated Dec 12, 2006 includes HOPE indication, changes No. 1 and No. 2, and reference to comparative bioavailability studies. Sanofi-Aventis commences judicial review of Dec 8, 2006 decision (T-2189-06).
December 12, 2006	NOC issues to Apotex for Apo-ramipril.
December 13, 2006	Minister advises Sanofi-Aventis that an NOC has issued to Apotex Sanofi-Aventis commences T-2196-06.
December 14, 2006	Apotex removes all HOPE study language from the Apo-ramipril product monograph.

ANNEXE A

	CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS T-165-07, <i>Ferring Inc. c. Apotex Inc et al.</i>
Années 1950	Découverte de la Desmopressine.
16 février 1988	Brevet canadien n° 1232839 délivré à Ferring à l'égard de la formulation en comprimé du « DDAVP ».
1989	Ferring commercialise pour la première fois le « DDAVP » au Canada sous forme de vaporisateur nasal.
18 mars 1993	Premiers avis de conformité délivrés à Ferring à l'égard des comprimés de 0,1 et 0,2 mg de Desmopressine « DDAVP » (ancienne formulation).
13 avril 1993	Le brevet canadien n° 1232839 de Ferring est ajouté au registre des brevets.
1995	Ferring commercialise pour la première fois au Canada les comprimés de Desmopressine « DDAVP ».
14 septembre 2000	Avis de conformité délivré à Ferring pour une [TRADUCTION] « nouvelle indication » du « DDAVP ».
20 avril 2004 (date alléguée dans la lettre de Novopharm au ministre, datée du 22 décembre 2004)	Novopharm achète une drogue de comparaison du Royaume-Uni (comprimés de Desmopressine « DDAVP »).
30 avril 2004	Ferring dépose la demande du brevet '833 au Canada.
19 juillet 2004	Ferring dépose la demande du brevet '335 au Canada.
19 octobre 2004	Apotex acquiert le produit « DDAVP » pour des études de bioéquivalence.
Novembre 2004	Les études de bioéquivalence d'Apotex sont achevées.
11 novembre 2004	La demande du brevet '833 est publiée.
14 décembre 2004	Novopharm soumet la PADN pour des comprimés de 0,1 et de 0,2 mg de Novodesmopressine avec le formulaire V et consent à attendre l'expiration du brevet canadien n° 1232839.

25 janvier 2005	La demande du brevet '335 est publiée.
16 février 2005	Le brevet canadien n° 1232839 de Ferring arrive à expiration.
24 février 2005	Ferring soumet un SPDN à l'égard d'un changement de procédé de fabrication.
2 août 2005	Délivrance du brevet '833 à Ferring.
5 août 2005	Ferring dépose les formulaires IV auprès du ministre dans lequel le brevet '833 est inscrit en rapport avec le SPDN visant le « DDAVP ».
6 septembre 2005	Apotex présente des demandes de PADN à l'égard de comprimés d'Apotexmopressine.
21 novembre 2005	Délivrance de l'avis de conformité à Ferring au sujet du changement dans le procédé de fabrication (nouvelle formulation) (097275).
7 décembre 2005	Le brevet '833 est ajouté au registre des brevets comme [TRADUCTION] « nouvelle formulation ».
31 janvier 2006	Le brevet '335 est délivré à Ferring.
6 février 2006	Ferring dépose le formulaire IV auprès du ministre dans lequel le brevet '335 est inscrit en rapport avec le SPDN visant le « DDAVP ».
8 février 2006	Le brevet '335 de Ferring est ajouté au registre des brevets comme [TRADUCTION] « nouvelle formulation ».
Mai-juin 2006	Ferring commence à vendre des comprimés de « DDAVP » en vertu du deuxième avis de conformité (nouvelle formulation) et arrête de vendre les comprimés reliés au premier avis de conformité.
Mai 2006	Apotex engage une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de traiter les brevets '833 et '335.
27 et 28 juin 2006 (Ferring reçoit un avis d'allégation le 30 juin 2006)	Apotex signifie à Ferring deux avis d'allégation au sujet des brevets '335 et '833 respectivement.
31 juillet 2006	La monographie de produit et la PADN d'Apotex sont achevées.
2 août 2006	La PADN d'Apotex est placée en état d'« attente de brevet ».
11 août 2006	Ferring dépose deux avis de demande fondés sur le paragraphe 6(1) en réponse aux avis d'allégation d'Apotex.
8 septembre 2006	Un avis de conformité est délivré à Ferring pour le nouveau comprimé orodispersible de « DDAVP »; le brevet canadien n° 2484724 est inscrit au registre des brevets.
5 octobre 2006	Le Règlement AC est modifié.
27 octobre 2006	La monographie de produit et la PADN de Novopharm sont achevées.
31 octobre 2006	La PADN de Novopharm est placée en état d'« attente de brevet ».
5 décembre 2006	Ferring abandonne l'avis de demande relatif au brevet '335 (celui du brevet '833 est maintenu).
3 novembre 2006	La C.S.C. publie l'arrêt <i>AstraZeneca</i> , [2006] 2 R.C.S. 560.
Novembre 2006	Ferring commence à vendre le comprimé orodispersible de « DDAVP ».
22 janvier 2007	Un fonctionnaire du ministre avise toutes les parties que l'état de la PADN a été réexaminé; Apotex et Novopharm ne sont pas tenues de traiter les brevets '833 et '335; des avis de conformité sont délivrés à Apotex et à Novopharm.
29 janvier 2007	Début du présent contrôle judiciaire.

ANNEXE B

CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS	
	T-2188-06, <i>Sanofi-Aventis c. Le ministre de la Santé et Novopharm</i> T-2220-06, <i>Novopharm Limited c. Le ministre de la Santé et Sanofi-Aventis</i>
11 août 1989	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet '089.
10 août 1990	Sanofi-Aventis dépose une demande à l'égard du brevet '089 (non-HOPE).
27 novembre 1990	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet '948.
12 février 1991	La demande du brevet '089 de Sanofi-Aventis est publiée.
26 novembre 1991	Sanofi-Aventis dépose une demande à l'égard du brevet '948 (non-HOPE).
28 mai 1992	La demande du brevet '948 de Sanofi-Aventis est publiée.
8 octobre 1993	Sanofi-Aventis reçoit son premier avis de conformité à l'égard des capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg d'« Altace ».
Janvier 1994	Sanofi-Aventis commence la vente d'« Altace ».
30 septembre 1994	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité pour des capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg d'« Altace » qui [TRADUCTION] « prévoit un procédé de fabrication révisé » (24206).
5 juin 1996	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité pour des capsules d'« Altace » [TRADUCTION] « un inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine » (043465).
31 décembre 1996	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité à l'égard d'« Altace » 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg [TRADUCTION] « traitement administré après l'infarctus aigu du myocarde » (033131).
22 août 1999	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet '387.
30 août 1999	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet 549.
2 avril 2000	Sanofi-Aventis soumet un SPDN, la demande 066094, pour obtenir l'approbation d'une nouvelle indication d'« Altace », soit pour [TRADUCTION] « le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire ».
25 août 2000	Sanofi-Aventis dépose une demande (PCT) à l'égard du brevet '387 (indication HOPE).
30 août 2000	Sanofi-Aventis dépose une demande (PCT) à l'égard du brevet 549 (indication HOPE).
13 février 2001	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité à l'égard du SPDN 066094 d'« Altace ». La partie [TRADUCTION] « Indications et Usage clinique » a été mise à jour pour permettre l'intégration d'un sous-élément, [TRADUCTION] « le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »
8 mars 2001	Les demandes des brevets '387 et 549 (PCT) sont publiées.
8 mai 2001 **Sanofi-Aventis et le ministre donnent comme date d'achat le 22 juin 2001	Novopharm achète des échantillons d'« Altace » (la drogue de comparaison) qu'elle utilise ensuite pour ses études de bioéquivalence.
24 décembre 2001 (la date de réception par le ministre étant le 27 décembre 2001)	Novopharm dépose la PADN 075408 pour des capsules de 2,5 mg, 5 mg et 10 mg de Novo-ramipril. La PADN inclut les formulaires V, où Novopharm déclare qu'elle attendra l'expiration des trois brevets alors inscrits au registre.
12 novembre 2002	Le brevet '948 est délivré à Sanofi-Aventis.

10 décembre 2002	Sanofi-Aventis dépose les formulaires IV pour inscrire sur la liste le brevet '948 en rapport avec les présentations 066094, 24206, 043465, 033131 et la PDN 08257.
14 janvier 2003	Le brevet '089 est délivré à Sanofi-Aventis.
15 janvier 2003	<p>Sanofi-Aventis soumet le SPDN 082094 qui apporte une nouvelle mise à jour à la <u>monographie de produit</u> des capsules d'« Altace ». Le SPDN a deux buts (changements 1 et 2 ou « Altace » 2003) :</p> <p>1) mettre à jour la partie [TRADUCTION] « Action et Pharmacologie clinique » en ajoutant un élément nouveau : [traduction] « et pour le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »;</p> <p>2) mettre à jour l'indication reliée au [TRADUCTION] « Traitement des patients à haut risque cardiovasculaire » dans la monographie de produit en vue de définir plus précisément la population des patients à risque d'accident cérébrovasculaire en spécifiant [TRADUCTION] « accident cérébrovasculaire mortel ». L'indication proposée se lit comme suit :</p> <p>[TRADUCTION] « "Altace" peut être utilisé pour réduire le risque d'infarctus du myocarde, d'accident cérébrovasculaire (y compris l'accident cérébrovasculaire mortel) ou de mort cardiovasculaire chez les patients de plus de 55 ans ».</p>
14 février 2003	Sanofi-Aventis dépose les formulaires IV pour inscrire sur la liste le brevet '089 en rapport avec les présentations 066094, 24206, 043465 et 033131.
9 juin 2003	<p>S'agissant du SPDN relatif aux changements 1 et 2 (082094), les fonctionnaires du ministre</p> <p>1) approuvent la mise à jour de la partie [TRADUCTION] « Action et Pharmacologie clinique » de la monographie de produit comportant l'ajout des mots [TRADUCTION] « et pour le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »;</p> <p>2) refusent l'intégration des mots [TRADUCTION] « (y compris l'accident cérébrovasculaire mortel) » à l'indication [TRADUCTION] « Traitement des patients à haut risque cardiovasculaire », pour deux raisons.</p> <p><u>Premièrement</u>, de l'avis des experts du ministre, l'étude HOPE n'était pas conçue pour évaluer l'incidence de l'accident cérébrovasculaire mortel chez les patients à haut risque cardiovasculaire traités au ramipril.</p> <p><u>Deuxièmement</u>, la prévention de l'accident cérébrovasculaire mortel était considérée comme une nouvelle indication, qui nécessitait de nouvelles données cliniques et une PDN.</p>
14 octobre 2003	La PADN 075408 de Novopharm à l'égard des capsules de 2,5 mg, 5 mg et 10 mg de Novo-ramipril est jugée acceptable et est placée « en attente de brevet ».
6 novembre 2003	Un avis de conformité est délivré à Sanofi-Aventis à l'égard du SPDN 082094 visant la mise à jour de la monographie de produit (pour les changements 1 et 2, mais non pour [TRADUCTION] « l'accident cérébrovasculaire mortel »).
10 novembre 2003	Le brevet '089 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre en rapport avec la présentation relative aux présentations 066094, 24206, 043465 et 033131 de 1994 à 2001, qui ont reçu des avis de conformité.
25 juin 2004	Le brevet '948 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre des brevets en rapport avec les présentations 1993-2001 pour les présentations 066094, 24206, 043465, 033131 relatives à des avis de conformité et la PDN 08257.

15 mars 2005	Le brevet '549, intitulé [TRADUCTION] « Usage des inhibiteurs du système rénine-angiotensine dans la prévention des accidents cardiovasculaires », est délivré à Sanofi-Aventis.
17 mars 2005	Le brevet '549 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre à l'égard du SPDN 082094 et de l'avis de conformité délivré au sujet de la mise à jour de la monographie de produit.
21 juin 2005	Le brevet '387, intitulé [TRADUCTION] « Formulations pharmaceutiques et usage de ces formulations dans la prévention de l'accident cérébrovasculaire, du diabète et de l'insuffisance cardiaque congestive », est délivré à Sanofi-Aventis.
28 juin 2005	Le brevet '387 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre à l'égard du SPDN 082094 et de son avis de conformité au sujet de la mise à jour de la monographie de produit.
26 août 2005 (la date du ministre étant le 30 août 2005)	Novopharm soumet un SPADN pour des capsules de 1,25 mg de novo-ramipril. Le SPADN inclut un nouveau formulaire V visant le brevet 206 et de nouveaux formulaires V visant les brevets '089, '948, '549 et '387.
12 septembre 2005	Novopharm signifie un avis d'allégation à l'égard du brevet '206.
14 septembre 2005 (la date du ministre étant le 12 septembre 2005)	Novopharm signifie un avis d'allégation à l'égard des brevets '089, '948, '549 et '387 (brevets non-HOPE et brevets HOPE). Novopharm joint un projet de monographie de produit visant le Novo-ramipril, daté du 26 août 2005, qui comporte le changement n° 2 apporté à « Altace ».
20 septembre 2005	Le brevet 206 est déclaré invalide pour défaut de prédiction valable <i>Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc. et al.</i> 2005 CF 1283, conf. par 2006 CAF 64 (13 février 2006).
31 octobre 2005	Sanofi-Aventis dépose une demande auprès de la Cour fédérale, dans le dossier T-1965-05, en vertu de l'article 6 du Règlement AC, pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet '206.
2 novembre 2005	Sanofi-Aventis dépose une demande auprès de la Cour fédérale, dans le dossier T-1979-05, en vertu de l'article 6 du Règlement AC, pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration des brevets '089, '948, '549 et '387 – les brevets reliés à l'usage.
29 mai 2006	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité pour la cession de la propriété.
3 août 2006 (le 2 août 2006 étant la date du ministre)	Le SPADN 100859 de Novopharm à l'égard des capsules de 1,25 mg de Novo-ramipril est jugé acceptable et est placé « en attente de brevet ».
25 septembre 2006	La demande de Sanofi-Aventis dans le dossier de la Cour n° T-1965-05 au sujet du brevet '206 est rejetée. (Un avis d'appel est déposé le 29 septembre 2006; la demande dans le dossier n° T-1979-05 demeure pendante.)
5 octobre 2006	Le Règlement AC est modifié.
3 novembre 2006	La C.S.C. publie l'arrêt <i>AstraZeneca</i> , [2006] 2 R.C.S. 560.
6 novembre 2006	L'avocat de Novopharm écrit aux fonctionnaires du ministre, déclarant qu'à la lumière de l'arrêt <i>AstraZeneca</i> , Novopharm n'est pas tenue de traiter les brevets '089, '948, '549 et '387 et demandant la délivrance d'un avis de conformité à l'égard du novo-ramipril. Il s'ensuit un échange de correspondance.
8 décembre 2006	Novopharm et Sanofi-Aventis sont informées que le ministre a reconsidéré l'état d'attente de brevet de la PADN de Novopharm concernant les capsules de 2,5 mg, 5 mg et 10 mg de Novo-ramipril : Novopharm est tenue de traiter les brevets '089 et '948 en vertu des paragraphes 5(1) et 5(2) du Règlement AC, mais n'est pas tenue de traiter les brevets '549 ou '387.

12 décembre 2006	Sanofi-Aventis engage la demande du dossier T-2188-06 pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision du ministre du 8 décembre 2006 à l'égard des brevets '549 et '387.
15 décembre 2006	Novopharm engage la demande du dossier T-2220-06 pour obtenir le contrôle judiciaire de la décision du ministre du 8 décembre 2006 à l'égard des brevets '089 et '948.
15 décembre 2006	Novopharm retire son avis d'allégation au sujet des brevets '549 et '387.

ANNEXE C

	CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS T-2189-06, T-2196-06, <i>Sanofi-Aventis c. Le ministre de la Santé et Apotex</i>
10 août 1990	Sanofi-Aventis dépose la demande du brevet '089 (non-HOPE).
26 novembre 1991	Sanofi-Aventis dépose la demande du brevet '948 (non-HOPE).
8 octobre 1993	Sanofi-Aventis reçoit son premier avis de conformité pour des capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg d'« Altace ».
8 octobre 1993 (la date de révision étant le 29 octobre 2003)	Monographie de produit de Sanofi-Aventis pour « Altace » ^{MD} (ramipril) en capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5mg et 10 mg [TRADUCTION] « Classification pharmacologique, Inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine, Action et Pharmacologie clinique ».
24 octobre 2003 – date de révision	Monographie de produit de Sanofi-Aventis pour « Altace » (capsules de Ramipril), 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg.
Janvier 1994	Sanofi-Aventis commence la vente d'« Altace ».
22 août 1999	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet '387 (indication HOPE).
30 août 1999	Sanofi-Aventis dépose une demande de priorité à l'égard du brevet '549 (indication HOPE).
2 avril 2000	Sanofi-Aventis soumet un SPDN, la présentation 066094, <u>en vue de faire approuver une nouvelle indication</u> d'« Altace », soit pour le [TRADUCTION] « traitement des patient à haut risque cardiovasculaire ».
25 août 2000	Sanofi-Aventis dépose une demande (PCT) à l'égard du brevet '387 (indication HOPE).
30 août 2000	Sanofi-Aventis dépose une demande (PCT) à l'égard du brevet '549 (indication HOPE).
5 février 2001 – date de révision (8 octobre 1993, 23 décembre 1996)	Monographie de produit de Sanofi-Aventis pour « Altace » (ramipril) en capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg [TRADUCTION] « Classification pharmacologique, Inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine, Action et Pharmacologie clinique ».
13 février 2001	Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité à l'égard du SPDN 066094, la partie [TRADUCTION] « Indications et Usage clinique » ayant été mise à jour pour permettre l'intégration d'un sous-élément, [TRADUCTION] « le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire ».
8 mars 2001	Les demandes de brevet PCT '387 et '549 sont publiées.
Octobre 2002	Apotex achète des échantillons d'« Altace ».
12 novembre 2002	Le brevet '948 est délivré à Sanofi-Aventis.
14 janvier 2003	Le brevet '089 est délivré à Sanofi-Aventis.
15 janvier 2003	Sanofi-Aventis soumet le SPDN 082094 qui apporte une nouvelle mise à jour à la <u>monographie de produit</u> des capsules d'« Altace ». Le SPDN a deux buts (changements 1 et 2 ou « Altace » 2003) :

	<p>1) mettre à jour la partie [TRADUCTION] « Action et Pharmacologie clinique » en ajoutant un élément nouveau : [TRADUCTION] « et pour le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »;</p> <p>2) mettre à jour l'indication reliée au [TRADUCTION] « Traitement des patients à haut risque cardiovasculaire » dans la monographie de produit en vue de définir plus précisément la population des patients à risque d'accident cérébrovasculaire en spécifiant [TRADUCTION] « accident cérébrovasculaire mortel ». L'indication proposée se lit comme suit :</p> <p>[TRADUCTION] « "Altace" peut être utilisé pour réduire le risque d'infarctus du myocarde, d'accident cérébrovasculaire (y compris l'accident cérébrovasculaire mortel) ou de mort cardiovasculaire chez les patients de plus de 55 ans ».</p>
9 juin 2003	<p>S'agissant du SPDN relatif aux changements 1 et 2 (082094), les fonctionnaires du ministre :</p> <p>1) approuvent la mise à jour de la partie [TRADUCTION] « Action et Pharmacologie clinique » de la monographie de produit comportant l'ajout des mots [TRADUCTION] « et pour le traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »;</p> <p>2) refusent l'intégration des mots [TRADUCTION] « (y compris l'accident cérébrovasculaire mortel) » à l'indication [TRADUCTION] « Traitement des patients à haut risque cardiovasculaire », pour deux raisons:</p> <p><u>Premièrement</u>, de l'avis des experts du ministre, l'étude HOPE n'était pas conçue pour évaluer l'incidence de l'accident cérébrovasculaire mortel chez les patients à haut risque cardiovasculaire traités au ramipril;</p> <p><u>Deuxièmement</u>, la prévention de l'accident cérébrovasculaire mortel était considérée comme une nouvelle indication, qui nécessitait de nouvelles données cliniques.</p>
31 juillet 2003	<p>Apotex soumet une PADN pour l'Apo-ramipril sur le fondement d'études comparatives de bioéquivalence sur « Altace »; le projet de monographie de produit daté du 25 juillet 2003 sur l'Apo-ramipril inclut l'indication HOPE.</p>
6 novembre 2003	<p>Sanofi-Aventis reçoit un avis de conformité à l'égard du SPDN 082094 (changements 1 et 2) (« Altace » 2003) pour effectuer la mise à jour de la <u>monographie de produit</u>. La monographie de produit correspondante diffère de celle d'Altace 2001 sous deux aspects : le [TRADUCTION] « traitement des patients à haut risque cardiovasculaire »; l'intégration de la [TRADUCTION] « formulation plasma ».</p>
10 novembre 2003	<p>Le brevet '089 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre en rapport avec le SPDN 066094 et l'avis de conformité correspondant.</p>
6 avril 2004	<p>La monographie de produit d'Apotex est mise à jour pour assurer sa conformité à la monographie de produit du 29 octobre 2003 visant « Altace » 2003.</p>
20 avril 2004	<p>La PADN d'Apotex est placée en « attente de brevet »; le projet de monographie de produit de l'Apo-ramipril inclut une indication HOPE et le changement n° 2.</p>
21 avril 2004	<p>Apotex élabore une monographie de produit pour des capsules de 1,25 mg, 2,5 mg, 5 mg et 10 mg d'Apo-ramipril, [TRADUCTION] « Classification thérapeutique : inhibiteur de l'enzyme de conversion de l'angiotensine – Action et Pharmacologie clinique ».</p>
25 juin 2004	<p>Le brevet '948 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre des brevets en rapport avec le SPDN 066094 et l'avis de conformité correspondant.</p>

15 mars 2005	Le brevet '549, intitulé [TRADUCTION] « Usage des inhibiteurs du système rénine-angiotensine dans la prévention des accidents cardiovasculaires », est délivré à Sanofi-Aventis.
17 mars 2005	Le brevet '549 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre en rapport avec le SPDN 082094 et l'avis de conformité correspondant (au sujet d'« Altace » 2003).
21 juin 2005	Le brevet '387, intitulé [TRADUCTION] « Formulations pharmaceutiques et usage de ces formulations dans la prévention de l'accident cérébrovasculaire, du diabète et de l'insuffisance cardiaque congestive », est délivré à Sanofi-Aventis.
28 juin 2005	Le brevet '387 de Sanofi-Aventis est ajouté au registre en rapport avec le SPDN 082094 et l'avis de conformité correspondant (au sujet d'« Altace » 2003).
2 novembre 2005	Sanofi-Aventis dépose une demande auprès de la Cour fédérale, sous le dossier T-1979-05, en vertu de l'article 6 du Règlement AC, pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration des brevets '089, '948, '549 et '387 – les brevets reliés à l'usage.
29 novembre 2005	Apotex envoie un avis d'allégation au sujet des brevets HOPE.
17 janvier 2006	Sanofi-Aventis engage une procédure (T-87-06) en vertu du Règlement au sujet de l'avis d'allégation du 29 novembre 2005.
Octobre 2006	Sanofi-Aventis effectue la mise à jour de sa monographie de produit d'« Altace ».
5 octobre 2006	Le Règlement AC est modifié.
3 novembre 2006	La C.S.C. publie l'arrêt <i>AstraZeneca</i> , [2006] 2 R.C.S. 560.
30 novembre 2006	Apotex présente un ensemble de demandes de délivrance d'avis de conformité à la lumière de l'arrêt <i>AstraZeneca</i> .
8 décembre 2006	Apotex met à jour sa monographie de produit pour en assurer la conformité avec la monographie de produit d'« Altace » datée d'octobre 2006.
8 décembre 2006	Le ministre avise Apotex qu'elle n'est pas tenue de traiter les brevets mais qu'elle doit obtenir une décision dans le dossier T-87-06 avant la délivrance d'un avis de conformité.
8 décembre 2006	Apotex présente une autre monographie de produit mise à jour pour l'Apo-ramipril, datée du 6 décembre 2006; elle inclut l'indication HOPE, le renvoi à la monographie de produit d'« Altace » datée d'octobre 2006 et les changements 1 et 2.
10 au 12 décembre 2006	Sanofi-Aventis et Apotex demandent que la décision du 8 décembre 2006 soit reconsidérée et présentent à l'appui des observations écrites.
12 décembre 2006	Le ministre informe Apotex que l'avis de conformité peut être délivré après le retrait de l'avis d'allégation. Le ministre délivre l'avis de conformité à l'égard de l'Apo-ramipril et l'envoie à Apotex, accompagné de la monographie de produit. La monographie de produit d'Apotex datée du 12 décembre 2006 comporte l'indication HOPE, les changements 1 et 2 ainsi que le renvoi aux études comparatives de biodisponibilité. Sanofi-Aventis intente une procédure de contrôle judiciaire de la décision du 8 décembre 2006 (T-2189-06).
12 décembre 2006	Un avis de conformité est délivré à Apotex à l'égard de l'Apo-ramipril.
13 décembre 2006	Le ministre avise Sanofi-Aventis de la délivrance de l'avis de conformité à Apotex. Sanofi-Aventis engage la procédure du dossier T-2196-06.
14 décembre 2006	Apotex retire toutes les formulations de l'étude HOPE de la monographie de produit de l'Apo-ramipril.

IMM-6447-05
2007 FC 229

IMM-6447-05
2007 CF 229

Panchalingam Nagalingam (*Applicant*)

Panchalingam Nagalingam (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondents*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, Kelen J.—Toronto, January 30; Ottawa, February 28, 2007.

Cour fédérale, juge Kelen—Toronto, 30 janvier; Ottawa, 28 février 2007.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Removal of Refugees — Judicial review of Minister of Citizenship and Immigration's opinion issued under Immigration and Refugee Protection Act, s. 115(2)(b) applicant, former Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada — Applicant found inadmissible to Canada on grounds of organized criminality under Act, s. 37(1)(a) as member of gang involved in criminal activities — Minister's conclusion applicant would not face substantial risk of torture, risk to life, to cruel and unusual treatment, punishment if returned to Sri Lanka not patently unreasonable — On judicial review only necessary to review Minister's assessment of nature, severity of acts committed, balance that assessment against harm upon removal, if conclusion applicant not facing risk of harm patently unreasonable — Interpretation of s. 115 consistent with United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, s. 33 prohibition against refoulement where life, freedom threatened on identified grounds — Application dismissed, questions certified.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et Renvoi — Personnes interdites de territoire — Renvoi de réfugiés — Contrôle judiciaire d'un avis donné par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration en application de l'art. 115(2)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés selon lequel le demandeur, un ancien réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas être présent au Canada — Le demandeur a été déclaré interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée en vertu de l'art. 37(1)(a) de la Loi parce qu'il était membre d'un gang impliqué dans des activités criminelles — La conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé au Sri Lanka n'était pas manifestement déraisonnable — Dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ce n'est que si la conclusion selon laquelle le demandeur ne risque pas de subir un préjudice est jugée manifestement déraisonnable que la Cour devra examiner l'analyse par le ministre de la nature et de la gravité des actes commis en fonction du risque de préjudice consécutif au renvoi — L'interprétation de l'art. 115 est conforme à l'interdiction visant le refoulement prévue à l'art. 33 de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés lorsque la vie ou la liberté du réfugié serait menacée pour les raisons mentionnées — Demande accueillie, questions certifiées.

Construction of Statutes — Immigration and Refugee Protection Act, s. 115(2)(b) — Minister of Citizenship and Immigration issuing opinion applicant, former Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada as nature, severity of acts committed justify refoulement under Act — Applicant member of gang involved in criminal activities — Whether Act, s. 115(2)(b) means "nature and severity of the acts committed" by criminal organization or by applicant personally — Rules of statutory interpretation of

Interprétation des lois — Art. 115(2)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a délivré un avis selon lequel le demandeur, un ancien réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas rester au Canada puisque la nature et la gravité des actes commis justifiaient son refoulement en vertu de la Loi — Le demandeur était membre d'un gang impliqué dans des activités criminelles — Il s'agissait de savoir si les actes dont il est question dans

bilingual statutes reviewed — S. 115(2)(b) requiring Minister to consider nature, severity of acts committed by applicant personally or by gang if refugee personal, knowing participant in acts, i.e. complicit.

This was an application for judicial review of an opinion of the Minister of Citizenship and Immigration pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* that the applicant should not be allowed to remain in Canada. The applicant came from Sri Lanka to Canada in August 1994, was granted refugee status in 1995 and became a permanent resident in 1997. In August 2001, the applicant became the subject of a report under the former *Immigration Act*, which alleged that he was inadmissible to Canada on grounds of organized criminality, namely being a member of the A.K. Kannan Tamil gang. Ultimately, in October 2005, the Minister of Citizenship and Immigration issued an opinion pursuant to paragraph 115(2)(b) of the Act, considering first “the nature and severity of the acts committed”, and then assessing the applicant’s risk of torture or cruel or unusual treatment, punishment or persecution. The Minister referred specifically to the acts committed by the A.K. Kannan gang. He concluded that, given that the applicant did not face a substantial risk of torture, a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and that the applicant’s humanitarian and compassionate considerations did not warrant favourable consideration, the nature and severity of the acts committed were determinative and that the applicant should not be allowed to remain in Canada. The main issue was whether the Minister’s conclusion that the applicant did not face a risk of persecution, torture, or other ill treatment upon returning to Sri Lanka was patently unreasonable.

Held, the application should be dismissed.

The Minister did not ignore relevant evidence, nor was he unduly selective in his consideration of the evidence. The determination of an individual’s risk on return to a particular country is largely a fact-driven inquiry. The issues raised by the applicant did not demonstrate that the Minister’s conclusion that the applicant would not face a substantial risk of torture or a risk to life or to cruel and unusual treatment or punishment, was patently unreasonable.

The next question to consider was whether the non-existence of risk makes unnecessary an analysis of the

l’expression « la nature et la gravité de ses actes passés » employée dans l’art. 115(2)(b) sont ceux de l’organisation criminelle ou ceux du demandeur lui-même — Examen des règles d’interprétation législative des lois bilingues — L’art. 115(2)(b) exige que le ministre tienne compte de la nature et de la gravité des actes commis par le demandeur lui-même et des actes commis par le gang auxquels le réfugié a participé personnellement et sciemment à titre de complice.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’un avis donné par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en application de l’alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* selon lequel le demandeur ne devrait pas être présent au Canada. Le demandeur est arrivé au Canada du Sri Lanka en août 1994; il s’est vu reconnaître le statut de réfugié en 1995 et il est devenu résidant permanent en 1997. En août 2001, le demandeur a fait l’objet d’un rapport en application de l’ancienne *Loi sur l’immigration*; selon ce rapport, il était interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée parce qu’il était membre du gang A.K. Kannan, un gang tamoul. En fin de compte, en octobre 2005, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration a délivré l’avis visé à l’alinéa 115(2)(b) de la Loi, considérant d’abord « la nature et la gravité de ses actes passés », puis le risque de torture, de traitements ou peines cruels ou inusités ou de persécution auquel le demandeur serait exposé. Le ministre a fait explicitement référence aux actes commis par le gang A.K. Kannan. Il a conclu que, étant donné que le demandeur ne courait pas un risque sérieux d’être torturé ou tué ou de faire l’objet de traitements ou de peines cruels et inusités et que les motifs d’ordre humanitaire qu’il invoquait ne justifiaient pas une décision favorable, la nature et la gravité des actes commis étaient déterminantes et le demandeur ne devrait pas être présent au Canada. La principale question à trancher était celle de savoir si la conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne risquait pas la persécution, la torture ou d’autres mauvais traitements s’il était renvoyé au Sri Lanka était manifestement déraisonnable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le ministre n’a pas omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents et il n’a pas examiné la preuve de manière trop sélective. L’évaluation du risque auquel serait exposée une personne si elle était renvoyée dans un pays donné dépend largement des faits. Les questions soulevées par le demandeur ne démontraient pas que la conclusion du ministre, selon laquelle le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités, était manifestement déraisonnable.

La prochaine question à examiner était celle de savoir s’il fallait, malgré l’absence de risque, analyser la nature et la

nature and severity of acts committed by the applicant under subsection 115(2) of the Act. Since the Minister reasonably concluded that there was no risk of harm, the non-refoulement provisions under subsection 115(1) of the Act did not apply. There was accordingly no need to “balance” competing interests under subsection 115(2). On judicial review, only if the Minister’s conclusion that the applicant did not face a risk of harm is found to be patently unreasonable should it be necessary to review the Minister’s assessment of the nature and severity of acts committed and the balancing of that assessment against the risk of harm upon removal. In concluding that the prohibition against refoulement does not apply where the Minister has determined that an inadmissible refugee does not face a risk of harm upon removal, the Court was also guided by the text of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, which is the international law source for the prohibition against refoulement and is legally binding on Canada, provided some guidance. Article 33(1) of the Convention provides that no “Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee . . . to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.” Because there was no threat to the applicant’s life or freedom on the grounds identified upon return to Sri Lanka, returning the applicant would not violate Article 33(1) of the Convention.

Paragraph 115(2)(b) of the Act provides that subsection (1) does not apply in the case of a person who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada. The issue was whether paragraph 115(2)(b) means “the nature and severity of the acts committed” by the criminal organization or by the applicant personally. In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada summarized the principles and two-part procedure of interpreting bilingual statutes. First, one must apply the rules of statutory interpretation to determine whether or not there is an apparent discordance, and if so, whether there is a common meaning between the French and English versions. There is an ambiguity in the English version of paragraph 115(2)(b) because it does not link the “acts committed” either to the individual or to the criminal organization. The common meaning is the French version. It is plain, not ambiguous and narrower. Therefore, according to the rules of statutory interpretation with respect to bilingual statutes, paragraph 115(2)(b) means that the Minister must decide whether the

gravité des actes commis par le demandeur, conformément au paragraphe 115(2) de la Loi. Comme le ministre a raisonnablement conclu que le demandeur ne risquait pas de subir un préjudice, les dispositions relatives au non-refoulement du paragraphe 115(1) de la Loi ne s’appliquaient pas. Il n’était donc pas nécessaire d’« établir l’équilibre » entre les intérêts opposés conformément au paragraphe 115(2). Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, ce n’est que si la conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne risque pas de subir un préjudice est jugée manifestement déraisonnable que la Cour devra examiner l’analyse par le ministre de la nature et de la gravité des actes commis en fonction du risque de préjudice consécutif au renvoi. En concluant que l’interdiction visant le refoulement ne s’applique pas si le ministre a décidé qu’un réfugié interdit de territoire ne court pas le risque de subir un préjudice s’il est renvoyé, la Cour était aussi guidée par la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, qui est la source de droit international de l’interdiction visant le refoulement et qui est contraignante pour le Canada. Le paragraphe 33(1) de la Convention prévoit ce qui suit : « Aucun des États contractants n’expulsera ou ne refoulera [. . .] un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ». Comme la vie ou la liberté du demandeur n’étaient pas menacées pour les raisons mentionnées s’il était renvoyé au Sri Lanka, son renvoi ne contreviendrait pas au paragraphe 33(1) de la Convention.

L’alinéa 115(2)(b) de la Loi précise que le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada. Il s’agissait de savoir si les actes dont il est question dans l’expression « la nature et la gravité de ses actes passés » employée dans l’alinéa 115(2)(b) sont ceux de l’organisation criminelle ou ceux du demandeur lui-même. Dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la Cour suprême du Canada a résumé les principes d’interprétation des lois bilingues et la procédure en deux étapes à suivre à cet égard. Premièrement, il faut appliquer les règles d’interprétation législative pour déterminer s’il y a apparence d’antinomie et, dans l’affirmative, s’il y a un sens commun aux versions française et anglaise. La version anglaise de l’alinéa 115(2)(b) est ambiguë parce qu’elle ne précise pas si les actes doivent avoir été commis par la personne ou par l’organisation criminelle. Le sens commun aux deux versions est celui de la version française. Celle-ci est claire, non ambiguë et plus restreinte. Par conséquent, selon les règles

applicant should be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of his personal acts. The second step in the interpretation of paragraph 115(2)(b) was to determine whether the common meaning is consistent with Parliament's intent. Considering the words of the paragraph with the scheme and object of the Act, Parliament intended that the Minister consider the nature and severity of the acts committed by the person, as opposed to the criminal organization as a whole. The logical reason for so proceeding is because the refugee should not be refouled only because he is a member of a criminal organization unless the acts in which he was involved warrant removal. However, the Minister can look at the acts committed by the criminal organization if it is established that the refugee was complicit in those acts, where there are reasonable grounds for believing that the refugee was personally and knowingly involved in these crimes. The test for complicity is whether the applicant was a personal and knowing participant in the criminal activities of the organization. There must be reasonable grounds to believe that the applicant "was complicit". Therefore, the proper interpretation of paragraph 115(2)(b) requires the Minister to consider the nature and severity of the acts committed personally by the applicant, and by the A.K. Kannan gang if the applicant was a personal and knowing participant in such acts, i.e. complicit. The standard of proof for determining "the acts committed" by the applicant for the purpose of paragraph 115(2)(b) is that the Minister have reasonable grounds for believing that the applicant committed the acts. The Minister's opinion found that the applicant was personally and knowingly participating in some criminal activities of the gang, and was in law complicit in those criminal acts.

The Minister did not fail to consider the applicant's risk of persecution upon his return to Sri Lanka. Section 53 of the former Act is not materially different from section 115 of the Act. And, throughout the opinion the Minister referred to the applicant's risk of persecution upon return to Sri Lanka and included within his assessment the applicant's risk of persecution on Convention grounds. Given that the applicant did not face a risk of persecution, torture or other ill treatment if returned to Sri Lanka, there was no deprivation of his life, liberty or security of the person under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

This application raised for the first time a serious question of general importance as to the proper interpretation of paragraph 115(2)(b) with respect to persons inadmissible on grounds of organized criminality. Two questions were certified.

d'interprétation législative relatives aux lois bilingues, l'alinéa 115(2)b signifie que le ministre doit décider si le demandeur devrait être présent au Canada en tenant compte de la nature et de la gravité des actes qu'il a lui-même commis. Il fallait, à la deuxième étape de l'interprétation de l'alinéa 115(2)b, décider si le sens commun est compatible avec l'intention du législateur. Compte tenu du libellé de l'alinéa ainsi que de l'esprit de la Loi, le législateur voulait que le ministre prenne en considération la nature et la gravité des actes commis par la personne, et non par l'organisation criminelle dans l'ensemble. La raison logique de cette démarche est que le réfugié ne devrait pas être refoulé seulement parce qu'il est membre d'une organisation criminelle, sauf si les actes dans lesquels il a été impliqué justifient son renvoi. Cependant, le ministre peut tenir compte des actes commis par l'organisation criminelle s'il est démontré que le réfugié a été complice de ces actes, c'est-à-dire s'il y a des motifs raisonnables de croire que le réfugié a personnellement et sciemment participé à ces crimes. Le critère de la complicité consiste à se demander si le demandeur a participé personnellement et sciemment aux activités criminelles de l'organisation. Il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que le demandeur « a été complice ». Par conséquent, il convient d'interpréter l'alinéa 115(2)b comme s'il exigeait que le ministre tienne compte de la nature et de la gravité des actes commis par le demandeur lui-même et des actes commis par le gang A.K. Kannan auxquels le demandeur a participé personnellement et sciemment à titre de complice. Selon la norme de preuve servant à déterminer les actes commis par le demandeur aux fins de l'alinéa 115(2)b, le ministre doit avoir des motifs raisonnables de croire que le demandeur a commis les actes. Le ministre a estimé que le demandeur avait personnellement et sciemment participé à des activités criminelles du gang et qu'il était complice de ces actes criminels en droit.

Le ministre n'a pas omis de tenir compte du risque de persécution que le demandeur courait s'il était renvoyé au Sri Lanka. L'article 53 de l'ancienne Loi n'est pas sensiblement différent de l'article 115 de la Loi. En outre, le ministre parle, tout au long de son avis, du risque de persécution auquel le demandeur serait exposé s'il retournait au Sri Lanka et a tenu compte, dans son analyse, du risque de persécution pour les motifs prévus par la Convention auquel le demandeur serait exposé. Le demandeur ne risquant pas d'être persécuté, d'être torturé ou de faire l'objet d'autres mauvais traitements s'il était renvoyé au Sri Lanka, il n'était pas privé de sa vie, de sa liberté ou de la sécurité de sa personne au sens de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Cette demande était la première qui soulevait une question grave de portée générale concernant l'interprétation de l'alinéa 115(2)b à l'égard des personnes interdites de territoire pour criminalité organisée. Deux questions ont été certifiées.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

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

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 53 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 37, 115.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 33(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7; 46 Imm. L.R. (3d) 161; 2005 FC 355; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; (2005), 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *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.).

CONSIDERED:

Ragupathy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 1 F.C.R. 490; (2006), 53 Imm. L.R. (3d) 186; 350 N.R. 137; 2006 FCA 151; *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; 137 C.R.R. (2d) 20; 51 Imm. L.R. (3d) 17; 345 N.R. 73; 2005 FCA 436; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 B.C.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Nagalingam (2004), 41 Imm. L.R. (3d) 230; 2004 FC 1757; *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397; *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 250 D.L.R. (4th) 33; 269 F.T.R. 273; 46 Imm.

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. 7.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 33(1).

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f, 37, 115.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 490; 2006 CAF 151; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655; 2005 CAF 436; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Nagalingam, 2004 CF 1757; *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397; *Thanabalasingham c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 172; *Dadar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

L.R. (3d) 131; 2005 FC 172; *Dadar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 260; 2004 FC 1381; *Fabian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 244 F.T.R. 223; 39 Imm. L.R. (3d) 293; 2003 FC 1527; *Camara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 168; *Thampibillai v. The Netherlands*, Application No. 61350/00, European Court of Human Rights, judgment 17/2/2004; *Catal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1517.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto: Butterworths, 1974.
 U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2003, Sri Lanka*. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor. February 25, 2004.
 U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2004, Sri Lanka*, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, February 28, 2005.

APPLICATION for judicial review of an opinion issued by the Minister of Citizenship and Immigration pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* that the applicant, a Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada. Application dismissed.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman and *Andrew Brouwer* for applicant.
Bridget A. O’Leary and *Anshumala Juyal* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of the opinion of the Minister pursuant to paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee*

2004 CF 1381; *Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1527; *Camara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 168; *Thampibillai c. Pays-Bas*, n° de requête, 61350/00, Cour européenne des Droits de l’homme, jugement en date du 17-2-2004; *Catal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1517.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto : Butterworths, 1974.
 U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2003, Sri Lanka*. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 25 février 2004.
 U.S. Department of State. *Country Reports on Human Rights Practices — 2004, Sri Lanka*. Bureau of Democracy, Human Rights and Labor, 28 février 2005.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’un avis donné par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en application de l’alinéa 115(2)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* selon lequel le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas être présent au Canada. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Barbara L. Jackman et *Andrew Brouwer* pour le demandeur.
Bridget A. O’Leary et *Anshumala Juyal* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Jackman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE KELEN: Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire visant l’avis donné par le ministre en application de l’alinéa 115(2)b) de la *Loi sur*

Protection Act, S.C. 2001, c. 27 (the Act), that the applicant, a Convention refugee, should not be allowed to remain in Canada because:

1. he is inadmissible on grounds of organized criminality;
2. the nature and severity of acts committed justify refoulement under the Act; and
3. the applicant's removal would not subject him to a substantial risk of torture, cruel or unusual punishment or persecution.

[2] This application raises for the first time serious questions of general importance with respect to the refoulement or removal from Canada of refugees who have been found to be persons inadmissible on grounds of organized criminality.

BACKGROUND

[3] The applicant is a 32-year-old citizen of Sri Lanka. He came to Canada in August 1994 and applied for refugee status, which was granted in March 1995. He became a permanent resident of Canada in March 1997.

[4] On August 24, 2001, the applicant became the subject of a report under the former *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act), which alleged that he was inadmissible to Canada on grounds of organized criminality, namely being a member of the A.K. Kannan Tamil gang.

[5] On October 18, 2001, the applicant was arrested and detained based on the danger he represented to the public if released. On June 8, 2003, the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) ordered that the applicant be released on terms and conditions. However, that decision was quashed by Mr. Justice John O'Keefe on December 17, 2004 in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Nagalingam* (2004), 41 Imm. L.R. (3d) 230 (F.C.).

[6] On May 28, 2003, the Board found the applicant to be inadmissible to Canada for organized criminality

l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), selon lequel le demandeur, un réfugié au sens de la Convention, ne devrait pas être présent au Canada pour les motifs suivants :

1. il est interdit de territoire pour criminalité organisée;
2. la nature et la gravité des actes commis justifie qu'il soit refoulé en vertu de la Loi;
3. il ne sera pas exposé à un risque sérieux de torture, de peines cruelles ou inusitées ou de persécution s'il est renvoyé.

[2] La présente demande est la première à soulever des questions graves de portée générale concernant le refoulement ou le renvoi du Canada de réfugiés qui sont interdits de territoire pour criminalité organisée.

LE CONTEXTE

[3] Le demandeur est un citoyen du Sri Lanka âgé de 32 ans. Il est arrivé au Canada en août 1994 et s'est vu reconnaître le statut de réfugié en mars 1995. Il est devenu résident permanent en mars 1997.

[4] Le 24 août 2001, le demandeur a fait l'objet d'un rapport en application de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi), selon lequel il était interdit de territoire au Canada pour criminalité organisée parce qu'il était un membre du gang A.K. Kannan, un gang tamoul.

[5] Le 18 octobre 2001, le demandeur a été arrêté et placé en détention à cause du danger qu'il représentait pour le public. Le 8 juin 2003, la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a ordonné que le demandeur soit mis en liberté à certaines conditions. Cette décision a toutefois été annulée par le juge John O'Keefe le 17 décembre 2004 dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Nagalingam*, 2004 CF 1757.

[6] Le 28 mai 2003, la Commission a statué que le demandeur était interdit de territoire au Canada pour

under paragraph 37(1)(a) of the Act. The Board ordered that the applicant be deported. On October 12, 2004, Madam Justice Elizabeth Heneghan dismissed the applicant's application for judicial review of the Board's decision concerning his inadmissibility: *Nagalingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1397.

[7] On July 5, 2003, the respondents served notice on the applicant that a determination would be made under paragraph 115(2)(b) of the Act as to whether he should not be allowed to remain in Canada based on the nature and severity of the acts committed. The applicant provided submissions and evidence under cover letters dated August 8, 2003 and November 11, 2003.

[8] On July 20, 2004, the respondents sent the applicant a document titled "Request for Minister's Opinion" dated July 13, 2004. The applicant was invited to provide further submissions on the material disclosed. The applicant provided further submissions and evidence on August 3, 2004.

THE DECISION UNDER REVIEW

[9] On October 4, 2005, the respondents issued the opinion of the Minister pursuant to paragraph 115(2)(b). The Minister first considered "the nature and severity of the acts committed", and then assessed the applicant's risk of torture or to cruel or unusual treatment or punishment or persecution, as the Federal Court of Appeal recognized in *Ragupathy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 490, at paragraphs 16-19, is required under section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[10] In his opinion, the Minister found that the applicant was a member of the A.K. Kannan gang and involved in its criminal activities. He found that the gang had been involved in significant and serious criminal

criminalité organisée en application de l'alinéa 37(1)a) de la Loi et a ordonné son expulsion. Le 12 octobre 2004, la juge Elizabeth Heneghan a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur relativement à l'interdiction de territoire prononcée par la Commission : *Nagalingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1397.

[7] Le 5 juillet 2003, les défendeurs ont avisé le demandeur qu'une décision serait rendue sur sa présence au Canada en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la Loi, compte tenu de la nature et de la gravité des actes commis. Le demandeur a présenté des observations et des éléments de preuve avec des lettres d'accompagnement datées du 8 août 2003 et du 11 novembre 2003.

[8] Le 20 juillet 2004, les défendeurs ont fait parvenir au demandeur un document intitulé « Demande d'avis du ministre » daté du 13 juillet 2004. Le demandeur a été invité à présenter d'autres observations sur les renseignements divulgués, ce qu'il a fait, en plus de produire des éléments de preuve additionnels, le 3 août 2004.

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[9] Le 4 octobre 2005, les défendeurs ont délivré l'avis visé à l'alinéa 115(2)b). Le ministre a d'abord considéré la nature et la gravité des actes commis et, ensuite, le risque de torture, de traitements ou peines cruels ou inusités ou de persécution auquel le demandeur serait exposé. La Cour d'appel fédérale a mentionné dans *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 490, aux paragraphes 16 et 19, que cet examen est exigé par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[10] Dans son avis, le ministre mentionnait que le demandeur était un membre du gang A.K. Kannan et était impliqué dans les activités criminelles de celui-ci. Selon le ministre, ce gang s'était livré à des activités

activity against civilians and a rival VVT gang. These activities included murder, attempted murder, human trafficking, extortion, drug trafficking, credit card fraud, welfare fraud, weapons trafficking, robbery, kidnapping, and the intimidation of witnesses in criminal proceedings.

[11] The opinion of the Minister pursuant to paragraph 115(2)(b) of the Act detailed criminal convictions, criminal charges and “occurrence reports” with respect to the applicant. The information included:

1. three criminal convictions, two of which resulted in imprisonment for short periods of time;
2. criminal charges for being in possession of a meat cleaver and concealment of the weapon (the meat cleaver), intimidation of witnesses from testifying in criminal proceedings, and assault; and
3. being shot at five times following his departure from a correctional institution and the applicant’s vehicle being fired upon while his spouse and child were in the car.

[12] The Minister referred specifically to the acts committed by A.K. Kannan gang. The Minister stated as a fact that the A.K. Kannan gang has been involved in significant and serious criminal activity including violence. The opinion quotes from a Toronto Police report which states that the A.K. Kannan gang, and a rival gang, “are involved in criminal acts including murders, attempted murders, serious assaults, extortions, kidnappings, frauds, drugs and weapons offences.” At paragraph 16, the Minister’s opinion stated:

In terms of the nature and severity of the acts committed, the evidence shows the existence of facts supporting Mr. Nagalingam’s membership in and involvement in the criminal activities of the A.K. Kannan, the fact that Tamil gangs, including the A.K. Kannan, pose a unique and pressing threat to Canadian society, and the fact that the A.K. Kannan has been involved in significant and serious criminal activity

criminelles graves contre des civils et contre le VVT, un gang rival, notamment des meurtres, des tentatives de meurtre, du trafic d’êtres humains, des extorsions, du trafic de drogues, des fraudes de carte de crédit, des fraudes touchant l’aide sociale, du trafic d’armes, des vols qualifiés, des enlèvements et de l’intimidation de personnes devant témoigner lors de procès criminels.

[11] Dans son avis, le ministre a décrit en détail, en conformité avec l’alinéa 115(2)b) de la Loi, les condamnations criminelles, les accusations criminelles et les « rapports sur l’incident » concernant le demandeur. Il a rappelé notamment :

1. que le demandeur a été déclaré coupable de trois infractions criminelles, dont deux ont entraîné de courtes périodes d’emprisonnement;
2. qu’il a été accusé d’avoir eu en sa possession un couperet à viande et d’avoir dissimulé une arme (le couperet à viande), d’intimidation de personnes devant témoigner lors de procès criminels et de voies de fait;
3. qu’il a reçu cinq coups de feu après sa sortie d’un établissement correctionnel et que l’on a tiré sur sa voiture alors que son épouse et son enfant s’y trouvaient.

[12] Le ministre a fait explicitement référence aux actes commis par le gang A.K. Kannan. Il a affirmé que le gang A.K. Kannan a été impliqué dans des activités criminelles graves, dont certaines comportaient de la violence. Il a cité un rapport de la police de Toronto selon lequel le gang A.K. Kannan et un gang rival [TRADUCTION] « sont impliqués dans des actes criminels, notamment des meurtres, des tentatives de meurtre, des voies de fait graves, des extorsions, des enlèvements, des fraudes, ainsi que des infractions relatives aux drogues et aux armes ». Le ministre a écrit ce qui suit au paragraphe 16 de son avis :

[TRADUCTION] En ce qui concerne la nature et la gravité des actes commis, la preuve fait ressortir des faits qui montrent que M. Nagalingam appartenait au gang A.K. Kannan, qu’il a participé aux activités criminelles de ce groupe, que des gangs tamouls, dont le gang A.K. Kannan, constituent un danger unique et très préoccupant pour la société canadienne et que le gang A.K. Kannan a été impliqué dans des activités

against civilians and a rival gang (i.e. the VVT), including violence.

[13] The Minister concluded that the nature and severity of the acts committed by the applicant's gang were "serious and significant," and that the applicant's risk of harm upon return to Sri Lanka was a mere possibility. The Minister further considered the applicant's humanitarian and compassionate considerations, including the presence of his common-law spouse, Canadian-born child and other family members in Canada. The Minister concluded that, given that the applicant did not face a substantial risk of torture, a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment, and that the applicant's humanitarian and compassionate considerations did not warrant favourable consideration, the nature and severity of the acts committed were determinative and, as such, the applicant should not be allowed to remain in Canada.

PROCEDURAL HISTORY

[14] On October 25, 2005, the applicant filed this application for leave and judicial review contesting the Minister's opinion. On November 16, 2005, the applicant applied for a stay of the execution of his removal order, which was scheduled to be executed on December 5, 2005.

[15] On December 2, 2005, Madam Justice Eleanor Dawson issued a decision dismissing the stay motion. Dawson J. found that there was a serious issue concerning whether the Minister properly considered the phrase "the nature and severity of acts committed" in paragraph 115(2)(b). However, Dawson J. found that the evidence did not establish that the applicant would face irreparable harm if removed to Sri Lanka.

[16] The applicant brought a second motion for a stay on December 4, 2005 before the Ontario Superior Court of Justice. On December 5, 2005, Mr. Justice Wilson issued a decision concluding that the Court should neither assume jurisdiction nor grant the injunctive relief sought by the applicant. The respondents' cross-motion for a permanent stay of the proceedings was granted. The applicant was removed from Canada the same day.

criminelles graves contre des civils et un gang rival (le VVT), dont certaines comportaient de la violence.

[13] Le ministre a conclu que les actes commis par le gang du demandeur étaient [TRADUCTION] « graves » et qu'il n'existait qu'une simple possibilité que le demandeur subisse un préjudice au Sri Lanka. Le ministre a aussi examiné les motifs d'ordre humanitaire invoqués par le demandeur, notamment la présence, au Canada, de sa conjointe de fait, de son enfant né au Canada et d'autres membres de sa famille. Il a conclu que, étant donné que le demandeur ne courait pas un risque sérieux d'être torturé ou tué ou de faire l'objet de traitements ou de peines cruels et inusités et que les motifs d'ordre humanitaire qu'il invoquait ne justifiaient pas une décision favorable, la nature et la gravité des actes commis étaient déterminantes et, en conséquence, le demandeur ne devrait pas être présent au Canada.

L'HISTORIQUE DES INSTANCES

[14] Le 25 octobre 2005, le demandeur a déposé la présente demande d'autorisation et de contrôle judiciaire dans le but de contester l'avis du ministre. Le 16 novembre suivant, il a demandé qu'il soit sursis à l'exécution de son renvoi, lequel avait été fixé au 5 décembre 2005.

[15] Le 2 décembre 2005, la juge Eleanor Dawson a rejeté la demande de sursis. La juge Dawson était d'avis que la question de savoir si le ministre avait correctement interprété les mots « la nature et la gravité de ses actes passés » employés à l'alinéa 115(2)b) était une question grave. Elle a cependant conclu que la preuve ne démontrait pas que le demandeur risquait de subir un préjudice irréparable s'il était renvoyé au Sri Lanka.

[16] Le demandeur a présenté à la Cour supérieure de justice de l'Ontario une deuxième demande de sursis le 4 décembre 2005. Le lendemain, le juge Wilson a conclu que la Cour ne devait pas se déclarer compétente ni accorder l'injonction demandée par le demandeur. Il a fait droit à la demande incidente présentée par les défendeurs afin d'obtenir la suspension permanente de l'instance. Le demandeur a été renvoyé du Canada le même jour.

ISSUES

[17] This application raises the following issues:

1. Did the Minister err in concluding that the applicant's removal to Sri Lanka would not expose him to a substantial risk of torture or a risk to life or to cruel and unusual treatment or punishment?
2. If, in the preparation of an opinion under paragraph 115(2)(b), the Minister finds that a refugee who is inadmissible on grounds of organized criminality does not face a risk of persecution, torture, cruel and unusual punishment or treatment upon return to his country of origin, does such a finding render unnecessary the Minister's consideration of the "nature and severity of acts committed" under paragraph 115(2)(b)?
3. Did the Minister err in interpreting paragraph 115(2)(b) by considering the "nature and severity of the acts committed" by the criminal organization as opposed to the applicant personally?
4. Did the Minister err in failing to consider the applicant's risk of persecution?
5. Does paragraph 115(2)(b) target non-citizens in a manner that is contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

STANDARD OF REVIEW

[18] With respect to factual findings, the Minister is entitled to considerable deference in light of his relative expertise in assessing risk of harm and the severity of acts committed. As the Supreme Court of Canada held in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 41, the Court should not reweigh the factors considered by the Minister provided that the decision is not patently unreasonable. The Court's determination of the standard of review in *Suresh* was based on the danger opinion provisions under paragraph 53(1)(b) [as am. by S.C.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[17] La présente demande soulève les questions suivantes :

1. Le ministre a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé au Sri Lanka?
2. Si, lorsqu'il rédige l'avis visé à l'alinéa 115(2)b), le ministre constate que le réfugié qui est interdit de territoire pour criminalité organisée ne risque pas la persécution, la torture ou des peines ou traitements cruels et inusités à son retour dans son pays d'origine, doit-il tout de même tenir compte de la nature et la gravité des actes commis, conformément à l'alinéa 115(2)b)?
3. Le ministre a-t-il commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 115(2)b) en tenant compte de la nature et la gravité des actes commis par l'organisation criminelle et non par le demandeur lui-même?
4. Le ministre a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du risque de persécution auquel le demandeur serait exposé?
5. L'alinéa 115(2)b) vise-il les non-citoyens d'une manière qui contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

LA NORME DE CONTRÔLE

[18] Les conclusions de fait du ministre doivent faire l'objet d'une grande déférence en raison de l'expertise de ce dernier quant à l'examen des risques de préjudice et la gravité des actes commis. Comme la Cour suprême du Canada l'a statué dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 41, la Cour ne doit pas soupeser de nouveau les facteurs pris en considération par le ministre, à moins que la décision ne soit manifestement déraisonnable. La Cour suprême s'est appuyée sur les dispositions relatives à l'avis de danger figurant à

1992, c. 49, s. 43] of the former Act. The same level of deference should apply to a Minister's opinion issued under section 115 of the current Act: *Thanabalasingham v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 250 D.L.R. (4th) 33 (F.C.) 172; *Dadar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 42 Imm. L.R. (3d) 260 (F.C.); *Fabian v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 244 F.T.R. 223 (F.C.).

[19] With respect to questions of law, the Minister enjoys no expertise relative to the reviewing Court, and a standard of correctness applies.

RELEVANT LEGISLATION

[20] The legislation relevant to this application is as follows:

1. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44];
2. *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27; and
3. *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[21] The key provision of this legislation are sections 37 and 115 of the Act, which provide as follows:

37. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

l'alinéa 53(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43] de l'ancienne Loi pour déterminer la norme de contrôle dans *Suresh*. Il faut faire preuve de la même déférence à l'égard de l'avis du ministre visé à l'article 115 de la Loi : *Thanabalasingham c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 172; *Dadar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1381; *Fabian c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1527.

[19] En ce qui concerne les questions de droit, le ministre ne possède aucune expertise particulière comparativement à la Cour de révision, et la norme de la décision correcte s'applique.

LES LOIS APPLICABLES

[20] Les lois suivantes sont pertinentes en l'espèce :

1. 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];
2. la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27;
3. la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2.

[21] Les dispositions clés en l'espèce sont les articles 37 et 115 de la Loi :

37.(1) Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d'un tel plan;

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or money laundering.

(2) The following provisions govern subsection (1):

(a) subsection (1) does not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest; and

(b) paragraph (1)(a) does not lead to a determination of inadmissibility by reason only of the fact that the permanent resident or foreign national entered Canada with the assistance of a person who is involved in organized criminal activity.

...

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

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

ANALYSIS

Preliminary issue: Affidavit of Professor Rudramoorthy Cheran

[22] At the outset of the hearing, the parties made submissions with respect to an affidavit sworn by Professor Rudramoorthy Cheran. As I indicated at the hearing, this affidavit is not relevant to the arguments under section 7 of the Charter or with respect to the removal of the applicant under paragraph 115(2)(b) of

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

(2) Les dispositions suivantes régissent l'application du paragraphe (1) :

a) les faits visés n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

b) les faits visés à l'alinéa (1)a) n'emportent pas interdiction de territoire pour la seule raison que le résident permanent ou l'étranger est entré au Canada en ayant recours à une personne qui se livre aux activités qui y sont visées.

[. . .]

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

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

ANALYSE

Question préliminaire : Affidavit du professeur Rudramoorthy Cheran

[22] Au début de l'audience, les parties ont présenté des observations relativement à l'affidavit du professeur Rudramoorthy Cheran. Comme je l'ai dit à l'audience, cet affidavit n'est pas pertinent au regard de l'article 7 de la Charte ou du renvoi du demandeur en vertu de l'alinéa 115(2)b) de la Loi. Il est devenu évident, au

the Act. It became clear during the course of the hearing that there was nothing in this affidavit upon which the applicant sought to rely. Accordingly, the admissibility of this affidavit became a non-issue.

Issue No. 1: Did the Minister err in concluding that the applicant's removal to Sri Lanka would not expose him to a substantial risk of torture or a risk to life or to cruel and unusual treatment or punishment?

[23] The applicant argues that the Minister ignored or misinterpreted the evidence relating to the risk faced by the applicant in Sri Lanka. In particular, the applicant argues that the Minister:

a. failed to give any weight to the finding of the Convention Refugee Determination Division (CRDD) that the applicant is a Convention refugee;

b. misinterpreted and selectively read the 2003 and 2004 U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights Practices for Sri Lanka*;

c. relied on irrelevant evidence;

d. ignored or misinterpreted the applicant's personal circumstances and personal risk upon return to Sri Lanka; and

e. ignored relevant portions of the evidence submitted by the applicant on November 11, 2003 and August 3, 2004.

a. Did the Minister fail to give weight to the CRDD's finding that the applicant is a Convention refugee?

[24] With respect to the applicant's first objection, the Minister specifically considered the applicant's status as a refugee at paragraph 39 of his opinion:

cours de l'audience, que le demandeur ne cherchait pas à s'appuyer sur cet affidavit. La question de l'admissibilité de cet affidavit ne se pose donc plus.

Question n° 1 : Le ministre a-t-il commis une erreur lorsqu'il a conclu que le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités s'il était renvoyé au Sri Lanka?

[23] Le demandeur prétend que le ministre a négligé d'examiner ou a mal interprété la preuve relative au risque auquel il serait exposé au Sri Lanka. Il prétend plus particulièrement que le ministre :

a. a omis d'accorder de l'importance au fait que la Section du statut de réfugié (SSR) lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention;

b. a mal interprété les rapports du Département d'État américain sur le Sri Lanka pour 2003 et 2004 [*Country Reports on Human Rights Practices*] et en a fait une lecture sélective;

c. s'est appuyé sur des éléments de preuve non pertinents;

d. n'a pas pris en considération ou a mal interprété la situation personnelle du demandeur et le risque auquel il serait personnellement exposé s'il était renvoyé au Sri Lanka;

e. n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents présentés par le demandeur le 11 novembre 2003 et le 3 août 2004.

a. Le ministre a-t-il omis d'accorder de l'importance au fait que la SSR a reconnu au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention?

[24] En ce qui concerne le premier motif de contestation du demandeur, le ministre, au paragraphe 39 de son avis, a expressément tenu compte du fait que ce dernier était un réfugié :

I note that Mr. Nagalingam left Sri Lanka in 1994, some ten years ago when he was 21 years of age. I certainly acknowledge that Mr. Nagalingam was found to be a Convention refugee by the CRDD, however, this decision was rendered in 1995, some ten years ago. In my view, conditions in Sri Lanka are vastly different than when Mr. Nagalingam left that country for Canada in 1994, and when he was found to be a Convention refugee in 1995. In my view, the conditions in Sri Lanka today demonstrate a change of circumstances as outlined on page 3 of Mr. Nagalingam's lawyer's letter dated August 3, 2004 in that they are "significant". [Emphasis added.]

[25] It cannot be said that the Minister failed to give any weight to the CRDD's determination. The Minister acknowledged the applicant's refugee status. However, as the Minister's opinion states, having Convention refugee status does not conclusively determine the issue of whether there is a substantial risk of torture or persecution several years after the refugee status is granted. The Minister reviewed the available evidence to determine whether the current country conditions in Sri Lanka gave rise to a present substantial risk of harm. He clearly explained the reasons why he chose not to rely on the CRDD's determination made ten years earlier. As the Court held in *Camara v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 168, the fact that the CRDD considered a person to be at risk in the past does not establish that he is still at risk several years in the future. Accordingly, there is no merit to the applicant's objection that the Minister failed to give weight to the CRDD's determination.

b. Did the Minister ignore relevant evidence?

[26] The applicant argues that the Minister ignored relevant evidence contained within the 2003 and 2004 U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights Practices for Sri Lanka*. In particular, the applicant argues that the Minister ignored several findings including those that the "military and police reportedly tortured, killed and raped detainees," the state conducted "arbitrary arrests," and that the Liberation Tigers of Tamil Eelan [LTTE] committed "serious human rights abuses."

[TRADUCTION] Je constate que M. Nagalingam a quitté le Sri Lanka en 1994, soit il y a une dizaine d'années, à l'âge de 21 ans. Je reconnais absolument que la SSR a accordé le statut de réfugié à Mr. Nagalingam, mais cette décision a été rendue en 1995, il y a dix ans environ. À mon avis, la situation qui prévaut au Sri Lanka est très différente de celle qui existait lorsque M. Nagalingam a quitté ce pays pour venir au Canada en 1994 et lorsqu'il s'est vu reconnaître le statut de réfugié en 1995. À mon avis, la situation existant au Sri Lanka aujourd'hui montre que les circonstances ont changé, ainsi que le souligne l'avocat de M. Nagalingam à la page 3 de la lettre datée du 3 août 2004, en ce sens qu'il s'agit d'un changement « marqué ». [Non souligné dans l'original.]

[25] On ne peut pas dire que le ministre a omis d'accorder de l'importance à la décision de la SSR. Le ministre a reconnu que le demandeur était un réfugié. Comme il l'a écrit dans son avis cependant, le fait qu'une personne a obtenu le statut de réfugié ne règle pas la question de savoir si elle court un risque sérieux de torture ou de persécution plusieurs années plus tard. Le ministre a examiné la preuve dont il disposait pour déterminer si le demandeur courait un risque sérieux de préjudice à cause de la situation prévalant au Sri Lanka. Il a clairement expliqué pourquoi il a choisi de ne pas s'appuyer sur la décision rendue par la SSR dix ans plus tôt. Comme la Cour l'a affirmé dans *Camara c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 168, le fait que la SSR a considéré qu'une personne était en danger dans le passé ne signifie pas qu'elle l'est toujours des années plus tard. Par conséquent, la prétention du demandeur selon laquelle le ministre a omis d'accorder de l'importance à la décision de la SSR n'est pas fondée.

b. Le ministre a-t-il omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents?

[26] Le demandeur soutient que le ministre a omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents contenus dans les rapports du Département d'État américain sur le Sri Lanka pour 2003 et 2004. Il prétend en particulier que le ministre a négligé de prendre en considération plusieurs conclusions, notamment celles selon lesquelles [TRADUCTION] « l'armée et la police auraient torturé, tué et violé des détenus », l'État a procédé à des [TRADUCTION] « arrestations arbitraires » et les Tigres de libération de l'Eelam Tamoul (TLET) ont commis

[27] At pages 12 to 17 of the opinion, the Minister provides a summary of the relevant information contained within the U.S. Department of State *Country Reports on Human Rights Practices for Sri Lanka* for 2003 and 2004. It is true that the Minister did not repeat in his opinion all of the evidence available to him in these reports. However, I am not persuaded that the Minister ignored relevant evidence.

[28] The evidence before the Minister was voluminous and it would be unreasonable to require that he address or quote comprehensively from each portion of each piece of evidence that was before him. Nor do I find that the Minister was unduly selective in his consideration of the evidence. Within paragraph 40 of his opinion, the Minister identified the salient points that have been raised by the applicant: he referred on page 13 to the fact that “the military and police reportedly tortured, killed and raped detainees.” He acknowledged the reports of arbitrary arrest within the same summary. He also noted that “[v]iolence against religious minorities increased, and institutionalized ethnic discrimination against Tamils remained a problem” and that “[t]he LTTE continued to commit serious human rights abuses.” Contrary to the applicant’s submission, the Minister’s opinion includes a thorough review of the evidence including the facts which the applicant argues were ignored by the Minister. The applicant’s challenge to the Minister’s factual findings on the basis that he ignored relevant evidence cannot succeed. Therefore the factual findings of the Minister are not patently unreasonable on the basis that he ignored relevant evidence.

c. Did the Minister rely on irrelevant evidence?

[29] The applicant argues that the Minister relied on irrelevant evidence, categorized by the applicant as follows: (i) evidence regarding the relative peacefulness of recent elections; (ii) public political statements in

[TRADUCTION] « de graves violations des droits de la personne ».

[27] Aux pages 12 à 17 de son avis, le ministre résume les renseignements pertinents contenus dans les rapports du Département d’État américain sur le Sri Lanka pour 2003 et 2004. Il est vrai que le ministre n’a pas mentionné dans son avis tous les éléments de preuve figurant dans ces rapports. Je ne suis toutefois pas convaincu qu’il a omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents.

[28] Le ministre disposait d’une preuve volumineuse et il serait déraisonnable d’exiger qu’il traite de manière exhaustive de chaque partie de chaque élément de preuve qui lui a été présenté. Par ailleurs, je ne pense pas que le ministre a examiné la preuve de manière trop sélective. Au paragraphe 40 de son avis, il a fait ressortir les points fondamentaux soulevés par le demandeur : il a fait référence, à la page 13, au fait que [TRADUCTION] « l’armée et la police auraient torturé, tué et violé des détenus »; il a reconnu au même paragraphe que des arrestations arbitraires avaient été signalées; il a mentionné que [TRADUCTION] « [l]a violence exercée contre les minorités religieuses s’est accrue et la discrimination ethnique institutionnalisée dont les Tamouls sont l’objet constitue toujours un problème » et que [TRADUCTION] « [l]es TLET ont continué de commettre de graves violations des droits de la personne ». Contrairement à ce que le demandeur prétend, le ministre a, dans son avis, passé toute la preuve en revue, notamment les faits dont, selon le demandeur, il n’aurait pas tenu compte. La Cour ne peut donner raison au demandeur lorsqu’il conteste les conclusions de fait tirées par le ministre au motif que ce dernier a omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents. Aussi, les conclusions de fait du ministre ne sont pas manifestement déraisonnables au motif qu’il a omis de tenir compte d’éléments de preuve pertinents.

c. Le ministre s’est-il appuyé sur des éléments de preuve non pertinents?

[29] Le demandeur prétend que le ministre s’est appuyé sur des éléments de preuve non pertinents pour conclure qu’il ne serait pas en danger s’il était renvoyé au Sri Lanka, plus précisément : i) des éléments de

support of the peace process; and (iii) a European Court decision finding that in the “particular circumstances of [that] case” it had not been established that the individual, a Tamil male, would face substantial risk of torture in Sri Lanka, to support his conclusion that the applicant would not be at risk if returned.

[30] Evidence relating to recent elections and the peace process, while not determinative of current conditions in a country or the risk faced by a particular applicant if returned to that country, is relevant to the Minister’s factual inquiry. With respect to the Minister’s reference to the judgment of the European Court of Human Rights in *Thampibillai v. The Netherlands* [application No. 61350/00, judgment 17/2/2004], it would not be appropriate for the Minister to base his conclusion regarding the applicant’s risk of torture if returned to Sri Lanka on this decision. However, it is clear from the Minister’s reasons for decision that his reference to the European Court’s judgment was simply *obiter*. I do not agree that the Minister’s decision is patently unreasonable on account of the Minister’s consideration of any of the evidence identified by the applicant. The applicant’s challenge on this basis must fail.

d. Did the Minister ignore or misinterpret the applicant’s personal circumstances and personal risk upon return to Sri Lanka?

[31] The applicant argues that the Minister ignored or misinterpreted the evidence regarding the applicant’s personal circumstances and personal risk if returned to Sri Lanka. Specifically, the applicant argues that the Minister misconstrued evidence relating to the public allegations about the applicant, his connection to the A.K. Kannan gang, and A.K. Kannan’s alleged connection to the LTTE. Instead, the applicant argues, the Minister relied selectively on evidence supporting the conclusion that Tamil returnees are generally not at

preuve concernant le calme relatif dans lequel les élections s’étaient récemment déroulées; ii) des déclarations politiques publiques au soutien du processus de paix; iii) une décision de la Cour européenne selon laquelle il n’avait pas été établi, [TRADUCTION] « dans les circonstances particulières de l’affaire », que l’intéressé, un Tamoul, serait exposé à un risque sérieux de torture au Sri Lanka.

[30] Bien qu’elle ne soit pas déterminante au regard de la situation qui prévaut dans un pays ou du risque auquel serait exposé un demandeur particulier s’il était renvoyé dans ce pays, la preuve relative aux élections récentes et au processus de paix peut être prise en compte par le ministre dans son examen des faits. En ce qui concerne le renvoi du ministre au jugement rendu par la Cour européenne des droits de l’homme dans *Thampibillai c. Pays-Bas* [n° de requête 61350/00, jugement en date du 17-2-2004], il ne conviendrait pas que le ministre fonde sur ce jugement sa conclusion concernant le risque de torture auquel le demandeur serait exposé s’il était renvoyé au Sri Lanka. Il ressort clairement, toutefois, des motifs de sa décision que le ministre a simplement fait référence de manière incidente au jugement de la Cour européenne. J’estime que la décision du ministre n’est pas manifestement déraisonnable compte tenu du fait que le ministre a pris en considération tous les éléments de preuve mentionnés par le demandeur. Le demandeur ne peut avoir gain de cause sur ce point.

d. Le ministre a-t-il omis de prendre en considération ou mal interprété la situation personnelle du demandeur et le risque auquel il serait personnellement exposé s’il était renvoyé au Sri Lanka?

[31] Le demandeur prétend que le ministre a omis de prendre en considération ou a mal interprété la preuve concernant sa situation personnelle et le risque auquel il serait personnellement exposé s’il était renvoyé au Sri Lanka. Il soutient plus précisément que le ministre a mal interprété la preuve relative aux allégations publiques le concernant et concernant également ses liens avec le gang A.K. Kannan et les prétendus liens entre ce gang et les TLET. Il fait valoir que le ministre n’a plutôt retenu que les éléments de preuve qui lui permettaient

risk in Sri Lanka.

[32] The applicant's objection on this ground relates to the Minister's treatment of evidence as described in paragraph 45 of his opinion:

Much concern has been expressed over the treatment that would be accorded to returning deportees. In particular, Mr. Nagalingam has indicated that as a result of his being associated with the A.K. Kannan gang which is associated with the LTTE, he expects to be targeted for adverse treatment should he be returned to Sri Lanka. In connection with this fear, I take cognizance of the material from the Research Directorate of the [Board] dated August 5, 2003 . . . indicating that in fact this is not the case for persons returning in possession of the necessary documentation—which would be the situation for Mr. Nagalingam. I quote as follows: "To the best of our knowledge, allegations that returnees to Sri Lanka, i.e. deportees and failed asylum seekers, are tortured on return is a complete fabrication. There is a well established procedure for dealing with returnees, which we have discussed on several occasions with senior level[s] of the Ministry of Interior. Although standard procedure is for deportees to be routinely referred to the Airport Division of the Criminal Investigation Division (CID) for interview on return, in our experience there are no arbitrary detentions without due process, and certainly no torture. Returnees who do not have pending arrest warrants or active charges in Sri Lanka are simply released." Further "Some deportees are questioned for a short period and then allowed to leave the airport; others are not questioned at all"—this was information received from the United Nations High Commissioner for Refugees in Sri Lanka. That article also revealed that the Swiss government operated a "safe house" to assist returnees in become re-integrated into Sri Lanka—however, this house was closed due to a lack of use. A review of the material before me does not indicate that an arrest warrant for Mr. Nagalingam exists in Sri Lanka or that he would be of any overriding interest to Sri Lankan authorities. [Emphasis added.]

[33] As the excerpt above indicates, the Minister considered information generally applicable to Tamil returnees but also applied this information to the particular circumstances of the applicant. Nothing in my review of the evidence indicates that the Minister's

de conclure que les Tamouls qui retournent au Sri Lanka ne sont généralement pas en danger dans ce pays.

[32] La contestation du demandeur fondée sur ce motif concerne la façon dont le ministre a traité la preuve, qui est décrite au paragraphe 45 de son avis :

[TRADUCTION] Beaucoup de questions ont été soulevées quant au traitement qui serait accordé aux personnes expulsées qui retournent au Sri Lanka. Plus particulièrement, M. Nagalingam a affirmé qu'il s'attend à ce qu'on s'en prenne à lui s'il est renvoyé au Sri Lanka à cause de ses liens avec le gang A.K. Kannan, lequel est associé aux TLET. En ce qui concerne cette crainte, j'ai pris connaissance du document daté du 5 août 2003, publié par la Direction des recherches de la [Commission], [. . .] selon lequel ce n'est pas le cas des personnes qui retournent au Sri Lanka munies des documents nécessaires—comme le ferait M. Nagalingam. Je cite : « À notre connaissance, les allégations selon lesquelles les émigrants de retour au Sri Lanka, c.-à-d. des expulsés et des demandeurs d'asile déboutés, sont torturés à leur retour ne sont que pure fabrication. Il existe à leur intention une procédure bien définie, dont nous avons parlé à de nombreuses reprises avec le(s) niveau(x) supérieur(s) du ministère de l'Intérieur. Bien que la procédure habituelle consiste à envoyer les expulsés à la section aéroportuaire du Département des enquêtes criminelles (Criminal Investigation Division - CID) pour qu'ils soient interrogés à leur retour, d'après notre expérience, il n'y a aucune détention arbitraire sans procédure légale, et assurément aucune torture. Les émigrants de retour qui n'ont aucun mandat d'arrestation ou aucune accusation en instance au Sri Lanka sont simplement mis en liberté. » En outre, « [o]n interroge de manière brève certains expulsés avant de les autoriser à quitter l'aéroport, alors que d'autres expulsés ne sont pas du tout interrogés ». Cette information a été communiquée par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) au Sri Lanka. L'article révélait également que le gouvernement suisse exploitait un « refuge » pour aider les émigrants de retour à se réintégrer au Sri Lanka—ce refuge a toutefois été fermé parce qu'il était très peu utilisé. Les documents dont je dispose n'indiquent pas que M. Nagalingam fait l'objet d'un mandat d'arrestation au Sri Lanka ou que les autorités s'intéressent à lui de façon prioritaire. [Non souligné dans l'original.]

[33] Comme l'extrait ci-dessus le montre, le ministre a pris en considération l'information qui s'appliquait de manière générale aux Tamouls qui retournent au Sri Lanka, mais il a aussi appliqué cette information à la situation particulière du demandeur. J'ai examiné la

treatment of the evidence was unduly selective or capricious. Based on the evidence available to the Minister, I conclude that it was open to Minister to make the factual findings he did with respect to the applicant's personal circumstances and risk upon return to Sri Lanka.

[34] The applicant also referred the Court to the submissions and evidence he provided to the Minister on August 8, 2003. At that time, the applicant stated that he was not a member of the A.K. Kannan group and that the public allegations of his membership put him at risk in the event that he was returned to Sri Lanka. At paragraphs 16 and 17 of his opinion, the Minister addresses the evidence establishing the applicant's membership and involvement in the A.K. Kannan gang. This evidence includes a recorded and transcribed conversation between police officers and an informant identifying the applicant as a member of the gang, the Board's previous decision concluding that the applicant was a member, and the Federal Court judgment which upheld the Board's decision on judicial review. The Minister's opinion thoroughly sets out his reasons for preferring certain portions of evidence to others where conflicts existed. It was open to the Minister to accept, reject and weigh the evidence before him. Upon reviewing the evidence before the Minister, I cannot conclude that his treatment of the evidence was patently unreasonable.

- e. Did the Minister ignore relevant portions of the evidence submitted by the applicant on November 11, 2003 and August 3, 2004?

[35] The applicant argues that the Minister ignored "the majority of the human rights evidence put before him by counsel on November 11, 2003 and August 3, 2004." The respondents submit that decision makers are presumed to have weighed and considered all of the evidence before them unless the contrary is shown and that the applicant has provided no evidence to rebut this presumption.

[36] The evidence submitted by the applicant is

preuve et rien ne me permet de croire que le ministre l'a traitée de manière trop sélective ou arbitraire. Compte tenu de la preuve dont il disposait, le ministre pouvait tirer les conclusions de fait auxquelles il est arrivé relativement à la situation personnelle du demandeur et au risque auquel il serait exposé s'il était renvoyé au Sri Lanka.

[34] Le demandeur a aussi attiré l'attention de la Cour sur les observations et les éléments de preuve qu'il a présentés au ministre le 8 août 2003. À l'époque, le demandeur soutenait qu'il n'était pas un membre du gang A.K. Kannan et qu'il serait en danger s'il était renvoyé au Sri Lanka à cause des allégations publiques concernant son appartenance à ce gang. Le ministre traite, aux paragraphes 16 et 17 de son avis, de la preuve établissant l'appartenance du demandeur au gang A.K. Kannan et de son rôle au sein de celui-ci. Il s'agit notamment de l'enregistrement et de la transcription d'une conversation entre des policiers et un informateur qui affirme que le demandeur est un membre du gang, de la décision de la Commission selon laquelle le demandeur appartenait au gang et du jugement de la Cour fédérale confirmant cette décision dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Le ministre expose de manière exhaustive dans son avis les raisons pour lesquelles il a préféré certains éléments de preuve à d'autres qui les contredisaient. Le ministre pouvait accepter, rejeter et soupeser la preuve qui lui avait été présentée. Ayant examiné cette preuve, je ne peux conclure que le traitement qu'en a fait le ministre était manifestement déraisonnable.

- e. Le ministre a-t-il omis de tenir compte d'éléments de preuve pertinents présentés par le demandeur le 11 novembre 2003 et le 3 août 2004?

[35] Le demandeur soutient que le ministre a omis de tenir compte de [TRADUCTION] « la plus grande partie de la preuve concernant les droits de la personne qui lui a été présentée par son avocat le 11 novembre 2003 et le 3 août 2004 ». Les défendeurs font valoir que, jusqu'à preuve du contraire, les décideurs sont présumés avoir soupesé et examiné toute la preuve dont ils sont saisis et que le demandeur n'a produit aucune preuve pour réfuter cette présomption.

[36] Le demandeur a produit une preuve volumi-

encyclopaedic in its scope. In the one-page cover letter dated November 11, 2003, the applicant's counsel summarized the 30 attached pages of attached information as follows:

As you can see from the attached documentary evidence, the situation in Sri Lanka is very grave. The president of Sri Lanka has suspended the Parliament and taken control of key areas of the government: the Ministry of Defence, the Ministry of Interior and the Ministry of Mass Communications. The President, Ms. Chandrika Kumaratunga, has also declared a state of emergency. This has put on hold and seriously jeopardized the peace process in Sri Lanka. The present situation, together with the evidence before you of ongoing harassment, persecution, mistreatment and torture of Tamils shows that Mr. Nagalingam is at risk of persecution, torture, cruel and inhumane treatment and punishment, and risk to his life if he is returned to Sri Lanka.

[37] The attachments consisted of internet news articles obtained from Tamilnet.com and range in date from November 2, 2003 to November 6, 2003. The attachments to the applicant's counsel's letter dated August 3, 2004 include 307 pages of reports and news articles ranging in date from February 2001 to August 2004.

[38] The Minister states at paragraph 38 of his opinion:

I have carefully reviewed the entirety of the material in this case and I find that there is insufficient evidence to support a finding that it is more likely than not that Mr. Nagalingam faces a substantial risk of torture, or a risk to life or to cruel and unusual treatment or punishment.

[39] The determination of an individual's risk on return to a particular country is largely a fact-driven inquiry. It requires consideration of the human rights record of the country and the personal risk faced by an applicant. These issues are generally outside the realm of expertise of reviewing courts. I am not persuaded by the applicant's suggestion that the Minister ignored or improperly considered the evidence before him. Failing such an error, it is not the role of this Court to interfere with the factual conclusions reached by the Minister, nor is it appropriate for the Court to reweigh the evidence

neuse. Dans la lettre d'accompagnement d'une page datée du 11 novembre 2003, son avocat a résumé ainsi les 30 pages de renseignements qui y étaient jointes :

[TRADUCTION] Comme vous pouvez le constater à la lecture de la preuve documentaire ci-jointe, la situation qui prévaut au Sri Lanka est très grave. La présidente du pays a suspendu le Parlement et a pris le contrôle de secteurs clés du gouvernement : le ministère de la Défense, le ministère de l'Intérieur et le ministère des Communications de masse. La présidente, M^{me} Chandrika Kumaratunga, a aussi déclaré l'état d'urgence. Toute cette agitation a eu pour effet d'interrompre et de mettre en péril le processus de paix au Sri Lanka. La situation actuelle et la preuve du harcèlement, de la persécution, des mauvais traitements et de la torture dont font constamment l'objet les Tamouls qui vous a été présentée montrent que M. Nagalingam risque d'être persécuté, torturé ou tué ou de faire l'objet de traitements et de peines cruels et inusités s'il est renvoyé au Sri Lanka.

[37] Des articles tirés du site Tamilnet.com et datés du 2 au 6 novembre 2003 étaient joints à cette lettre. Par ailleurs, 307 pages de reportages et d'articles publiés entre février 2001 et août 2004 étaient notamment jointes à la lettre de l'avocat du demandeur datée du 3 août 2004.

[38] Le ministre écrit ce qui suit au paragraphe 38 de son avis :

[TRADUCTION] J'ai examiné avec soin l'ensemble des renseignements et documents et j'estime que la preuve ne permet pas de conclure que, selon toute vraisemblance, M. Nagalingam est exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités.

[39] L'évaluation du risque auquel serait exposée une personne si elle était renvoyée dans un pays donné dépend largement des faits. Il faut, à cette fin, prendre en considération la situation des droits de la personne dans le pays en question ainsi que le risque auquel est personnellement exposé le demandeur. Ces questions ne relèvent généralement pas de l'expertise des cours de révision. Je ne suis pas convaincu que, comme le demandeur le dit, le ministre a omis de tenir compte de la preuve dont il était saisi ou ne l'a pas examinée correctement. En l'absence d'une telle erreur, il

before the Minister. The issues raised by the applicant do not demonstrate that the Minister's conclusion, namely that the applicant would not face a substantial risk of torture or a risk to life or to cruel and unusual treatment or punishment, was patently unreasonable.

Issue No. 2: If, in the preparation of an opinion under paragraph 115(2)(b), the Minister finds that a refugee who is inadmissible on grounds of organized criminality does not face a risk of persecution, torture, cruel and unusual punishment or treatment upon return to his country of origin, does such a finding render unnecessary the Minister's consideration of the "nature and severity of acts committed" under paragraph 115(2)(b)?

[40] Having determined that the Minister's finding—namely that the applicant does not face a risk of harm upon removal to Sri Lanka—was not patently unreasonable, the Court must consider whether the non-existence of risk makes unnecessary an analysis of the nature and severity of acts committed by the applicant under subsection 115(2) of the Act.

[41] In *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 262 F.T.R. 7 (F.C.), Justice Blanchard set out the analysis required when issuing a danger opinion under paragraph 115(2)(b) at paragraph 36:

Subsection 115(2) of the IRPA requires that the Applicant initially establish that there are substantial grounds upon which to believe that, if removed to Syria, he would be at risk of persecution on a Convention ground or at risk of torture, death, or cruel or unusual treatment or punishment. If the risk is not established, there is no need to pursue the analysis since the applicant is not entitled to the protection afforded by subsection 115(1) of the IRPA. This risk must be assessed on grounds that go beyond "mere theory" or "suspicion" but something less than "highly probable". This risk of torture must be "personal and present". The threshold to be met has been recast by asking whether refoulement will expose a

n'appartient pas à la Cour de modifier les conclusions de fait tirées par le ministre, ni de soupeser à nouveau la preuve dont celui-ci était saisi. Les questions soulevées par le demandeur ne démontrent pas que la conclusion du ministre, selon laquelle le demandeur ne serait pas exposé à un risque sérieux de torture, à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités, était manifestement déraisonnable.

Question n° 2 : Si, lorsqu'il rédige l'avis visé à l'alinéa 115(2)b), le ministre constate que le réfugié qui est interdit de territoire pour criminalité organisée ne risque pas la persécution, la torture ou des peines ou traitements cruels et inusités à son retour dans son pays d'origine, doit-il tout de même considérer la nature et la gravité des actes commis, conformément à l'alinéa 115(2)b)?

[40] Ayant décidé que la conclusion du ministre—selon laquelle le demandeur n'est pas exposé à un risque de préjudice s'il est renvoyé au Sri Lanka—n'était pas manifestement déraisonnable, la Cour doit déterminer s'il faut, malgré l'absence de risque, analyser la nature et la gravité des actes commis par le demandeur, conformément au paragraphe 115(2) de la Loi.

[41] Dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 355, le juge Blanchard a décrit, au paragraphe 36, l'analyse qui doit être effectuée lorsqu'un avis de danger visé à l'alinéa 115(2)b) est délivré :

Le paragraphe 115(2) de la LIPR exige que le demandeur démontre d'abord qu'il existe des motifs sérieux de croire que, s'il était renvoyé en Syrie, il serait exposé à la persécution pour l'un des motifs prévus dans la Convention ou à la torture, à la mort ou à des traitements ou peines cruels ou inusités. Si le risque n'est pas démontré, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse étant donné que le demandeur n'a pas droit à la protection fournie par le paragraphe 115(1) de la LIPR. Ce risque doit être évalué en fonction de motifs qui vont au-delà de « simples hypothèses » ou « soupçons », mais il n'est pas nécessaire qu'il satisfasse au critère de la « forte probabilité ». Ce risque de torture doit

person to a “serious” risk of torture. See *Suresh* (Court of Appeal), at paragraphs 150-152. [Emphasis added.]

[42] *Almrei* dealt with a risk of torture and an applicant inadmissible on security grounds. Nevertheless, the same two-step analysis should also apply in the case of a person who is inadmissible on grounds of organized criminality.

[43] Since the Minister reasonably concluded that there was no risk of harm, the non-refoulement provisions under subsection 115(1) do not apply. There was accordingly no need to “balance” competing interests under subsection 115(2).

[44] In *Ragupathy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 490, the Federal Court of Appeal considered whether the Minister was required to consider the danger posed by an individual inadmissible on grounds of serious criminality before assessing the risk of harm upon his return. At paragraphs 31 and 32, Evans J.A., writing for the Court, stated:

For the reasons given above, I agree that, since a finding that a protected person is a danger to the public by virtue of his criminality is a prerequisite of removal, this is a logical starting point in a delegate’s analysis. For, without a positive opinion on this issue, the delegate’s inquiry must end, because the person cannot be deported. Proceeding in this manner also avoids the possibility that the delegate will assess whether a protected person is a “danger to the public” by having regard to the risk of persecution.

However, neither the text of the IRPA, nor the jurisprudence dictates as a matter of law in what order the Minister’s delegates’ reasons must deal with the various elements of a “danger opinion”. To my mind, this is more a matter of elegance than substance and does not rise to the level of a legal requirement, especially given the degree of discretion entrusted to delegates in the formation of their opinion. In my respectful opinion, the preferred ordering is

être « personnel et actuel ». Le critère de base à satisfaire peut être reformulé comme consistant à se demander si le refoulement exposera une personne à un risque « sérieux » de torture. Voir l’arrêt *Suresh* (Cour d’appel), aux paragraphes 150 à 152. [Non souligné dans l’original.]

[42] Malgré le fait que, dans *Almrei*, il était question d’un risque de torture et d’un demandeur interdit de territoire pour raison de sécurité, la même analyse en deux étapes devrait s’appliquer également dans le cas d’une personne interdite de territoire pour criminalité organisée.

[43] Comme le ministre a raisonnablement conclu que le demandeur ne risquait pas de subir un préjudice, les dispositions relatives au non-refoulement du paragraphe 115(1) ne s’appliquent pas. Il n’était donc pas nécessaire d’« établir l’équilibre » entre les intérêts opposés conformément au paragraphe 115(2).

[44] Dans *Ragupathy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 490, la Cour d’appel fédérale s’est penchée sur la question de savoir si le ministre devait tenir compte du danger que constituait une personne interdite de territoire pour grande criminalité avant d’examiner le risque de préjudice auquel elle serait exposée une fois de retour dans son pays. Le juge Evans, qui a rédigé les motifs de la Cour d’appel, a écrit aux paragraphes 31 et 32 :

Pour les motifs donnés ci-dessus, je reconnais que, la conclusion selon laquelle une personne protégée constitue un danger pour le public en raison de ses activités criminelles étant une condition préalable à son renvoi, il serait logique que l’analyse à laquelle procède la déléguée ait débuté de cette façon. En effet, si cette question ne reçoit pas une réponse positive, la déléguée doit mettre fin à son analyse, parce que la personne ne peut être expulsée. En procédant de cette façon, cela évite que la déléguée décide qu’une personne protégée constitue « un danger pour le public » en tenant compte du risque de persécution.

Cependant, ni le texte de la LIPR, ni la jurisprudence n’exige que, dans ses motifs, la déléguée du ministre aborde les divers éléments de l’« avis de danger » dans un ordre donné. À mon avis, il s’agit là davantage d’une question de forme que de fond et ne constitue pas une obligation juridique, en particulier compte tenu du pouvoir discrétionnaire confié aux délégués dans la formulation de leur avis. À mon humble avis, il n’est pas obligatoire de respecter cet

not required either for a protected person to understand the bases of a delegate's opinion, or for a court to determine whether the delegate had committed reviewable error in performing the legal tasks entrusted to her.

[45] The Court of Appeal stated that the consideration of the danger posed by an individual was a logical starting point because it is, in effect, the *sine qua non* of deportation. The flip side of this coin, however, is that a risk of harm upon deportation is the *sine qua non* of the prohibition against refoulement. In *Ragupathy*, above, the Minister found that there was a high level of danger to the public and a small chance that the applicant would be persecuted or tortured if he was returned to Sri Lanka.

[46] In this case, the Minister first assessed the nature and severity of acts committed. He then assessed the risk of harm upon removal as non-existent. If he had reversed the order, as would be permitted under *Ragupathy*, the assessment of the nature and severity of acts committed would have been unnecessary since subsection 115(1) would not apply.

[47] On judicial review, therefore, only if the Minister's conclusion that the applicant did not face a risk of harm is found to be patently unreasonable should it be necessary to review the Minister's assessment of the nature and severity of acts committed and the balancing of that assessment against the risk of harm upon removal.

Is the Court's interpretation of section 115 consistent with the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*?

[48] In concluding that the prohibition against refoulement does not apply where the Minister has determined an inadmissible refugee does not face a risk of harm upon removal, the Court is also guided by the text of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention), which is the international law source

ordre dans l'analyse pour que la personne protégée comprenne le fondement de l'avis de la déléguée ou pour que la Cour puisse décider si la déléguée a commis une erreur susceptible de révision lorsqu'elle a accompli les tâches que lui imposaient [*sic*] la loi.

[45] La Cour d'appel a affirmé que l'examen du danger que constitue une personne était un point de départ logique puisque ce danger constitue la condition préalable à l'expulsion. Cette affirmation a cependant pour corollaire que le risque de préjudice consécutif à l'expulsion est la condition préalable à l'interdiction visant le refoulement. Dans *Ragupathy*, précité, le ministre a conclu que le danger pour le public était élevé et qu'il n'y avait qu'une faible possibilité que le demandeur soit persécuté ou torturé s'il était renvoyé au Sri Lanka.

[46] En l'espèce, le ministre a d'abord examiné la nature et la gravité des actes commis. Il a ensuite décidé que le demandeur ne courait aucun risque de subir un préjudice s'il était renvoyé. S'il avait procédé dans l'ordre inverse, comme *Ragupathy* le permettrait, il n'aurait pas été nécessaire d'examiner la nature et la gravité des actes commis puisque le paragraphe 115(1) ne s'appliquait pas.

[47] Par conséquent, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ce n'est que si la conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne risque pas de subir un préjudice est jugée manifestement déraisonnable que la Cour devrait examiner l'analyse que le ministre a faite de la nature et de la gravité des actes commis et la mise en équilibre de cette analyse et du risque de préjudice consécutif au renvoi.

L'interprétation que la Cour a faite de l'article 115 est-elle conforme à la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*?

[48] En concluant que l'interdiction visant le refoulement ne s'applique pas si le ministre a décidé qu'un réfugié interdit de territoire ne court pas le risque de subir un préjudice s'il est renvoyé, la Cour est aussi guidée par le texte de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention), qui est la source de droit

for the prohibition against refoulement. Paragraph 3(3)(f) of the Act directs that the Act “is to be construed and applied in a manner that . . . complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.” In interpreting paragraph 3(3)(f), the Federal Court of Appeal stated in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 655, at paragraph 87:

Paragraph 3(3)(f) should be interpreted in light of the modern developments in courts’ use of international human rights law as interpretative aids. Thus, like other statutes, 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 Canada has signed and [underlined in original] ratified them. [Underlining in original] . . . Thus, a legally binding international human rights instrument to which Canada is signatory is determinative of how IRPA must be interpreted and applied, in the absence of a contrary legislative intention. [Emphasis added.]

[49] Canada acceded to the Convention on June 4, 1969. The Convention is therefore legally binding on Canada under international law. Article 33(1) of the Convention provides that:

Article 33

Prohibition of Expulsion or Return (“Refoulement”)

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. [Emphasis added.]

[50] The applicant is a refugee. If he were no longer a refugee, the respondent could remove him from Canada based on his inadmissibility on grounds of organized criminality. However, the applicant’s refugee status alone does not prevent his removal. The

international de l’interdiction visant le refoulement. L’alinéa 3(3)(f) de la Loi prévoit que « [l]’interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet : [. . .] de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire ». Interprétant l’alinéa 3(3)(f), la Cour d’appel fédérale a écrit ce qui suit au paragraphe 87 de *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 655, 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 [souligné dans l’original] ratifiés. [. . .] 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 LIPR, en l’absence d’une intention législative contraire. [Non souligné dans l’original.]

[49] Le Canada a adhéré à la Convention le 4 juin 1969. La Convention est donc juridiquement contraignante pour le Canada en vertu du droit international. Le paragraphe 33(1) de la Convention prévoit ce qui suit :

Article 33

Défense de l’Expulsion et de Refoulement

1. Aucun des États contractants n’expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques. [Non souligné dans l’original.]

[50] Le demandeur est un réfugié. S’il n’était plus un réfugié, le défendeur pourrait le renvoyer du Canada au motif qu’il est interdit de territoire pour criminalité organisée. Le statut de réfugié seul n’empêche toutefois pas le renvoi du demandeur. La Convention limite

Convention qualifies the prohibition against refoulement as applying only to refugees whose life or freedom would be threatened on identified grounds. The Minister has chosen to remove the applicant under section 115 of the Act. This gave the applicant an opportunity to know the case against him and an opportunity to respond before he was deported. Because there is no threat to the applicant's life or freedom on the grounds identified upon return to Sri Lanka, returning the applicant does not, in my view, violate Article 33(1) of the Convention.

[51] Since the Minister's assessment that the applicant did not face a risk of harm upon removal was not patently unreasonable, the remaining issues are not determinative.

Issue No. 3: Did the Minister err in interpreting paragraph 115(2)(b) by considering the "nature and severity of the acts committed" by the criminal organization, as opposed to the applicant personally?

[52] In light of my conclusion above, it is not necessary to consider this second issue. I offer the following analysis, however, in the event I am wrong regarding the first issue or in concluding that the finding of no risk upon return to Sri Lanka is determinative.

[53] The Minister's opinion, after reviewing the evidence, is set out at paragraph 29 of the opinion:

Following from the evidence noted above, including Mr. Nagalingam's membership and involvement in the A.K. Kannan, in my view, the nature and severity of the acts committed by the A.K. Kannan are serious and significant, and as such Mr. Nagalingam should not be allowed to remain in Canada. [Emphasis added.]

[54] The Minister referred to the acts committed by the applicant at paragraph 27:

I note that Mr. Nagalingam has relatively few criminal convictions as follows: [mischief under \$5,000; failure to comply with recognizance; assault].

l'application de l'interdiction visant le refoulement aux réfugiés dont la vie ou la liberté seraient menacées pour les raisons mentionnées. Le ministre a choisi de renvoyer le demandeur en vertu de l'article 115 de la Loi, ce qui a permis au demandeur de savoir ce qu'on entendait faire valoir contre lui et de faire connaître son point de vue avant d'être expulsé. Comme la vie ou la liberté du demandeur ne sont pas menacées pour les raisons mentionnées s'il est renvoyé au Sri Lanka, son renvoi ne contrevient pas, à mon avis, au paragraphe 33(1) de la Convention.

[51] Comme la conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne risquait pas de subir un préjudice s'il était renvoyé n'est pas manifestement déraisonnable, les autres questions ne sont pas déterminantes.

Question n° 3 : Le ministre a-t-il commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 115(2)b) en tenant compte de la « nature et la gravité des actes commis » par l'organisation criminelle et non par le demandeur lui-même?

[52] Compte tenu de la conclusion que je viens de tirer, il n'est pas nécessaire d'examiner cette deuxième question. Je propose néanmoins l'analyse qui suit, dans l'éventualité où ma conclusion concernant la première question ou ma conclusion selon laquelle le fait que le demandeur ne court aucun risque au Sri Lanka est déterminant serait erronée.

[53] Le ministre a écrit ce qui suit au paragraphe 29 de son avis, après avoir examiné la preuve :

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve décrite ci-dessus, notamment de l'appartenance de M. Nagalingam au gang A.K. Kannan et de son rôle au sein de celui-ci, que, à mon avis, les actes commis par le gang A.K. Kannan sont graves. Par conséquent, M. Nagalingam ne devrait pas être présent au Canada. [Non souligné dans l'original.]

[54] Au paragraphe 27, le ministre parle des actes commis par le demandeur :

[TRADUCTION] Je constate que M. Nagalingam a été déclaré coupable de relativement peu d'infractions criminelles : méfait de moins de 5 000 \$; manquement à un engagement; voies de fait.

[55] The issue is whether paragraph 115(2)(b) means “the nature and severity of the acts committed” by the criminal organization or by the applicant personally.

[56] For ease of reference I repeat paragraph 115(2)(b) of the Act:

115. . . .

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

. . .

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

Rules of Statutory Interpretation

[57] The Supreme Court of Canada summarized the principles and two-part procedure of interpreting bilingual statutes in *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539. At paragraphs 24 to 26, Chief Justice McLachlin wrote:

In interpreting bilingual statutes, the statutory interpretation should begin with a search for the shared meaning between the two versions: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327. In *[R. v. Daoust]*, [2004] 1 S.C.R. 217, Bastarache J. held for the Court that the interpretation of bilingual statutes is subject to a two-part procedure.

First, one must apply the rules of statutory interpretation to determine whether or not there is an apparent discordance, and if so, whether there is a common meaning between the French and English versions. “[W]here one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning”: *[Schreiber v. Canada (Attorney General)]*, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 56, per LeBel J. *Schreiber* concerned a discrepancy between the French version of s. 6(a) of the *State Immunity Act*, R.S.C.

[55] Il s’agit de savoir si les actes dont il est question dans l’expression « la nature et la gravité de ses actes passés » employée dans l’alinéa 115(2)b) sont ceux de l’organisation criminelle ou ceux du demandeur lui-même.

[56] Par souci de commodité, je reproduis l’alinéa 115(2)b) de la Loi :

115. [. . .]

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’interdit de territoire :

[. . .]

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada.

Les règles d’interprétation législative

[57] La Cour suprême du Canada a résumé les principes d’interprétation des lois bilingues et la procédure en deux étapes à suivre à cet égard dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539. La juge en chef McLachlin a écrit ce qui suit aux paragraphes 24 à 26 :

Pour interpréter les lois bilingues, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions : P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 2000), p. 413. Dans l’arrêt *Daoust [R. c. Daoust]*, [2004] 1 R.C.S. 217, le juge Bastarache a statué au nom de la Cour que l’interprétation des lois bilingues comporte deux étapes.

Premièrement, il faut appliquer les règles d’interprétation législative pour déterminer s’il y a apparence d’antinomie et, dans l’affirmative, s’il y a un sens commun aux versions française et anglaise. « [L]orsqu’une des deux versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité » : *Schreiber [Schreiber c. Canada (Procureur général)]*, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 56, le juge LeBel. L’arrêt *Schreiber* portait sur une disparité entre la version française de l’al. 6a) de la *Loi sur*

1985, c. S-18, which stated that the exception to state immunity is narrowly “*décès*” or “*dommages corporels*”, compared to the broader English “death” or “personal injury”. Given the conflict between the two provisions the Court adopted the clearer and more restrictive French version. The common meaning is the version that is plain and not ambiguous. If neither version is ambiguous, or if they both are, the common meaning is normally the narrower version: *Daoust*, at paras. 28-29.

Second, one must determine if the common meaning is consistent with Parliament’s intent: *Daoust*, at para. 30. [Emphasis added.]

[58] In applying the rules of statutory interpretation to determine whether or not there is an apparent discordance between the French and English versions of the paragraph, it is clear that there is an ambiguity in the English version because the English version does not link the “acts committed” either to the individual or to the criminal organization. That is left vague. The French version is clear. The French text reads: “*il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada*” [emphasis added]. The literal translation of the French version is “because of the nature and severity of his past acts”.

[59] The Court is satisfied that the common meaning is the French version. It is plain, not ambiguous and narrower. Therefore, according to the rules of statutory interpretation with respect to bilingual statutes, paragraph 115(2)(b) means that the Minister must decide whether the applicant should be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of his personal acts.

[60] The second step in the interpretation of paragraph 115(2)(b), as stated by the Supreme Court of Canada in *Medovarski*, above, is that the Court must determine if the common meaning is consistent with Parliament’s intent. This principle of statutory construction, described by Elmer Driedger in *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974) [at page 87] was adopted by the Supreme Court of Canada in *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, at page 41:

l’immunité des États, L.R.C. 1985, ch. S-18, qui prévoyait que l’exception à l’immunité d’un État se limite aux « *décès* » ou aux « *dommages corporels* », et la version anglaise plus large utilisant les termes « *death* » ou « *personal injury* ». En raison de la divergence entre les deux dispositions, la Cour a adopté la version française qui était plus claire et restrictive. Le sens commun aux deux versions est celui du texte qui est clair et non ambigu. Si aucune des deux versions n’est ambiguë, ou si elles le sont toutes les deux, le sens commun est normalement celui du texte ayant le sens le plus restreint : *Daoust*, par. 28-29.

Deuxièmement, il faut déterminer si le sens commun est compatible avec l’intention du législateur : *Daoust*, par. 30. [Non souligné dans l’original.]

[58] Lorsqu’on applique les règles d’interprétation législative pour déterminer s’il y a ou non divergence apparente entre les versions française et anglaise de l’alinéa, il est évident que la version anglaise est ambiguë parce qu’elle ne précise pas si les actes doivent avoir été commis par la personne ou par l’organisation criminelle. Cet aspect est imprécis. La version française est claire : « il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada » (non souligné dans l’original). La traduction littérale de la version française est « *because of the nature and severity of his past acts* ».

[59] La Cour est convaincue que le sens commun aux deux versions est celui de la version française. Celle-ci est claire, non ambiguë et plus restreinte. Par conséquent, selon les règles d’interprétation législative relatives aux lois bilingues, l’alinéa 115(2)(b) signifie que le ministre doit décider si le demandeur devrait être présent au Canada en tenant compte de la nature et de la gravité des actes qu’il a lui-même commis.

[60] Conformément à ce que la Cour suprême du Canada a affirmé dans *Medovarski*, précité, la Cour doit ensuite, à la deuxième étape de l’interprétation de l’alinéa 115(2)(b), décider si le sens commun est compatible avec l’intention du législateur. Ce principe d’interprétation législative décrit par Elmer Driedger dans *The Construction of Statutes* (Toronto : Butterworths, 1974) [à la page 87] a été adopté par la Cour suprême du Canada dans *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27, à la page 41 :

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.

[61] Considering the words of the paragraph with the scheme of the Act, the object of the Act and the intent of Parliament, the Court concludes Parliament intended that the Minister consider the nature and severity of the acts committed by the person, as opposed to the criminal organization as a whole. The logical reason to examine the nature and gravity of the personal acts committed by the refugee is that the refugee should not be refouled only because he is a member of a criminal organization unless the acts in which he was involved warrant removal. As will be discussed below, the Minister can look at the acts committed by the criminal organization if it is established that the refugee was complicit in those acts, i.e. there are reasonable grounds for believing that the refugee was personally and knowingly involved in these crimes.

Complicity

[62] In the leading case of *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306, at pages 317-318, the Federal Court of Appeal considered what extent of participation was required for inclusion as an accomplice such that a person could be found to have “committed” a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity. The Court stated:

What degree of complicity, then, is required to be an accomplice or abettor? A first conclusion I come to is that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient for exclusion from refugee status.

...

... someone who is an associate of the principal offenders can never, in my view, be said to be a mere on-looker. Members of a participating group may be rightly considered to be personal and knowing participants, depending on the facts.

At bottom, complicity rests in such cases, I believe, on the existence of a shared common purpose and the knowledge that

[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.

[61] Compte tenu du libellé de l’alinéa ainsi que de l’esprit de la Loi, de l’objet de la Loi et de l’intention du législateur, la Cour conclut que le législateur voulait que le ministre prenne en considération la nature et la gravité des actes commis par la personne, et non par l’organisation criminelle dans l’ensemble. La raison logique d’examiner la nature et la gravité des actes commis par le réfugié est que ce dernier ne devrait pas être refoulé seulement parce qu’il est membre d’une organisation criminelle, sauf si les actes dans lesquels il a été impliqué justifient son renvoi. Comme la Cour l’expliquera plus loin, le ministre peut tenir compte des actes commis par l’organisation criminelle s’il est démontré que le réfugié a été complice de ces actes, c’est-à-dire s’il y a des motifs raisonnables de croire que le réfugié a personnellement et sciemment participé à ces crimes.

La complicité

[62] Dans l’arrêt de principe *Ramirez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306, la Cour d’appel fédérale s’est demandé, aux pages 317 et 318, quel degré de participation était nécessaire pour que l’on puisse considérer qu’une personne a « commis » un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité en qualité de complice :

Quel est, alors, le degré de complicité requis? La première conclusion à laquelle je parviens est que la simple appartenance à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales ne suffit pas, en temps normal, pour exclure quelqu’un de l’application des dispositions relatives au statut de réfugié.

[...]

[...] un associé des auteurs principaux ne pourrait jamais, à mon avis, être qualifié de simple spectateur. Les membres d’un groupe peuvent à bon droit être considérés comme des participants personnels et conscients, suivant les faits.

Je crois que, dans de tels cas, la complicité dépend essentiellement de l’existence d’une intention commune et de

all of the parties in question may have of it. Such a principle reflects domestic law (e.g., s. 21(2) of the *Criminal Code*), and I believe is the best interpretation of international law. [Emphasis added.]

[63] Therefore the test for complicity is whether the applicant was a personal and knowing participant in the criminal activities of the organization. There must be reasonable grounds to believe that the applicant “was complicit”; in *Ramirez*, above, this means that the applicant had “personal knowledge and knowing participation.”

[64] This test for complicity under the Act has been settled by the Court with respect to crimes against humanity. Such crimes are also part of paragraph 115(2)(b), and this standard is a reasonable one for the purposes of establishing complicity under paragraph 115(2)(b). See my decision in *Catal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1517, at paragraphs 8 and 9.

[65] Therefore, the proper interpretation of paragraph 115(2)(b) is one that requires the Minister to consider the nature and severity of the acts committed personally by the applicant, and by the A.K. Kannan gang if the applicant was a personal and knowing participant in such acts, i.e. complicit.

The applicant’s personal and knowing involvement, i.e. complicity

[66] The Minister’s opinion is 20 single-spaced pages. In reading the opinion as a whole, I have identified the paragraphs where the Minister discusses the applicant’s personal and knowing participation in the criminal acts of the gang. These references are contained in the following paragraphs [16, 17 and 29]:

In terms of the nature and severity of the acts committed, the evidence shows the existence of facts supporting Mr. Nagalingam’s . . . involvement in the criminal activities of the A.K. Kannan . . . According to P.A. (an informant to the Toronto Police), the A.K. Kannan was known to be a gang and the Applicant was known to be an “enforcer” within that group.

la connaissance que toutes les parties en cause en ont. Ce principe est conforme au droit interne (p. ex. le par. 21(2) du *Code criminel*) et, selon moi, il constitue la meilleure interprétation possible du droit international. [Non souligné dans l’original.]

[63] Le critère de complicité consiste donc à se demander si le demandeur a participé personnellement et sciemment aux activités criminelles de l’organisation. Il doit y avoir des motifs raisonnables de croire que le demandeur [TRADUCTION] « a été complice »; dans *Ramirez*, précité, cela signifie que le demandeur avait [TRADUCTION] « une connaissance personnelle et une participation consciente ».

[64] Ce critère de complicité qui s’applique sous le régime de la Loi a été établi par la Cour dans des affaires concernant des crimes contre l’humanité. Ces crimes sont également visés à l’alinéa 115(2)(b), et cette norme est raisonnable pour établir la complicité aux fins de cette disposition. Voir la décision que j’ai rendue dans *Catal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 1517, aux paragraphes 8 et 9.

[65] Par conséquent, il convient d’interpréter l’alinéa 115(2)(b) comme s’il exigeait que le ministre tienne compte de la nature et de la gravité des actes commis par le demandeur lui-même et des actes commis par le gang A.K. Kannan auxquels le demandeur a participé personnellement et sciemment à titre de complice.

La participation personnelle et consciente du demandeur, c’est-à-dire la complicité

[66] L’avis du ministre s’étend sur 20 pages à simple interligne. Je l’ai lu au complet et j’ai relevé des paragraphes où le ministre traite de la participation personnelle et consciente du demandeur aux actes criminels du gang. Cette question est abordée dans les paragraphes suivants [16, 17 et 29]:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la nature et la gravité des actes commis, la preuve fait ressortir des faits qui montrent que M. Nagalingam [. . .] a participé aux activités criminelles [du gang A.K. Kannan] [. . .] Selon P.A. (un informateur de la police de Toronto), ce groupe était connu comme un gang et le demandeur, comme un « homme de main » au sein de ce gang.

I am of the view that the evidence shows the existence of facts supporting Mr. Nagalingam's . . . involvement in the criminal activities of the A.K. Kannan.

Following from the evidence noted above, including Mr. Nagalingam's . . . involvement in the A.K. Kannan, in my view, the nature and severity of the acts committed by the A.K. Kannan are serious and significant, and as such Mr. Nagalingam should not be allowed to remain in Canada. [Emphasis added.]

[67] The standard of proof for determining “the acts committed” by the applicant for the purpose of paragraph 115(2)(b) is that the Minister have reasonable grounds for believing that the applicant committed the acts. The applicant was found by the Minister to be personally involved in the criminal activities of the gang (paragraph 16); was known to be an “enforcer” within that gang (paragraph 16); and was personally involved in the criminal activities of the gang (paragraph 17). Based on the evidence about the gang, including the applicant’s involvement with the gang, the Minister’s opinion was that the nature and severity of the acts committed by the gang are serious and significant.

[68] The Court is satisfied that the Minister’s opinion found that the applicant was personally and knowingly participating in some criminal activities of the gang. This means in law that the applicant was complicit in those criminal acts. However, the Minister’s opinion at paragraph 29 did not make an express finding that the applicant was complicit in the serious and significant criminal acts of the gang. The Minister might have made that conclusion if the Minister had interpreted that the “acts committed” under paragraph 115(2)(b) were the “personal” acts of the applicant, including the acts of the gang in which the applicant was complicit. In this respect, the Minister erred in law in his interpretation of paragraph 115(2)(b) of the Act. The Minister based his opinion on the acts committed by the criminal organization. Accordingly, if it were not the case that the Minister’s factual finding that the applicant did not face a risk of harm upon removal is determinative of this application, the Court would allow this application, and refer the matter back to another delegate of the Minister to determine if the applicant was complicit in the serious and significant criminal acts of the gang for the purposes of paragraph 115(2)(b) of the Act.

Je suis d’avis que la preuve fait ressortir des faits qui montrent que M. Nagalingam [. . .] a participé aux activités criminelles du [gang A.K. Kannan].

Il ressort de la preuve décrite ci-dessus, notamment [. . .] [du] rôle [de M. Nagalingam] au sein [du gang A.K. Kannan], que, à mon avis, les actes commis par le gang A.K. Kannan sont graves. Par conséquent, M. Nagalingam ne devrait pas être présent au Canada. [Non souligné dans l’original.]

[67] La norme de preuve servant à déterminer les actes commis par le demandeur aux fins de l’alinéa 115(2)b) est que le ministre a des motifs raisonnables de croire que le demandeur a commis les actes. Le ministre a jugé que le demandeur avait participé personnellement aux activités criminelles du gang (paragraphe 16); qu’il était connu comme un « homme de main » au sein du gang (paragraphe 16); qu’il avait participé personnellement aux activités criminelles du gang (paragraphe 17). Compte tenu de la preuve concernant le gang, notamment la participation du demandeur aux activités de celui-ci, le ministre était d’avis que les actes commis par le gang étaient graves.

[68] La Cour est convaincue que le ministre a estimé que le demandeur avait personnellement et sciemment participé à des activités criminelles du gang, ce qui signifie en droit que le demandeur a été complice de ces actes criminels. Le ministre n’a cependant pas, au paragraphe 29 de son avis, conclu expressément que le demandeur avait été complice des actes criminels graves commis par le gang. Le ministre aurait pu parvenir à cette conclusion s’il avait interprété les mots « *acts committed* » dans la version anglaise de l’alinéa 115(2)b) comme s’il s’agissait des actes « personnels » du demandeur ou des actes du gang dont ce dernier avait été complice. Le ministre a ainsi commis une erreur de droit dans son interprétation de l’alinéa 115(2)b) de la Loi. Il a fondé son avis sur les actes commis par l’organisation criminelle. Par conséquent, si la conclusion de fait tirée par le ministre selon laquelle le demandeur ne risquait pas de subir un préjudice s’il était renvoyé n’était pas déterminante en l’espèce, la Cour accueillerait la présente demande et renverrait l’affaire à un autre représentant du ministre afin qu’il soit décidé si le demandeur a été complice des actes criminels graves commis par le gang aux fins de l’alinéa 115(2)b) de la Loi.

Issue No. 4: Did the Minister err in failing to consider the applicant's risk of persecution?

[69] The applicant argues that, while the Minister considered the applicant's risk of torture, and the risk to his life, cruel and unusual treatment or punishment, the Minister erred in failing to consider also the applicant's risk of persecution upon return to Sri Lanka.

[70] The applicant submits that, in applying the Supreme Court of Canada's judgment in *Suresh*, above, the Minister failed to recognize that the risk review required under section 115 of the Act is broader than what the Court required under section 53 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the former Act in *Suresh*.

[71] I conclude that section 53 of the former Act is not materially different than section 115 of the Act. Section 53 of the former Act provides:

53. (1) Notwithstanding subsections 52(2) and (3), no person who is determined under this Act or the regulations to be a Convention refugee, nor any person who has been determined to be not eligible to have a claim to be a Convention refugee determined by the Refugee Division on the basis that the person is a person described in paragraph 46.01(1)(a), shall be removed from Canada to a country where the person's life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion unless

(a) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(c) or subparagraph 19(1)(c.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada;

(b) the person is a member of an inadmissible class described in paragraph 19(1)(e), (f), (g), (j), (k) or (l) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the security of Canada; or

(c) the person is a person described in subparagraph 27(1)(a.1)(i) and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada; or

(d) the person is a person described in paragraph 27(1)(d) who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of ten years

Question n° 4 : Le ministre a-t-il commis une erreur en ne tenant pas compte du risque de persécution auquel le demandeur serait exposé?

[69] Le demandeur prétend que le ministre n'aurait pas dû tenir compte seulement du risque de torture, de la menace à sa vie et du risque de traitements ou peines cruels et inusités auxquels il serait exposé, mais également du risque de persécution qu'il courrait s'il était renvoyé au Sri Lanka.

[70] Le demandeur soutient que, lorsqu'il a appliqué l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Suresh*, précité, le ministre n'a pas reconnu que l'examen des risques exigé par l'article 115 de la Loi est plus large que ce que la Cour suprême a exigé dans cet arrêt relativement à l'article 53 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43, 1995, ch. 15, art. 12] de l'ancienne Loi.

[71] J'estime que l'article 53 de l'ancienne Loi n'est pas sensiblement différent de l'article 115 de la Loi. L'article 53 de l'ancienne Loi est ainsi libellé :

53. (1) Par dérogation aux paragraphes 52(2) et (3), la personne à qui le statut de réfugié au sens de la Convention a été reconnu aux termes de la présente loi ou des règlements, ou dont la revendication a été jugée irrecevable en application de l'alinéa 46.01(1)a), ne peut être renvoyée dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, sauf si, selon le cas :

a) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées à l'alinéa 19(1)c) ou au sous-alinéa 19(1)c.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

b) elle appartient à l'une des catégories non admissibles visées aux alinéas 19(1)e), f), g), j), k) ou l) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour la sécurité du Canada;

c) elle relève du cas visé au sous-alinéa 27(1)a.1)(i) et que, selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada;

d) elle relève, pour toute infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, du cas visé à l'alinéa 27(1)d) et que,

or more may be imposed and the Minister is of the opinion that the person constitutes a danger to the public in Canada.

selon le ministre, elle constitue un danger pour le public au Canada.

[72] As the excerpt above indicates, the key difference between the provisions under the current and former Acts is that the former Act refers to a risk that “the person’s life or freedom would be threatened for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion” [underlining added] while the current Act refers to persons “at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment” [underlining added].

[72] Comme l’extrait ci-dessus le montre, la principale différence entre les dispositions de l’ancienne Loi et de la Loi actuelle réside dans le fait que l’ancienne Loi parle de la possibilité que « [la] vie ou [la] liberté [d’une personne soient] menacées du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques » [soulignement ajouté], alors que la Loi actuelle parle plutôt d’une personne qui « risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités » [soulignement ajouté].

[73] In my view, there is no material difference between the versions. A threat to an individual’s “life or freedom” on Convention grounds undoubtedly constitutes persecution. Conversely, a risk of persecution on Convention grounds is a threat to an individual’s freedom if not his life.

[73] À mon avis, il n’y a pas de différence significative entre les deux dispositions. Une menace à la « vie ou [à la] liberté » d’une personne pour les motifs prévus par la Convention constitue assurément de la persécution. À l’inverse, un risque de persécution pour les motifs prévus par la Convention équivaut à une menace à la liberté d’une personne, si ce n’est à sa vie.

[74] It is clear from the Minister’s opinion that he did not find that there was “more than a mere possibility” that the applicant would face a risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment. Throughout the opinion, the Minister also refers to the applicant’s risk of persecution upon return to Sri Lanka. For example, at paragraph 37, the Minister considers the applicant’s claim that he faces a risk of persecution based on his status as a young Tamil male. Considering the opinion in its entirety, I am satisfied that the Minister included within his assessment the applicant’s risk of persecution on Convention grounds.

[74] Il ressort clairement de son avis que le ministre n’a pas conclu qu’il existait « plus qu’une simple possibilité » que le demandeur soit torturé ou fasse l’objet de traitements ou peines cruels et inusités. Le ministre parle aussi, tout au long de son avis, du risque de persécution auquel le demandeur serait exposé s’il retournait au Sri Lanka. Au paragraphe 37, par exemple, il analyse la prétention du demandeur selon laquelle il risque d’être persécuté parce qu’il est un jeune Tamoul. Considérant l’avis dans son ensemble, je suis convaincu que le ministre a tenu compte, dans son analyse, du risque de persécution pour les motifs prévus par la Convention auquel le demandeur serait exposé.

Issue No. 5: Does paragraph 115(2)(b) target non-citizens in a manner that is contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Question n° 5 : L’alinéa 115(2)b vise-il les non-citoyens d’une manière qui contrevient à l’article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[75] The applicant also challenges the validity of paragraph 115(2)(b) on the basis that it violates section 7 of the Charter, which guarantees “[e]veryone has the

[75] Le demandeur conteste également la validité de l’alinéa 115(2)b au motif que cette disposition est contraire à l’article 7 de la Charte, selon lequel

right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

[76] Given that the applicant does not face a risk of persecution, torture or other ill treatment if returned to Sri Lanka, no deprivation of the applicant’s life, liberty or security of the person arises in this case.

CONCLUSION

[77] For the reasons above, the application for judicial review is dismissed. The Minister’s conclusion that the applicant did not face a risk of persecution, torture, or other ill treatment upon returning to Sri Lanka was not patently unreasonable. This finding, in my view, obviated the need to further consider the nature and severity of acts committed since the only barrier to the applicant’s removal was the prohibition under subsection 115(1) of the Act against returning or refouling him to a territory in which he faced a risk of harm as identified in Article 33(1) of the Convention. However, if I am incorrect in concluding that the first issue is determinative, I would have allowed the application on the basis that the Minister erred in his interpretation of paragraph 115(2)(b) of the Act.

CERTIFIED QUESTION

[78] This application raises for the first time a serious question of general importance with respect to the proper interpretation of paragraph 115(2)(b). My review of the jurisprudence indicates that this is the first case in which an issue arises as to the interpretation of paragraph 115(2)(b) with respect to persons inadmissible on grounds of organized criminality. The existing case law is limited to interpretations of this paragraph as it applies to persons inadmissible on grounds of security, or for violating human or international rights. Both parties agree that this is a question which should be certified. I agree and will certify the following questions:

1. If, in the preparation of an opinion under paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection*

« [c]haacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

[76] Le demandeur ne risquant pas d’être persécuté, d’être torturé ou de faire l’objet d’autres mauvais traitements s’il est renvoyé au Sri Lanka, il n’est pas privé de sa vie, de sa liberté ou de la sécurité de sa personne.

CONCLUSION

[77] Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. La conclusion du ministre selon laquelle le demandeur ne risquait pas la persécution, la torture ou d’autres mauvais traitements s’il était renvoyé au Sri Lanka n’était pas manifestement déraisonnable. Vu cette conclusion, il n’est pas nécessaire, à mon avis, d’examiner la nature et la gravité des actes commis étant donné que le seul obstacle au renvoi du demandeur était l’interdiction, prévue par le paragraphe 115(1) de la Loi et le paragraphe 33(1) de la Convention, de le renvoyer ou de le refouler dans un territoire où il risquait de subir un préjudice. Cependant, dans l’éventualité où j’aurais tort de conclure que la première question est déterminante, j’aurais accueilli la demande au motif que le ministre a commis une erreur dans son interprétation de l’alinéa 115(2)(b) de la Loi.

QUESTIONS CERTIFIÉES

[78] La présente demande est la première qui soulève une question grave de portée générale concernant l’interprétation de l’alinéa 115(2)(b). J’ai examiné la jurisprudence et j’ai constaté qu’il s’agit de la première affaire où la question de l’interprétation de l’alinéa 115(2)(b) se pose à l’égard de personnes interdites de territoire pour criminalité organisée. Dans le passé, cette disposition a été interprétée dans des cas concernant des personnes interdites de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux. Les deux parties conviennent qu’il s’agit d’une question qui devrait être certifiée. Je suis aussi de cet avis et je certifierai les questions suivantes :

1. Si, lorsqu’il rédige l’avis visé à l’alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, le

Act, the Minister finds that a refugee who is inadmissible on grounds of organized criminality does not face a risk of persecution, torture, cruel and unusual punishment or treatment upon return to his country of origin, does such a finding render unnecessary the Minister's consideration of the "nature and severity of acts committed" under paragraph 115(2)(b)?

2. If the lack of risk identified in question No. 1 is not determinative, is paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to be applied "on the basis of the nature and severity of acts committed" by the criminal organization of which the person is a member, or of acts committed by the person being considered for removal (including acts of the criminal organization in which the person was complicit)?

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. The following questions are certified:
 1. If, in the preparation of an opinion under paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the Minister finds that a refugee who is inadmissible on grounds of organized criminality does not face a risk of persecution, torture, cruel and unusual punishment or treatment upon return to his country of origin, does such a finding render unnecessary the Minister's consideration of the "nature and severity of acts committed" under paragraph 115(2)(b)?
 2. If the lack of risk identified in question No. 1 is not determinative, is paragraph 115(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to be applied "on the basis of the nature and severity of acts committed" by the criminal organization of which the person is a member, or of acts committed by the person being considered for removal (including acts of the criminal organization in which the person was complicit)?

ministre constate que le réfugié qui est interdit de territoire pour criminalité organisée ne risque pas la persécution, la torture ou des peines ou traitements cruels et inusités à son retour dans son pays d'origine, doit-il tout de même tenir compte de la nature et de la gravité de ses actes commis, conformément à l'alinéa 115(2)(b)?

2. Si le fait que le demandeur ne court aucun des risques mentionnés dans la question n° 1 n'est pas déterminant, l'alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* s'applique-t-il « en raison de la nature et de la gravité » des actes commis par l'organisation criminelle à laquelle appartient la personne devant être renvoyé ou des actes commis par cette personne (y compris les actes commis par l'organisation criminelle desquels elle a été complice)?

JUGEMENT

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Les questions suivantes sont certifiées :
 1. Si, lorsqu'il rédige l'avis visé à l'alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le ministre constate que le réfugié qui est interdit de territoire pour criminalité organisée ne risque pas la persécution, la torture ou des peines ou traitements cruels et inusités à son retour dans son pays d'origine, doit-il tout de même tenir compte de la nature et de la gravité de ses actes commis, conformément à l'alinéa 115(2)(b)?
 2. Si le fait que le demandeur ne court aucun des risques mentionnés dans la question n° 1 n'est pas déterminant, l'alinéa 115(2)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* s'applique-t-il « en raison de la nature et de la gravité » des actes commis par l'organisation criminelle à laquelle appartient la personne devant être renvoyé ou des actes commis par cette personne (y compris les actes commis par l'organisation criminelle desquels elle a été complice)?

IMM-2139-06
2007 FC 372

IMM-2139-06
2007 CF 372

Maximin Segasayo (*Applicant*)

Maximin Segasayo (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: SEGASAYO v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : SEGASAYO c. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.F.)

Federal Court, Blais J.—Ottawa, February 19 and April 11, 2007.

Cour fédérale, juge Blais—Ottawa, 19 février et 11 avril 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion for summary of secret evidence upon which respondent relied to deny applicant ministerial exemption denied; motion for non-disclosure of secret evidence allowed — Minister entitled to consult secret evidence in reaching decision on ministerial relief pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 35 — Although not so directly, s. 87 applicable for non-disclosure by reason of national security by applying gap rule — Weighing competing interests, secret evidence should not be disclosed — Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), [2007] 1 S.C.R. 350, declaring procedures at ss. 77 to 85 unconstitutional, distinguished — S. 87(2) expressly excluding obligation to provide summary.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets sur lesquels le défendeur s'est appuyé pour refuser au demandeur une exception ministérielle; la requête en interdiction de divulgation des éléments de preuve secrets a été accueillie — Le ministre pouvait consulter les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception en application de l'art. 35 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Bien qu'il ne s'applique pas directement, l'art. 87 régit l'interdiction de divulgation pour des raisons de sécurité nationale en appliquant la règle des lacunes — Après avoir soupesé des facteurs opposés, la Cour a déclaré que les éléments de preuve secrets ne devraient pas être divulgués — Distinction opérée à l'égard de l'affaire Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350, où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les procédures prévues aux art. 77 à 85 — L'obligation de fournir un résumé est expressément exclue à l'art. 87(2).

This was a motion by the respondent for non-disclosure of secret evidence pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, section 87. In response, the applicant filed a motion for a summary of the secret evidence upon which the respondent relied to deny him a ministerial exemption. The applicant's permanent residence application had been refused on the ground that he was inadmissible as a result of his prior status as the Rwandan ambassador of two regimes which had been designated as having engaged in crimes against humanity. The applicant sought ministerial relief under subsection 35(2) on the ground that he was not complicit in the crimes committed during the Rwandan genocide. On judicial review, a redacted certified tribunal record was produced on the ground that disclosure of the redacted portions would be injurious to national security. The respondent still wishes to rely on the secret evidence for the purposes of responding to the judicial review application.

Il s'agissait d'une requête en interdiction de divulgation d'éléments de preuve secrets présentée par le défendeur en vertu de l'article 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. En réponse, le demandeur a déposé une requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets sur lesquels le défendeur s'est appuyé pour lui refuser une exception ministérielle. La demande de résidence permanente du demandeur avait été rejetée au motif qu'il ne pouvait pas obtenir le statut de résident permanent parce qu'il avait été l'ambassadeur du Rwanda de deux régimes désignés comme ayant commis des crimes contre l'humanité. Le demandeur a sollicité une exception ministérielle en application du paragraphe 35(2) en faisant valoir qu'il n'avait pas été complice des crimes commis pendant le génocide rwandais. Une version expurgée du dossier certifié du tribunal a été produite pendant le contrôle judiciaire au motif que la divulgation des parties supprimées porterait atteinte à la

Subsection 87(1) permits the Minister, in the course of a judicial review, to apply for non-disclosure of information protected under section 86 or considered under section 11, 112 or 115. Subsection 87(2) provides that section 78 applies to the determination of the application except for the provisions relating to the obligation to provide a summary.

Held, the motion for non-disclosure should be allowed and the motion for a summary of the secret evidence should be dismissed.

(1) The Minister was entitled to consult the secret evidence in coming to his decision on the application for ministerial relief. While there is no specific provision in the Act allowing the Minister to rely on secret evidence, there is also no limitation placed on the Minister as to what he may take into consideration in making his decision. But two recent cases involving section 34 have permitted the non-disclosure of confidential material due to its potential effects on national security. Additionally, by virtue of the nature of the inquiry under section 35, it is implicit that confidential information will be contemplated.

(2) There was no breach of the applicant's right to procedural fairness. There are no rules within the *Federal Courts Rules* or the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* (Immigration Rules) which specifically provide for non-disclosure of materials based on national security. *Federal Courts Rules*, rules 317 and 318 permit a tribunal to object to a request for disclosure but do not apply because they are not included in the list of rules that apply in subrule 4(1) of the Immigration Rules. The only sections of the Act which speak to the matter of non-disclosure are sections 86 and 87, but they are not directly applicable. However, by applying the gap rule in *Federal Courts Rules*, rule 4, the applicable section for non-disclosure by reason of national security is section 87.

After weighing the duty of fairness to the applicant to provide full and frank disclosure against the public interest in protecting information injurious to national security, thoroughly scrutinizing the secret evidence, and determining its reliability, contents, probative value and cogency, the information should not be disclosed. The amount of secret evidence also represents a very small portion of the information regarding the applicant.

sécurité nationale. Le défendeur souhaite toujours se servir des éléments de preuve secrets pour répondre à la demande de contrôle judiciaire.

Le paragraphe 87(1) habilite le ministre, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, à demander au juge d'interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre de l'article 86 ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115. Le paragraphe 87(2) précise que l'article 78 s'applique à l'examen de la demande, sauf quant à l'obligation de fournir un résumé.

Jugement : la requête en interdiction de divulgation doit être accueillie et la requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets doit être rejetée.

1) Le ministre pouvait consulter les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception. Bien qu'aucune disposition particulière de la Loi ne permette au ministre de s'appuyer sur des éléments de preuve secrets, rien ne limite les facteurs qu'il peut prendre en considération pour rendre sa décision. Cependant, deux affaires récentes portant sur l'article 34 ont permis la non-divulgation de renseignements confidentiels en raison des répercussions que ces renseignements pourraient avoir sur la sécurité nationale. En outre, vu la nature de l'enquête qui doit être menée sous le régime de l'article 35, il est implicite que des renseignements confidentiels seront examinés.

2) Il n'y a pas eu manquement au droit du demandeur à l'équité procédurale. Les *Règles des Cours fédérales* et les *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* (les Règles en matière d'immigration) n'interdisent pas expressément la divulgation de documents ou de renseignements pour des raisons de sécurité nationale. Les règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales* permettent à un office fédéral de s'opposer à une demande de communication de documents, mais elles ne s'appliquent pas parce qu'elles ne sont pas mentionnées au paragraphe 4(1) des Règles en matière d'immigration. Les seules dispositions de la Loi où il est question d'interdiction de divulgation sont les articles 86 et 87, mais ces dispositions ne sont pas directement applicables. Cependant, en appliquant la règle des lacunes prévue à la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*, la disposition qui régit l'interdiction de divulgation pour des raisons de sécurité nationale est l'article 87.

Après avoir soupesé l'obligation d'agir équitablement envers le demandeur de façon qu'il y ait divulgation complète et fidèle et l'intérêt public qu'il y a à protéger les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale, après avoir examiné de façon très minutieuse les éléments de preuve secrets et après avoir évalué leur fiabilité, leur teneur, leur valeur et leur force, la Cour a déclaré que les renseignements ne devraient pas être divulgués. En outre, les éléments de preuve secrets

Finally, *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350 declaring the procedure found at sections 77 to 85 of the Act unconstitutional in the context of security certificates, was distinguished from when section 78 procedures are followed in the context of applications under section 87 for non-disclosure. In the context of applications for non-disclosure, the liberty interest is not at stake. Also, the person named in a security certificate will have no way of knowing the extent of the information being withheld whereas under section 87 the person can determine the exact amount of information that is being withheld from the redacted tribunal record.

(3) It would be inconsistent with the legislative intent to import into section 87 the requirement that the Minister must provide a summary of the confidential information. Subsection 87(2) specifically excludes the obligation to provide a summary.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15).
- Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), r. 4 (as am. *idem*, s. 3).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)), 318.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19(1)(I) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11, 34, 35, 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 78, 79 (as am. *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 112, 115.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 4 F.C.R. 300; (2006), 57 Imm. L.R.

représentent une très petite partie de l’information concernant le demandeur.

Enfin, une distinction a été opérée entre l’affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, où la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelles les procédures prévues aux articles 77 à 85 de la Loi relativement aux certificats de sécurité, et les cas où la procédure prévue à l’article 78 est suivie dans le cadre d’une requête en interdiction de divulgation fondée sur l’article 87. La liberté n’est pas en cause dans le cadre de requêtes en interdiction de divulgation. De plus, la personne nommée dans le certificat de sécurité n’a aucun moyen de connaître la quantité de renseignements qui ne sont pas divulgués alors qu’il en est autrement dans le cas de l’article 87, où l’intéressé est en mesure de connaître la quantité exacte de renseignements de la version expurgée du dossier du tribunal qui ne lui sont pas divulgués.

3) Il serait contraire à l’intention du législateur d’incorporer, à l’article 87, l’exigence que le ministre fournisse un résumé des renseignements confidentiels. L’obligation de fournir un résumé est expressément exclue au paragraphe 87(2).

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. 7.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15).
- Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(I) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11).
- Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11, 34, 35, 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 78, 79 (mod., *idem*), 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 112, 115.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)), 318.
- Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), règle 4 (mod., *idem*, art. 3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2007] 4 R.C.F. 300; 2006 CF 1310;

(3d) 105; 2006 FC 1310; *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 658; 2007 FC 123.

DISTINGUISHED:

Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration), [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9.

REFERRED TO:

Charkaoui (Re), [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 2004 FCA 421; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511; 259 F.T.R. 36; 44 Imm. L.R. (3d) 279; 2005 FC 295.

MOTION for a summary of the secret evidence upon which the respondent relied to deny a ministerial exemption to the applicant and motion for non-disclosure of such secret evidence. Motion for non-disclosure should be allowed and the motion for a summary of the secret evidence should be dismissed.

APPEARANCES:

Laurie Joe for applicant.
Alexandre Kaufman, Michelle L. Smith and *Agnieszka Zagorska* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

West End Legal Services of Ottawa, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BLAIS J.: The respondent filed a motion for non-disclosure of certain information (the secret evidence) pursuant to section 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act), in connection

Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 4 R.C.F. 658; 2007 CF 123.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9.

DÉCISIONS CITÉES :

Charkaoui (Re), [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Zündel (Re)*, 2005 CF 295.

REQUÊTE afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets sur lesquels le défendeur s'est appuyé pour refuser au demandeur une exception ministérielle et requête en interdiction de divulgation de ces éléments de preuve secrets. La requête en interdiction de divulgation doit être accueillie et la requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets doit être rejetée.

ONT COMPARU :

Laurie Joe pour le demandeur.
Alexandre Kaufman, Michelle L. Smith et *Agnieszka Zagorska* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Services juridiques de l'Ouest d'Ottawa, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BLAIS : Le défendeur a déposé une requête demandant à la Cour d'interdire la divulgation de certains renseignements (les éléments de preuve secrets) en vertu de l'article 87 de la *Loi sur*

with an application for judicial review (IMM-2139-06) to be heard on March 29, 2007.

[2] In response, Maximin Segasayo (the applicant) filed a motion for a summary of the secret evidence.

RELEVANT FACTS

[3] The applicant was the Rwandan ambassador to Canada from 1991 to 1995. On January 26, 1996, the applicant and his family were given Convention refugee status by the Immigration and Refugee Board (the Board). The applicant and his family subsequently filed applications for permanent residence.

[4] On April 27, 1998, the Minister of Citizenship and Immigration Canada (CIC) designated the Rwandan government as a regime which engaged in crimes against humanity and genocide from October 1990 to April 1994, and from April 1994 to July 1994. As a result of his prior status as the Rwandan ambassador of two designated regimes, the applicant was advised by CIC on July 20, 1998, that he was inadmissible to be landed in Canada, in accordance with paragraph 19(1)(l) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.

[5] On August 5, 1998, the applicant sought a ministerial exemption on the basis that he was not complicit in the crimes committed during the Rwandan genocide of 1994, and for that reason, his permanent presence in Canada would not be detrimental to the national interest. Under the current legislation, the ministerial relief provision is found at subsection 35(2) of the Act. The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) denied the application on February 24, 2006. In rendering his decision, the Minister relied upon secret evidence, as a portion of the record disclosed to the applicant was redacted.

[6] On March 24, 2006, the applicant sought judicial review of the Minister's decision. For the purposes of the judicial review, the Board produced a redacted

l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire (IMM-2139-06) devant être instruite le 29 mars 2007.

[2] En réponse, Maximin Segasayo (le demandeur) a déposé une requête afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets.

LES FAITS PERTINENTS

[3] Le demandeur a été l'ambassadeur du Rwanda au Canada de 1991 à 1995. Le 26 janvier 1996, lui et sa famille se sont vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission). Ils ont ensuite présenté des demandes de résidence permanente.

[4] Le 27 avril 1998, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada (CIC) a désigné le gouvernement rwandais à titre de régime ayant commis des crimes contre l'humanité et un génocide d'octobre 1990 à avril 1994 et d'avril 1994 à juillet 1994. Le demandeur ayant été l'ambassadeur du Rwanda de deux régimes désignés, il a été avisé par CIC le 20 juillet 1998 qu'il ne pouvait pas obtenir le statut de résident permanent au Canada, et ce, en vertu de l'alinéa 19(1)l) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.

[5] Le 5 août 1998, le demandeur a sollicité une exception ministérielle en faisant valoir qu'il n'avait pas été complice des crimes commis pendant le génocide rwandais de 1994 et que, de ce fait, sa présence permanente au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. Dans la loi actuelle, l'exception ministérielle est prévue au paragraphe 35(2). Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a rejeté la demande le 24 février 2006, en s'appuyant sur des éléments de preuve secrets, une version expurgée du dossier ayant été communiquée au demandeur.

[6] Le 24 mars 2006, le demandeur a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du ministre. La Commission a produit, aux fins de la présente procé-

certified tribunal record on the grounds that disclosure of the redacted portions would be injurious to national security or the safety of any person.

[7] The respondent then brought before this Court a motion under section 87 of the Act for non-disclosure, requesting:

(a) An order under subsection 87(1) of the Act for the non-disclosure of the secret evidence to the applicant, his counsel and the public; or

(b) In the event that this Court concludes that the requirements for non-disclosure have not been satisfied with respect to some or all of the secret evidence, that this secret evidence be returned to it, that it not form part of the Court file and that it not be disclosed to the applicant, his counsel and the public.

[8] Although the respondent seeks the non-disclosure of the secret evidence, the respondent still wishes to rely on the secret evidence for the purposes of responding to the judicial review application.

[9] In response to the motion for non-disclosure, the applicant has brought a motion requesting a summary of the undisclosed information, but only in the event that the Court orders the secret evidence not to be disclosed to the applicant.

ISSUES FOR CONSIDERATION

1. Was the Minister entitled to rely on the secret evidence when deciding the application for ministerial relief?
2. Did the Minister breach the duty of fairness by not disclosing the secret evidence relied upon when deciding the application for ministerial relief?
3. Alternatively, if the Court orders that the secret evidence not be disclosed to the applicant, is the applicant entitled to a summary of that evidence?

dure, une version expurgée du dossier certifié du tribunal au motif que la divulgation des parties supprimées porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[7] Le défendeur a ensuite déposé une requête en vertu de l'article 87 de la Loi, par laquelle il demande à la Cour :

a) de rendre, en vertu du paragraphe 87(1) de la Loi, une ordonnance interdisant la divulgation des éléments de preuve secrets au demandeur, à son avocate et au public;

b) si elle concluait que les conditions d'une telle ordonnance n'étaient pas remplies relativement à une partie ou à la totalité des éléments de preuve secrets, d'ordonner que ces éléments de preuve lui soient retournés, qu'ils ne soient pas versés au dossier de la Cour et qu'ils ne soient pas divulgués au demandeur, à son avocate et au public.

[8] Bien qu'il demande à la Cour d'interdire la divulgation des éléments de preuve secrets, le défendeur souhaite toujours s'en servir pour répondre à la demande de contrôle judiciaire.

[9] En réponse à la requête en interdiction de divulgation, le demandeur a déposé une requête par laquelle il demande un résumé des éléments de preuve secrets, mais uniquement si la Cour ordonne que ceux-ci ne lui soient pas divulgués.

LES QUESTIONS EN LITIGE

1. Le ministre pouvait-il s'appuyer sur les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception?
2. Le ministre a-t-il manqué à l'obligation d'agir équitablement en ne divulguant pas les éléments de preuve secrets sur lesquels il s'est appuyé pour statuer sur la demande d'exception?
3. Subsidiairement, si la Cour ordonne que les éléments de preuve secrets ne soient pas divulgués au demandeur, ce dernier a-t-il droit à un résumé de ces éléments de preuve?

ANALYSIS

1. Was the Minister entitled to rely on the secret evidence when deciding the application for ministerial relief?

[10] The applicant raised a preliminary matter by arguing that the Minister erred by relying on secret evidence when he denied his ministerial relief application. In particular, the applicant argues that section 87 of the Act is the only section that deals with secret evidence, and that section 87 does not refer to section 35 of the Act.

[11] The parties are in general agreement that the Act does not explicitly provide any legislative authority for the Minister to rely on undisclosed secret evidence when rendering a decision for ministerial relief under subsection 35(2) of the Act. However, while there is no specific provision allowing the Minister to rely on secret evidence, there is also no limitation placed on the Minister as to what he may take into consideration in making his decision. It is undeniable that the applicant's case is made all the more difficult because he is unable to have access to information which may have an impact on the adequacy of his submissions in the judicial review application; however, the applicant failed to cite any jurisprudence stating that the Minister is unable to consider certain information to which he has access. In contrast, there have been two recent cases, similar to the case at bar, where the non-disclosure of confidential material was permitted due to its potential effects on national security, even despite the absence of a legislative scheme for the withholding of sensitive information (*Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 300 (F.C.), *Naeem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 4 F.C.R. 658 (F.C.)). Although *Mohammed* and *Naeem* involve section 34 of the Act as opposed to section 35, they dealt with the same procedural question as the case at bar: the non-disclosure of sensitive information by the Minister for reasons of national security and the safety of persons, absent any definitive legislative authority. The differences between the two sections for the purposes of this motion are immaterial.

L'ANALYSE

1. Le ministre pouvait-il s'appuyer sur les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception?

[10] Le demandeur a soulevé une question préliminaire en faisant valoir que le ministre avait commis une erreur en s'appuyant sur des éléments de preuve secrets pour rejeter sa demande d'exception. Il prétend plus particulièrement que l'article 87 de la Loi est la seule disposition qui traite des éléments de preuve secrets et que l'article 35 de la Loi n'y est pas mentionné.

[11] Les parties reconnaissent de manière générale que la Loi n'autorise pas explicitement le ministre à s'appuyer sur des éléments de preuve secrets non divulgués pour statuer sur une demande d'exception visée au paragraphe 35(2) de la Loi. Il est vrai qu'aucune disposition particulière ne permet au ministre de s'appuyer sur des éléments de preuve secrets, mais rien ne limite les facteurs qu'il peut prendre en considération pour rendre sa décision. Il est incontestable que la situation du demandeur est rendue encore plus difficile par le fait qu'il est incapable d'avoir accès à des renseignements qui pourraient avoir une incidence sur la justesse de ses prétentions dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire. Le demandeur n'a toutefois invoqué aucune décision judiciaire portant que le ministre ne peut prendre en considération certains renseignements qui sont à sa disposition. Cependant, dans deux affaires récentes semblables à celle dont je suis saisi en l'espèce, la Cour a interdit la divulgation de renseignements confidentiels à cause des répercussions que ces renseignements pourraient avoir sur la sécurité nationale, même si aucun régime législatif n'interdisait la non-divulgation de renseignements sensibles (*Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 300 (C.F.), et *Naeem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 4 R.C.F. 658 (C.F.)). Même si elles concernent l'article 34 de la Loi et non l'article 35, les décisions *Mohammed* et *Naeem* traitent de la question de procédure qui est soulevée en l'espèce : l'interdiction, pour le ministre, de divulguer des renseignements sensibles pour des raisons de sécurité nationale et de sécurité des personnes en l'absence d'une disposition

[12] Additionally, by virtue of the nature of the inquiry under section 35 of the Act, i.e. national interest, it is implicit that confidential information will be contemplated. Furthermore, any evidence relied upon by the Minister does not become “secret” until a request has been made for disclosure.

[13] Therefore, in my view, the Minister was able to consult the secret evidence in coming to his decision on the application for ministerial relief. The statutory authority of the Minister to withhold certain information relevant to national security is explained more fully below.

2. Did the Minister breach the duty of fairness by not disclosing the secret evidence relied upon when deciding the application for ministerial relief?

[14] I have carefully reviewed the secret evidence and after conducting a thorough analysis of the information contained therein and weighing the balance of interests involved, I am of the firm view that the information sought to be released (subject to the partial disclosure of a portion of the redacted tribunal record agreed to by the Minister) should not be disclosed and as such, the Minister did not breach the duty of fairness for the following reasons.

[15] There are no rules within the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), or the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1) (the Immigration Rules), which specifically provide for non-disclosure of materials based on national security. The only sections within the Act which speaks to the matter of non-disclosure are sections 86 and 87. However, those sections are not directly applicable here as section 86 applies only with respect to admissibility hearings, a detention review or an appeal before the Immigration Appeal Division. Section 87 concerns only information pursuant to section 11, 86, 112 or 115 of the

législative le prévoyant explicitement. Les différences entre les deux dispositions ne sont pas importantes aux fins de la présente requête.

[12] De plus, vu la nature de l'enquête qui doit être effectuée sous le régime de l'article 35 de la Loi—qui concerne l'intérêt national—il est implicite que des renseignements confidentiels seront examinés. En outre, toute preuve sur laquelle s'appuie le ministre ne devient « secrète » que lorsqu'on demande sa divulgation.

[13] Par conséquent, le ministre pouvait, à mon avis, consulter les éléments de preuve secrets pour statuer sur la demande d'exception. Le pouvoir de garder secrets certains renseignements liés à la sécurité nationale qui est conféré au ministre par la loi est expliqué plus en détail ci-dessous.

2. Le ministre a-t-il manqué à l'obligation d'agir équitablement en ne divulguant pas les éléments de preuve secrets sur lesquels il s'est appuyé pour statuer sur la demande d'exception?

[14] J'ai examiné avec soin les éléments de preuve secrets et, après avoir effectué une analyse approfondie des renseignements qu'ils renferment et avoir soupesé les intérêts en jeu, je crois fermement que les renseignements dont la divulgation est demandée ne devraient pas être divulgués (sous réserve de la divulgation d'une partie de la version expurgée du dossier du tribunal qui a été acceptée par le ministre) et, en conséquence, que le ministre n'a pas manqué à l'obligation d'agir équitablement et ce, pour les motifs qui suivent.

[15] Les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2, et les *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1) (les Règles en matière d'immigration), n'interdisent pas expressément la divulgation de documents ou de renseignements pour des raisons de sécurité nationale. Les seules dispositions de la Loi où il est question d'interdiction de divulgation sont les articles 86 et 87. Ces dispositions ne sont cependant pas directement applicables en l'espèce puisque l'article 86 s'applique seulement dans le cas d'un appel à la Section d'appel de l'immigration, d'un contrôle de la

Act. None of those requirements apply in this case, as the applicant was denied ministerial relief under subsection 35(2) of the Act.

[16] Rules 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19; 2006-219, s. 11(F)] and 318, contained in Part V of the *Federal Courts Rules*, also address the subject of non-disclosure by permitting a tribunal to object to a request for disclosure of relevant materials in its possession. The Minister is considered to be a tribunal [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15] pursuant to subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. However, rules 317 and 318 of the *Federal Court Rules* do not apply in the context of the Immigration Rules, because they are not included within subrule 4(1) [as am. by SOR/2005-339, s. 3] of the Immigration Rules. The current version of subrules 4(1) and (2) (as am. *idem*) of the Immigration Rules states:

4. (1) Subject to subrule (2), except to the extent that they are inconsistent with the Act or these Rules, Parts 1 to 3, 6, 7, 10 and 11 and rules 383 to 385 of the *Federal Courts Rules* apply to applications for leave, applications for judicial review and appeals.

(2) Rule 133 of the *Federal Courts Rules* does not apply to the service of an application for leave or an application for judicial review.

[17] The procedural difficulties in respect of non-disclosure of secret evidence on the basis of national security have been previously discussed by this Court in *Mohammed*, above, and *Naeem*, above. Both of my colleagues have dealt with the lacuna in the rules by applying rule 4 of the *Federal Courts Rules* in order to bridge the gap left by this legislative oversight (*Naeem*, above). Rule 4 of the *Federal Courts Rules* provides:

4. On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

détention ou d'une enquête, et l'article 87 concerne seulement les renseignements visés aux articles 11, 86, 112 ou 115 de la Loi. La présente affaire n'est pas visée par ces dispositions puisque le demandeur s'est vu refuser une exception ministérielle en vertu du paragraphe 35(2) de la Loi.

[16] Les règles 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19; 2006-219, art. 11(F)] et 318, qui figurent à la partie V des *Règles des Cours fédérales*, traitent aussi de la question de la non-divulgence en permettant à un office fédéral de s'opposer à une demande de communication de documents ou d'éléments pertinents en sa possession. Le ministre est réputé être un « office fédéral » [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 15] selon le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Les règles 317 et 318 des *Règles des Cours fédérales* ne s'appliquent cependant pas dans le contexte des Règles en matière d'immigration parce qu'ils ne sont pas mentionnés au paragraphe 4(1) [mod. par DORS/2005-339, art. 3] et (2) [mod., *idem*] de ces Règles. Les paragraphes 4(1) et (2) [mod., *idem*] sont actuellement libellés comme suit :

4. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la demande d'autorisation, la demande de contrôle judiciaire et l'appel sont régis par les parties 1, 2, 3, 6, 7, 10 et 11 et les règles 383 à 385 des *Règles des Cours fédérales*, sauf dans le cas où ces dispositions sont incompatibles avec la Loi ou les présentes règles.

(2) La règle 133 des *Règles des Cours fédérales* ne s'applique pas à la signification d'une demande d'autorisation ou d'une demande de contrôle judiciaire.

[17] La Cour a analysé les problèmes créés sur le plan de la procédure par l'interdiction de divulgation d'éléments de preuve secrets pour des raisons de sécurité nationale dans *Mohammed*, précitée, et dans *Naeem*, précitée. Mes deux collègues ont corrigé la lacune dans les règles découlant d'un oubli du législateur en appliquant la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*. Cette disposition prévoit :

4. En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[18] In my view, this is the correct approach to take and I will adopt the procedures outlined by my colleagues in *Mohammed*, above, and *Naeem*, above.

[19] In short, the applicable section for non-disclosure by reason of national security is section 87 of the Act. In addition, the parties both agree that section 87 is the most closely related procedure in the Act that deals with non-disclosure of information. Section 87 states:

87. (1) The Minister may, in the course of a judicial review, make an application to the judge for the non-disclosure of any information with respect to information protected under subsection 86(1) or information considered under section 11, 112 or 115.

(2) Section 78, except for the provisions relating to the obligation to provide a summary and the time limit referred to in paragraph 78(d), applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require

[20] In considering whether the redacted portions of the tribunal record should be disclosed, I have weighed two competing factors in this case. The first is the duty of fairness to the applicant so as to provide a “full and frank disclosure” of all relevant information (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.)). This is essential because the applicant has the onus of establishing his case and has the burden of providing adequate reply in the judicial review. The other factor to be considered is the public interest in protecting information injurious to national security.

[21] After thoroughly scrutinizing the secret evidence and determining its reliability, its contents, its probative value, and its cogency, I have no hesitation in ruling that it remain undisclosed to the applicant, his counsel and the public, subject to those portions the Minister had agreed to release during the *ex parte in-camera* hearing. It is without a doubt that the content, nature and sources of the sensitive information in dispute would be injurious to national security if disclosed. I am limited by the

[18] À mon avis, cette méthode est celle qu’il convient d’adopter et j’appliquerai la procédure décrite par mes collègues dans *Mohammed*, précitée, et dans *Naeem*, précitée.

[19] En résumé, la disposition qui régit l’interdiction de divulgation pour des raisons de sécurité nationale est l’article 87 de la Loi. En outre, les parties conviennent que la procédure prévue par cette disposition est celle qui, dans la Loi, est la plus pertinente quant à l’interdiction de divulgation de renseignements. L’article 87 prévoit ce qui suit :

87. (1) Le ministre peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, demander au juge d’interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115.

(2) L’article 78 s’applique à l’examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l’obligation de fournir un résumé et au délai.

[20] Pour déterminer si les parties du dossier du tribunal qui ont été supprimées devraient être divulguées, j’ai sopesé deux facteurs opposés en l’espèce. Le premier est l’obligation d’agir équitablement envers le demandeur de façon qu’il y ait « divulgation complète et fidèle » de tous les renseignements pertinents (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.)). Cette divulgation est essentielle parce que le demandeur a le fardeau de démontrer le bien-fondé de ses prétentions et de donner une réponse adéquate dans le cadre du contrôle judiciaire. L’autre facteur qui doit être pris en compte est l’intérêt public qu’il y a à protéger les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[21] Après avoir examiné de façon très minutieuse les éléments de preuve secrets et avoir évalué leur fiabilité, leur teneur, leur valeur et leur force, je conclus sans hésitation qu’ils ne doivent pas être divulgués au demandeur, à son avocate et au public, sous réserve des parties que le ministre a accepté de divulguer lors de l’audience *ex parte* tenue à huis clos. Il ne fait aucun doute qu’à cause de leur teneur, de leur nature et de leurs sources, les renseignements sensibles en cause en

sensitive nature of the inquiry to not go into further detail as to my reasons for coming to such a conclusion.

[22] That being said, I wish to emphasize that the amount of secret evidence in this file is fairly limited. In fact, the secret evidence consists of an internal memo of the Canada Border Services Agency (the CBSA), two and a half pages in length, where portions of five different paragraphs are redacted, and a six-page letter from the Canadian Security Intelligence Service to the CBSA where 12 out of 17 paragraphs are redacted. When one considers that the tribunal record is 702 pages in length, it is my opinion that the information that is not disclosed to the applicant represents a very small portion of the information regarding the applicant. As the applicant has been given access to the overwhelming majority of the information provided to the Minister, most of which was actually submitted by the applicant, the non-disclosure of those few paragraphs appears quite reasonable in light of the national security concerns, and would not amount to a breach of procedural fairness.

[23] Before concluding the issue of procedural fairness, I would also like to address the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, released on February 23, 2007.

[24] In *Charkaoui*, above, the Supreme Court of Canada declared the procedure followed for the judicial confirmation of security certificates and the review of detention, found at sections 77 to 85 [ss. 77 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 79 (as am. *idem*)] of the Act to be unconstitutional. Since the procedure outlined in section 78 applies in the context of motions for non-disclosure under section 87, I have considered the constitutionality of the procedure followed under section 78 within the context of applications under section 87 of the Act.

[25] First, it must be stated that the Supreme Court of Canada recognized that “[t]he right to know the case to be met is not absolute”, and that there are Canadian statutes, other than the *Immigration and Refugee*

l’espèce porteraient atteinte à la sécurité nationale s’ils étaient divulgués. La nature délicate de l’enquête m’empêche d’expliquer plus en détail les motifs de ma conclusion.

[22] Cela étant dit, j’aimerais souligner que les éléments de preuve secrets sont assez peu nombreux en l’espèce. En fait, il s’agit seulement d’une note de service interne de deux pages et demie de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC), dont cinq paragraphes ont été supprimés en partie, et d’une lettre de six pages adressée à l’ASFC par le Service canadien du renseignement de sécurité, dont 12 des 17 paragraphes ont été supprimés. Compte tenu du fait que le dossier du tribunal compte 702 pages, les renseignements qui ne sont pas divulgués au demandeur représentent, à mon avis, une très petite partie de l’information concernant ce dernier. Comme le demandeur a eu accès à la très grande majorité des renseignements fournis au ministre—dont la plupart par le demandeur lui-même—le fait que ces quelques paragraphes ne soient pas divulgués semble plutôt raisonnable vu les préoccupations concernant la sécurité nationale et ne constituerait pas un manquement à l’équité procédurale.

[23] Avant de conclure la question de l’équité procédurale, j’aimerais faire quelques commentaires au sujet de l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, le 23 février 2007.

[24] Dans *Charkaoui*, précité, la Cour suprême du Canada a déclaré inconstitutionnelles la procédure de confirmation judiciaire des certificats de sécurité et la procédure de contrôle de la détention prévues aux articles 77 à 85 [art. 77 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 79 (mod., *idem*)] de la Loi. Comme la procédure prévue à l’article 78 s’applique dans le contexte des requêtes en interdiction de divulgation fondées sur l’article 87, j’ai examiné la constitutionnalité de cette procédure dans le contexte des demandes fondées sur l’article 87 de la Loi.

[25] En premier lieu, il faut dire que la Cour suprême du Canada a reconnu que « [l]e droit d’une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n’est pas absolu » et qu’il y a des lois canadiennes, autres que la *Loi sur*

Protection Act, which provide for *ex parte* or *in camera* hearings, “in which judges must decide important issues after hearing from only one side” (*Charkaoui*, above, at paragraph 57).

[26] The Supreme Court of Canada also acknowledged its previous rulings where the balancing of national security and the disclosure of information was at stake. Chief Justice McLachlin wrote in *Charkaoui*, above, at paragraph 58:

More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee (SIRC) could, in investigating certificates under the former *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state’s “interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources” (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, “[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents” (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

[27] In considering the particular issue of security certificates, Chief Justice McLachlin concluded that:

In the context of national security non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty

l’immigration et la protection des réfugiés, qui prévoient la tenue d’audiences à huis clos ou *ex parte* « au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d’une seule partie » (*Charkaoui*, précité, au paragraphe 57).

[26] La Cour suprême du Canada a aussi tenu compte des arrêts qu’elle a rendus dans le passé où l’équilibre entre la sécurité nationale et la divulgation de renseignements étaient en jeu. La juge en chef McLachlin a écrit ce qui suit au paragraphe 58 de *Charkaoui*, précité :

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à l’intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d’enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d’examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52. Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l’« intérêt [de l’État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu’un réfugié susceptible d’être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d’être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l’existence d’autres motifs valables d’en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d’une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l’exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d’ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

[27] Au sujet de la question particulière des certificats de sécurité, la juge en chef McLachlin a conclu ce qui suit :

La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l’étendue peut être assez vaste, ajoutée aux

imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the case to meet, and an opportunity to meet the case. . . . If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

[28] While this may be true in the context of security certificates, such is not necessarily the case when dealing with applications for non-disclosure under section 87 of the Act. The first distinction to be made is that, while the ultimate outcome of deportation may be the same, only those subject to a security certificate face detention while awaiting a decision on their inadmissibility. As such, only the security interest, not the liberty interest, is at stake under section 87. The respondent also points out that even deportation is not a certainty in this case, since the applicant has been recognized as a Convention refugee, and is thus subject to section 115 of the Act, which prohibits his deportation barring a determination by the Minister that he “should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.” Since the Minister has yet to form this opinion, the respondent maintains that the applicant’s section 7 [of 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]] rights are not engaged at this time.

[29] The second very important distinction concerns the amount of information for which non-disclosure is sought. Where a security certificate is issued, the information that is sought to be kept from the person named in the security certificate is in the form of a Security Intelligence Report prepared by the Canadian

graves atteintes portées à la liberté d’une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l’art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l’essentiel, le principe vénérable voulant qu’une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d’y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C’est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l’art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l’informer pour l’essentiel. Ni l’un ni l’autre n’a été fait en l’espèce.

[28] Cela est peut-être vrai dans le contexte des certificats de sécurité, mais pas nécessairement dans le cas des demandes d’interdiction de divulgation fondées sur l’article 87 de la Loi. La première distinction qu’il faut faire réside dans le fait que, bien que le résultat puisse être le même dans les deux cas—l’expulsion—, seules les personnes faisant l’objet d’un certificat de sécurité risquent d’être détenues jusqu’à ce que la question de l’interdiction de territoire soit tranchée. Ainsi, la sécurité est en cause dans le contexte de l’article 87, mais non la liberté. Le défendeur souligne en outre qu’il n’est même pas certain que le demandeur sera expulsé puisque, du fait qu’il a obtenu le statut de réfugié, il est visé à l’article 115 de la Loi, qui prévoit qu’il ne peut être expulsé que si le ministre estime qu’il « ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada ». Le défendeur soutient que, comme le ministre n’a pas encore donné un avis en ce sens, les droits garantis au demandeur par l’article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] ne sont pas en jeu pour le moment.

[29] La deuxième distinction très importante concerne la quantité de renseignements visés par la demande d’interdiction de divulgation. Lorsqu’un certificat de sécurité est délivré, les renseignements que l’on ne veut pas communiquer à la personne nommée dans le certificat sont contenus dans un document intitulé

Security Intelligence Service, a report which will usually contain a large number of annexes. Therefore, this is a situation where the non-disclosure will likely be extensive; moreover, the person named in the certificate will have no way of knowing the extent of the information that is being withheld. Such is not the case under section 87, where a redacted tribunal record may be prepared and where the person will be able to determine the exact amount of information that is being kept from them.

[30] In this case, as stated above, only a portion of two short documents, out of the 702-page tribunal record, were redacted. Since the person concerned is aware of the great majority of the information on which the decision maker relied, there would also be no need to provide the applicant with a “substantial substitute” to the information for which the application for non-disclosure is granted.

[31] It is my conclusion therefore that the decision in *Charkaoui*, above, on the constitutionality of section 78 of the Act in the context of security certificates, can be distinguished when section 78 procedures are followed in the context of applications under section 87 of the Act.

[32] As such, I maintain my position that there was no breach of the applicant’s right to procedural fairness in the case before us.

3. Alternatively, if the Court orders that the secret evidence not be disclosed to the applicant, is the applicant entitled to a summary of that evidence?

[33] Section 87 of the Act clearly states that section 78 is to apply with respect to the procedural steps involved in dealing with the non-disclosure of certain information; however, the obligation of providing a summary is specifically excluded at subsection 87(2). I see no reason why I should depart from the procedures outlined therein.

[34] Furthermore, given the context and the nature of the information, it would be impossible to provide a

« Rapport sur les renseignements de sécurité », qui est préparé par le Service canadien du renseignement de sécurité et qui comporte habituellement de nombreuses annexes. Aussi, l’interdiction de divulgation aura probablement une portée très large; en outre, la personne nommée dans le certificat n’aura aucun moyen de connaître la quantité de renseignements qui ne sont pas divulgués. Or, il en est autrement dans le cas de l’article 87 : une version expurgée du dossier du tribunal peut être préparée et l’intéressé sera en mesure de connaître la quantité exacte de renseignements qui ne lui sont pas divulgués.

[30] Comme je l’ai mentionné précédemment, seule une partie de deux courts documents, sur les 702 pages que compte le dossier du tribunal, a été supprimée en l’espèce. Comme l’intéressé connaît la très grande majorité des renseignements sur lesquels le décideur s’est appuyé, il n’y aurait pas lieu non plus de « trouver une autre façon de l’informer pour l’essentiel » des renseignements visés par l’interdiction de divulgation.

[31] En conséquence, je conclus que la décision qui a été rendue dans *Charkaoui*, précité, sur la constitutionnalité de l’article 78 de la Loi dans le contexte des certificats de sécurité ne s’applique pas lorsque la procédure de l’article 78 est suivie dans le contexte d’une demande fondée sur l’article 87 de la Loi.

[32] Par conséquent, je maintiens ma conclusion selon laquelle le droit du demandeur à l’équité procédurale n’a pas été violé en l’espèce.

3. Subsidiairement, si la Cour ordonne que les éléments de preuve secrets ne soient pas divulgués au demandeur, ce dernier a-t-il droit à un résumé de cette preuve?

[33] L’article 87 de la Loi prévoit clairement que l’article 78 doit s’appliquer relativement à la procédure concernant l’interdiction de divulgation de certains renseignements; l’obligation de fournir un résumé est toutefois expressément exclue au paragraphe 87(2). Je ne vois aucune raison de ne pas adopter cette procédure en l’espèce.

[34] En outre, compte tenu du contexte et de la nature des renseignements, il serait impossible de fournir un

summary of the confidential information, as to do so may jeopardize foreign relations, betray the identities of informants, reveal sensitive information useful in conducting national and foreign policy, and may possibly endanger the lives of third parties. It may thus render the information that is being protected useless and exhaust the sources on which Canadian authorities rely. Therefore, it would be inconsistent with the legislative intent to import into section 87 of the Act the requirement that the Minister must provide a summary of the confidential information. There is also jurisprudence to the effect that a summary in the particular circumstances was not necessary and/or was impossible to provide (see *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.); *Mohammed*, above; *Charkaoui (Re)*, above; *Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511).

[35] Accordingly, the motion for non-disclosure is granted and the motion for a summary of the secret evidence is dismissed.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The motion by the respondent for non-disclosure of part of the tribunal record is granted;
2. The redacted version of the tribunal record already served and filed with the Court will stand as the tribunal record;
3. The motion by the applicant for a summary of the secret evidence is dismissed;
4. Without costs.

résumé des renseignements confidentiels car cela pourrait mettre en péril les relations étrangères, dévoiler l'identité d'informateurs, révéler des renseignements sensibles utiles à la politique nationale et à la politique étrangère et peut-être mettre en danger la vie de tiers, ce qui pourrait rendre inutile l'information protégée et épuiser les sources des autorités canadiennes. Par conséquent, il serait contraire à l'intention du législateur d'incorporer, à l'article 87 de la Loi, l'exigence que le ministre fournisse un résumé des renseignements confidentiels. De plus, des décisions ont établi que, dans certaines circonstances, il est impossible ou il n'est pas nécessaire de fournir un résumé (voir *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.); *Mohammed*, précitée; *Charkaoui (Re)*, précitée; *Zündel (Re)*, 2005 CF 295).

[35] Par conséquent, la requête en interdiction de divulgation est accueillie et la requête visant l'obtention d'un résumé des éléments de preuve secrets est rejetée.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête en interdiction de divulgation d'une partie du dossier du tribunal qui a été présentée par le défendeur est accueillie.
2. La version expurgée du dossier du tribunal qui a déjà été signifiée et déposée à la Cour constituera le dossier du tribunal.
3. La requête présentée par le demandeur afin d'obtenir un résumé des éléments de preuve secrets est rejetée.
4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-313-06
2007 FCA 141

A-313-06
2007 CAF 141

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Canada) (*Appellant*)

Le Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (Canada) (*appelant*)

v.

c.

Thanh Thi Nhu Pham (*Respondent*)

Thanh Thi Nhu Pham (*intimée*)

INDEXED AS: PHAM v. M.N.R. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PHAM c. M.R.N. (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans JJ.A.—Toronto, March 21; Ottawa, April 5, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Evans, J.C.A.—Toronto, 21 mars; Ottawa, 5 avril 2007.

Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Appeal from Federal Court decision ordering mandamus compelling appellant to make decision under Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act (Act), s. 25 as to whether s. 12(1) contravened — On April 14, 2005, Canadian customs officials seized non-reported sum of money from car driven by someone other than respondent on suspicion proceeds of crime under Act, s. 18(1), (2) — Respondent requesting, pursuant to s. 25, review of enforcement action as lawful owner of currency but file closed for lack of evidence — Ss. 25 to 31 describing first party process — Involving only two decisions (under ss. 27, 29) — Whether applicant “lawful owner” of currency merely preliminary determination — Minister’s request for some evidence respondent lawful owner not improper but error in law to attempt evidentiary inquiry as to that claim at that stage — Mandamus not appropriate — Minister’s decision set aside, matter sent back to Minister for continuation of inquiry.

Douanes et accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Appel de la décision de la Cour fédérale, qui a prononcé une ordonnance de mandamus forçant l’appellant à rendre une décision en application de l’art. 25 de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes (la Loi) pour savoir si l’art. 12(1) avait été enfreint — Le 14 avril 2005, des agents des douanes canadiennes ont saisi une somme d’argent non déclarée dans une voiture conduite par une personne autre que l’intimée car ils soupçonnaient qu’ils s’agissait de produits de la criminalité selon les art. 18(1) et (2) de la Loi — L’intimée a demandé, en application de l’art. 25, à ce qu’il y ait révision de la saisie à titre de propriétaire légitime des espèces, mais le dossier a été fermé parce qu’il n’y avait pas assez d’éléments de preuve — Les art. 25 à 31 décrivent la procédure relative à la partie principale — Cette procédure ne vise que deux décisions (fondées sur les art. 27 et 29) — La question de savoir si le requérant était le « propriétaire légitime » n’était qu’une conclusion préliminaire — Il n’était pas fautif de la part du ministre d’exiger que l’intimée fournisse certains éléments de preuve indiquant qu’elle était la propriétaire légitime, mais il a commis une erreur de droit en tentant d’ouvrir une enquête probatoire relativement à cette revendication à ce stade — Le mandamus n’était pas approprié — La décision du ministre a été annulée et l’affaire lui a été renvoyée pour qu’il poursuive l’enquête.

This was an appeal from a Federal Court decision issuing an order of *mandamus* compelling the appellant to make a decision, as requested by the respondent under section 25 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* (Act), as to whether subsection 12(1) was contravened. On April 14, 2005, Canadian customs officials seized a non-reported sum of money from a car driven by a female, suspecting that it was proceeds of crime under subsections 18(1) and (2) of the Act. The respondent’s

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision de la Cour fédérale, qui a prononcé une ordonnance de *mandamus* forçant l’appellant à rendre une décision, comme l’intimée lui a demandé en application de l’article 25 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (la Loi), pour savoir si le paragraphe 12(1) avait été enfreint. Le 14 avril 2005, des agents des douanes canadiennes ont saisi une somme d’argent non déclarée dans une voiture conduite par une femme car ils soupçonnaient

solicitor wrote to the Minister stating that the respondent was the lawful owner of the currency and requesting, pursuant to section 25 of the Act, a review of the seizure and a Minister's decision. The Canada Border Services Agency replied that the respondent's request could not be accepted as a first party request for a decision of the Minister since proof of lawful ownership of the seized money would be required. Although the respondent's solicitor sent two affidavits—one from the driver and the other from the owner of the funds—the adjudicator closed the file on the basis of insufficient evidence that the respondent was the lawful owner of the currency. On application for an order of *mandamus*, the Federal Court found that section 25 of the Act does not require the Minister to make any inquiry as to whether the person making the request for a decision is the lawful owner and found that it was unreasonable for the Minister to attempt to begin an evidentiary inquiry about the claim at that stage. The issue was whether the Federal Court erred in its findings with respect to the respondent's request.

Held, the appeal should be allowed.

The case was determined based on the Act before the February 10, 2007, amendments came into force. When currency is seized under subsection 18(1), two types of proceedings are available: a first party request and a third party claim. The first party request, described in sections 25 to 31, is made by the person from whom the currency was seized or by the "lawful owner" of the currency. The Minister or the Federal Court determines whether subsection 12(1) has been contravened (failure to report currency and monetary instruments). If there is a finding of contravention, the Minister decides whether to return the currency and whether to impose a penalty. The first party process also implicitly dealt with the seizure and forfeiture under section 18 (including the payment of a penalty). Paragraph 18(3)(a) expressly gives the person from whom the currency was seized the right to review and appeal set out in sections 25 and 30. Thus, there is one review process, which is the request made to the Minister under section 25, and one appeal process, which is the appeal by way of action to the Federal Court under section 30. Section 24 states that the forfeiture is subject to review to the extent provided in sections 25 to 30, thus indicating that examination of the forfeiture is also part of the continuing process set out in sections 25 to 30. The first party request is the only remedy available under the statute to challenge "the forfeiture of the currency . . . seized". There are two discrete decisions involved in the first party process:

qu'il s'agissait de produits de la criminalité selon les paragraphes 18(1) et (2) de la Loi. L'avocat de l'intimée a écrit au ministre pour lui déclarer que sa cliente était la propriétaire légitime des espèces et lui demander, en application de l'article 25 de la Loi, à ce qu'il y ait révision de la saisie et de la décision du ministre. L'Agence des services frontaliers du Canada a répondu que la correspondance de l'intimée ne pouvait pas être acceptée comme partie principale dans la demande de décision ministérielle, la propriété légitime de la somme saisie devant être établie. Bien que l'avocat de l'intimée ait envoyé deux affidavits—l'un du conducteur et l'autre de la propriétaire des espèces—l'arbitre a fermé le dossier au motif qu'il n'y avait pas assez d'éléments de preuve démontrant que l'intimée était la propriétaire légitime de la somme en cause. Dans le cadre de la demande d'ordonnance de *mandamus*, la Cour fédérale a statué que l'article 25 de la Loi n'oblige pas le ministre à se demander si celui qui demande une décision est le propriétaire légitime et elle a déclaré qu'il était déraisonnable, à ce stade, pour le ministre de vouloir entreprendre une enquête. La question à trancher était celle de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rendant sa décision relativement à la demande de l'intimée.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'affaire a été tranchée avant l'entrée en vigueur des modifications apportées à la Loi le 10 février 2007. Il y a deux types de procédures disponibles lorsque des espèces sont saisies en vertu du paragraphe 18(1) : une demande de la partie principale et une revendication à titre de tiers. La demande de la partie principale, décrite aux articles 25 à 31, est présentée par la personne entre les mains de laquelle des espèces ont été saisies ou par leur « propriétaire légitime ». Le ministre ou la Cour fédérale détermine si le paragraphe 12(1) a été enfreint (non-déclaration des espèces et effets). S'il est conclu qu'il y a contravention, le ministre décidera s'il y a restitution ou non des espèces avec ou sans le paiement d'une pénalité. La procédure relative à la partie principale visait aussi implicitement la saisie et la confiscation en vertu de l'article 18 (y compris le paiement d'une pénalité). L'alinéa 18(3)a accorde expressément au saisi le droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30. Il n'y a donc qu'une procédure de révision, soit la demande présentée au ministre en application de l'article 25, et qu'une seule procédure d'appel, soit l'appel à la Cour fédérale par voie d'action suivant l'article 30. L'article 24 énonce que la confiscation est susceptible de révision dans la mesure prévue aux articles 25 à 30, précisant donc que l'examen de la confiscation fait aussi partie de la procédure continue énoncée aux articles 25 à 30. La demande de la partie principale est le seul recours disponible sous le régime de la Loi pour contester « la

the section 27 decision and the section 29 decision. The Minister argued that section 25 required a third decision, i.e. that before conducting the requested review, the Minister must be satisfied that the applicant is the “lawful owner” of the currency. That suggestion confuses a preliminary determination with a decision made at the end of the process. When the Minister receives a request from a person claiming to be the lawful owner of the currency, he must satisfy himself that the person is what he says but the burden on the applicant is minimal. The Minister’s request for some evidence that the respondent was the lawful owner was not improper. However, it was an error of law for the Minister to attempt to enter into some kind of evidentiary inquiry as to that claim at that stage.

An order of *mandamus* was not appropriate in the circumstances. The Minister’s decision to close the file should be set aside and the matter sent back to the Minister for the continuation of the inquiry.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48), 12(1) (as am. *idem*, s. 54), (3)(a) (as am. *idem*, (e), 18 (as am. *idem*, s. 134), 24 (as am. by S.C. 2006, c. 12, s. 14), 24.1 (as enacted *idem*), 25 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 61), 26 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 27 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 62), 28, 29, 30 (as am. *idem*, s. 139; 2006, c. 12, s. 16), 31 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 32 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 63; 2005, c. 38, s. 127), 33, 34, 35 (as am. by *idem*, s. 127).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Dokaj v. M.N.R., [2006] 2 F.C.R. 152; (2005), 282 F.T.R. 121; 2005 FC 1437; *Tourki v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 205 C.C.C. (3d) 449; 285 F.T.R. 291; 2006 FC 50; *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 208.

confiscation d’espèces . . . saisies ». Il y a deux décisions distinctes dans la procédure relative à la partie principale : la décision fondée sur l’article 27 et celle fondée sur l’article 29. Le ministre a soutenu que l’article 25 imposait une troisième décision, c’est-à-dire qu’avant d’entreprendre la révision demandée, le ministre doit être convaincu que le requérant est le « propriétaire légitime » des espèces. Cette proposition confond les conclusions préliminaires avec les décisions qui sont rendues à la fin de la procédure. Lorsqu’il reçoit une demande d’une personne qui revendique la propriété légitime des espèces, le ministre doit être convaincu que la personne est bel et bien celle qu’elle prétend être et le fardeau qui incombe au requérant est minimal. Il n’était pas fautif de la part du ministre d’exiger que l’intimée fournisse certains éléments de preuve indiquant qu’elle était la propriétaire légitime. Toutefois, le ministre a commis une erreur de droit en tentant d’ouvrir une sorte d’enquête probatoire relativement à cette revendication à ce stade.

Une ordonnance de *mandamus* n’était pas appropriée dans les circonstances. La décision du ministre de fermer le dossier devrait être annulée et l’affaire devrait être renvoyée au ministre pour qu’il poursuive l’enquête.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48), 12(1) (mod. *idem*, art. 54), (3)a (mod., *idem*, e), 18 (mod., *idem*, art. 134), 24 (mod. par L.C. 2006, ch. 12, art. 14), 24.1 (édicte, *idem*), 25 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 61), 26 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 27 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 62), 28, 29, 30 (mod. *idem*, art. 139; 2006, ch. 12, art. 16), 31 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 32 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 63; 2005, ch. 38, art. 127), 33, 34, 35 (mod. *idem*, art. 127).

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 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

Dokaj c. M.N.R., [2006] 2 R.C.F. 152; 2005 CF 1437; *Tourki c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 50; *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 208.

APPEAL from a Federal Court decision (2006 FC 759) issuing an order of *mandamus* compelling the appellant to make a decision as requested by the respondent under section 25 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* as to whether section 12(1) was contravened. Appeal allowed.

APPEL à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (2006 CF 759), qui a prononcé une ordonnance de *mandamus* forçant l'appelant à rendre une décision, comme l'intimée lui a demandé en application de l'article 25 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, pour savoir si le paragraphe 12(1) avait été enfreint. Appel accueilli.

APPEARANCES:

Richard Casanova and *Jan E. Brongers* for appellant.
Steven Tress for respondent.

ONT COMPARU :

Richard Casanova et *Jan E. Brongers* pour l'appelant.
Steven Tress pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Steven Tress, Toronto, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Steven Tress, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] DÉCARY J.A.: This appeal raises issues pertaining to the powers and duties of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the Minister) under the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 [s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 48)] (the Act).

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Le présent appel soulève des questions relatives aux pouvoirs et devoirs du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) sous le régime de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch.17 [art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 48)] (la Loi).

The Facts

[2] The facts are straightforward. On April 14, 2005, Canadian customs officials discover a non-reported sum of money totalling \$181,600 in United States funds in a car driven by a Ms. Nguyen. The officials seize the currency, suspecting it to be proceeds of crime under the provisions of subsections 18(1) and 18(2) [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 134] of the Act.

Faits

[2] Les faits sont simples. Le 14 avril 2005, des agents des douanes canadiennes découvrent une somme d'argent non déclarée totalisant 181 600 dollars américains dans une voiture conduite par une certaine M^{me} Nguyen. Les agents saisissent les espèces, car ils soupçonnent qu'elles sont des produits de la criminalité selon les dispositions des paragraphes 18(1) et 18(2) [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 134] de la Loi.

[3] Ms. Nguyen is given a receipt from the officials wherein she is informed that she, or the lawful owner of the currency, is entitled, within 90 days, to "file a request to review this enforcement action and request a

[3] Les agents délivrent un reçu à M^{me} Nguyen par lequel on l'informe qu'elle ou le propriétaire légitime des espèces a droit, dans les 90 jours, [TRADUCTION] « de déposer une demande de révision de cette mesure

decision of the Minister of National Revenue” (A.B., at page 45). This right to request a Minister’s decision is granted by section 25 [as am. *idem*, s. 61] of the Act. (Even though the receipt referred to the Minister of National Revenue, the actual Minister involved is the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. The correction was made at some point. Nothing turns on it.)

[4] On July 11, 2005, the solicitor for Ms. Pham, the respondent, writes to the Minister stating that Ms. Pham is the lawful owner of the currency and is requesting pursuant to section 25 of the Act a review of the seizure and a decision of the Minister.

[5] On July 19, 2005, the Canada Border Services Agency (the Agency) acknowledges receipt of the respondent’s solicitor’s letter of July 11, 2005. The letter explains that the ministerial review will be conducted by the Recourse Directorate of the Agency, “which has a mandate to perform a full and impartial review of the enforcement action” (A.B., at page 49). The letter goes on to say that a Mr. Sears has been assigned as adjudicator to the file and that a letter will follow within 45 days which “will contain a full explanation of the reasons for the enforcement action, and will begin the review process.” The letter adds that “upon receiving the letter, you will be given ample opportunity to provide further information with regards to your case.” Appended to the letter is an “information sheet” answering “frequently asked questions” with respect to “appealing an enforcement action” (A.B., at page 51).

[6] On July 22, 2005, the Agency provides a substantive response to the July 11, 2005 letter. The letter reads (A.B., at pages 52-53):

Unfortunately, your correspondence cannot be accepted as a first-party request for a decision of the Minister. In order to be accepted as a first party, you would have to prove you are the lawful owner of the seized money. As it is very difficult to prove ownership of currency, you may wish to file a third-party claim.

d’exécution et de demander une décision du ministre du Revenu national » (D.A., à la page 45). Ce droit de demander une décision au ministre est reconnu à l’article 25 [mod., *idem*, art. 61] de la Loi. (Bien que le reçu fasse référence au ministre du Revenu national, le véritable ministre en cause est le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. La correction a été apportée à un certain moment. Cette question n’est pas en cause.)

[4] Le 11 juillet 2005, l’avocat de M^{me} Pham, l’intimée, écrit au ministre pour lui déclarer que sa cliente est la propriétaire légitime des espèces et que celle-ci demande, en application de l’article 25 de la Loi, à ce qu’il y ait révision de la saisie et décision du ministre.

[5] Le 19 juillet 2005, l’Agence des services frontaliers du Canada (l’Agence) accuse réception de la lettre de l’avocat de l’intimée en date du 11 juillet 2005. La lettre explique que la révision ministérielle sera effectuée par la Direction des recours de l’Agence, [TRADUCTION] « qui a le mandat d’effectuer une révision complète et impartiale de la mesure d’exécution » (C.A., à la page 49). On dit aussi dans la lettre qu’un certain M. Sears a été désigné à titre d’arbitre au dossier, et qu’une lettre suivra dans les 45 jours : elle [TRADUCTION] « comprendra une explication complète des motifs de la mesure d’exécution et déclenchera la procédure de révision ». La lettre ajoute que [traduction] « sur réception de la présente, vous aurez amplement l’occasion de fournir des renseignements supplémentaires concernant votre cause ». Une « fiche de renseignements » est jointe à la lettre : elle comprend une « foire aux questions » portant sur « la procédure d’appel applicable à une mesure d’exécution » (D.A., à la page 51).

[6] Le 22 juillet 2005, l’Agence donne une réponse élaborée à la lettre du 11 juillet de cette même année. La lettre est ainsi rédigée (D.A., aux pages 52 et 53) :

[TRADUCTION] Malheureusement, votre correspondance ne nous permet pas de vous accepter comme partie principale dans la demande de décision ministérielle. Pour être accepté comme partie principale, vous devez prouver que vous êtes le propriétaire légitime de la somme saisie. Comme il est très difficile de prouver la propriété d’espèces, vous voudrez sans doute déposer une revendication de tiers.

If currency or monetary instruments have been seized as forfeit under Section 18(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, any person, other than the person in whose possession the currency or monetary instruments were when seized, who claims an interest in the currency or monetary instruments as owner may, within 90 days after the seizure, apply by notice in writing to the court for an order under Section 33 of the Act.

I am enclosing an information sheet that may be helpful to you. I would like to draw your attention to the time limitation for filing your application with the Court. The seizure occurred April 14, 2005 and, as such, you must file your application with the Superior Court of Justice in the province of Ontario by July 14, 2005.

...

With respect to your first party claim, I will hold the file in abeyance for an additional 30 days to allow you to provide documentation to support your ownership of the currency. Should the required evidence not be provided, the first party file, which has been opened, will be administratively closed.

I note that the deadline of July 14, 2005 for a third party claim under section 32 [as am. *idem*, s. 63] of the Act had already expired by the time the Agency's letter was sent to the respondent.

[7] On August 19, 2005, the respondent's solicitor, in answering the July 22, 2005 letter, states that he is "still in the process of obtaining evidence establishing ownership of the seized funds," a current difficulty being that his client was in Vietnam and had just given birth to a child. He requests a 14-day time extension (A.B., at page 56).

[8] On August 22, 2005, the respondent's solicitor sends a copy of an affidavit sworn by Ms. Nguyen in Toronto. The affidavit simply states that Ms. Pham "is the rightful owner of the funds seized from me" and that she (i.e. Ms. Nguyen) has "no claim of ownership in the said funds whatsoever" (A.B. at page 60).

[9] On August 31, 2005, the respondent's solicitor sends the original affidavit of Ms. Nguyen and an

Si les espèces ou effets ont été saisis à titre de confiscation en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, toute personne, autre que le saisi, qui revendique sur les espèces ou effets un droit de propriété peut, dans les 90 jours qui suivent la saisie, requérir par avis écrit le tribunal de rendre l'ordonnance visée à l'article 33 de la Loi.

Je joins à la présente une fiche de renseignements qui peut vous être utile. J'aimerais attirer votre attention sur le délai alloué pour présenter votre demande à la Cour. La saisie a eu lieu le 14 avril 2005 et, à ce titre, vous devez présenter votre demande auprès de la Cour supérieure de justice de la province d'Ontario au plus tard le 14 juillet 2005.

[...]

Pour ce qui est de votre demande à titre de partie principale, le dossier restera en suspens pour un délai supplémentaire de 30 jours pour vous permettre de fournir des documents étayant votre propriété des espèces. Dans le cas où la preuve requise ne serait pas produite, votre dossier à titre de partie principale qui a été ouvert sera clos sur le plan administratif.

Je note que l'échéance du 14 juillet 2005 applicable à une revendication à titre de tiers, par application de l'article 32 [mod., *idem*, art. 63] de la Loi, était déjà passée au moment où l'Agence a envoyé la lettre à l'intimée.

[7] Le 19 août 2005, l'avocat de l'intimée, en réponse à la lettre du 22 juillet 2005, déclare qu'il s'[TRADUCTION] « emploie encore à obtenir la preuve établissant la propriété de la somme saisie », la difficulté actuelle étant que sa cliente est au Vietnam et qu'elle vient tout juste de donner naissance à un enfant. Il demande une prorogation de délai de 14 jours (D.A., à la page 56).

[8] Le 22 août 2005, l'avocat de l'intimée envoie une copie d'un affidavit signé à Toronto par M^{me} Nguyen. Dans cet affidavit, celle-ci déclare simplement : [TRADUCTION] « Thanh Thi Nhu PHAM est la propriétaire légitime de la somme qui a été saisie entre mes mains [...] et je n'ai aucun droit de propriété, quel qu'il soit, sur ladite somme » (D.A., à la page 60).

[9] Le 31 août 2005, l'avocat de l'intimée envoie l'affidavit original de M^{me} Nguyen de même qu'un

affidavit sworn in Vietnam by Ms. Pham. Ms. Pham's affidavit simply states that she is "the rightful owner of the funds which were seized from (Ms.) Nguyen" and that to her knowledge, "no other person or entity has any claim of ownership in the said funds whatsoever" (A.B., at page 66). The letter goes on (A.B., at pages 63-64):

It is submitted that this is in relation to an application which is brought pursuant to Section 25 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, on a First Party basis, a provision which is designed to include a right of application by an owner of seized funds, other than the party from whom those funds were in fact seized.

There is now before you a sworn Affidavit by such a party declaring ownership, as well as a sworn Affidavit from the party from whom those funds were seized, consistently confirming this ownership. In the absence of any evidence to the contrary, I respectfully submit that this is conclusive proof of ownership.

Moreover, no other person or entity has claimed any interest in the funds which were seized, and the limitation period within which any such claim could be made has long since expired.

While I might agree that it may be open to the Minister to challenge your jurisdiction by providing evidence to contradict my client's claim of ownership, no such challenge has yet been made. In the circumstances, therefore, ownership has been proved on a *prima facie* basis sufficient to invoke your jurisdiction to consider my client's application.

[10] On September 30, 2005, the Adjudicator, in a letter sent to the respondent's solicitor, closes the file in the following terms (A.B., at page 70):

In response to your comments and representations, unfortunately, your correspondence cannot be accepted as a first-party request for a decision of the Minister. The evidence you have provided in the form of affidavits is not sufficient to prove that your client is the lawful owner of the currency. We would require evidence to show the origin of the currency, in the form of bank withdrawals etc. Furthermore, we would also require evidence to show the legitimate origin of the currency.

affidavit signé au Vietnam par M^{me} Pham. Dans ce dernier affidavit, M^{me} Pham déclare simplement qu'elle est [TRADUCTION] « la propriétaire légitime de la somme qui a été saisie entre les mains de Chung My Huong Nguyen » et que, à sa connaissance, [TRADUCTION] « nulle autre personne ou entité ne revendique la propriété de ladite somme » (D.A., à la page 66). La lettre ajoute (D.A., aux pages 63 et 64) :

[TRADUCTION] Nous vous informons que la présente se rapporte à une demande que ma cliente a déposée, en tant que partie principale, en application de l'article 25 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, une disposition qui confère au propriétaire d'une somme saisie, autre que la personne entre les mains de laquelle la somme a en fait été saisie, un droit de demande.

Vous avez maintenant devant vous un affidavit établi sous serment par ladite partie, qui atteste son droit de propriété, ainsi qu'un affidavit établi sous serment par la partie entre les mains de qui la somme a été saisie, qui lui aussi confirme ce droit de propriété. En l'absence de toute preuve contraire, je crois que c'est là une preuve concluante du droit de propriété.

Par ailleurs, nulle autre personne ou entité n'a revendiqué un droit sur la somme qui a été saisie, et le délai dans lequel une telle prétention pourrait être avancée est depuis longtemps expiré.

Sans doute serait-il loisible au ministre de contester votre compétence en produisant une preuve de nature à contredire le droit de propriété revendiqué par ma cliente, mais aucune contestation du genre n'a encore été élevée. Par conséquent, dans ces conditions, ma cliente a justifié d'une apparence de droit de propriété qui suffit à vous investir du pouvoir de donner suite à sa demande.

[10] Le 30 septembre 2005, l'arbitre, dans une lettre envoyée à l'avocat de l'intimée, clôt le dossier en ces termes (D.A., à la page 70) :

[TRADUCTION] Malheureusement, pour répondre à vos observations et affirmations, votre lettre ne peut être acceptée comme demande de décision ministérielle présentée par une partie principale. La preuve que vous avez fournie sous la forme d'affidavits ne suffit pas à prouver que votre cliente est la propriétaire légitime de la somme concernée. Nous voudrions une preuve indiquant l'origine de la somme, sous la forme de retraits bancaires, etc. Par ailleurs, nous voudrions aussi une preuve attestant l'origine légitime de la somme.

I would also like to mention that you will be required to file a third party claim in order to have your client's interests protected.

In my correspondence to you dated July 22, 2005 I brought to your attention the time limitation for filing your application with the Court.

In view of the aforementioned, as the required evidence was not provided to support your client's ownership of the currency, the first party file will be administratively closed.

[11] The respondent then filed an application for an order in the nature of *mandamus* to compel the appellant to make a decision within a reasonable time fixed by the Court. In her view, the appellant was required by law to make the decision requested by the respondent pursuant to section 25 of the Act, but he had, instead, refused to process the request and had administratively closed the matter.

[12] On June 14, 2006, a Federal Court Judge issued an order of *mandamus* compelling the appellant "to make a decision" (2006 FC 759). Parts of the reasons for judgment read as follows (at paragraphs 29-31):

Section 25 does not require the Minister to make any inquiry as to whether a person seeking a decision be in fact a "lawful owner". No provision is made as to any evidence to be provided to substantiate a claim to "lawful ownership". There is no suggestion in that or any other provision of the Act that the Minister, in responding to such request, has somehow made a determination as to lawful ownership or has acquiesced in such claim.

It was not improper for the Minister to require that the Applicant or Applicant's solicitor provide some substantiation for a claim to "lawful ownership" such as an affidavit or even a simple signed statement to that effect. However it was wholly unreasonable, at this stage, for the Minister to attempt to enter into some kind of evidentiary inquiry as to that claim. It was even more improper, and against any concept of procedural fairness, for the Minister's officials to ask for further evidence, never previously demanded, in the same letter where they said that, lacking such evidence, the file was closed. This was high handed in the extreme. Again, at most, the Minister, at the section 25 stage, should be satisfied by a simple signed statement or affidavit in which a claim to lawful

Je voudrais également préciser que vous devrez déposer une revendication de tiers afin que soient protégés les intérêts de votre cliente.

Dans la lettre que je vous adressais le 22 juillet 2005, je portais à votre attention le délai imparti pour le dépôt de votre demande devant la Cour.

Au vu de ce qui précède, puisque la preuve requise attestant que votre cliente est la propriétaire de la somme en cause n'a pas été produite, le dossier de la partie principale sera classé sur le plan administratif.

[11] L'intimée a ensuite présenté une demande d'ordonnance de *mandamus* pour obliger l'appelant à rendre une décision dans un délai raisonnable fixé par la Cour. De l'avis de celle-ci, l'appelant devait, en droit, rendre la décision demandée par l'intimée, par application de l'article 25 de la Loi, mais il a plutôt refusé de traiter la demande, et il a clos l'affaire sur le plan administratif.

[12] Le 14 juin 2006, un juge de la Cour fédérale (le juge) a prononcé une ordonnance de *mandamus* forçant l'appelant à « rendre une décision » (2006 CF 759). Voici certains extraits des motifs du jugement (aux paragraphes 29 à 31):

L'article 25 n'oblige pas le ministre à se demander si celui qui demande une décision est véritablement un « *propriétaire légitime* ». Aucune disposition ne concerne la preuve à produire pour étayer une revendication de « *propriété légitime* ». Il n'est pas donné à entendre dans cette disposition, ni aucune autre disposition de la Loi, que, en répondant à une telle demande, le ministre s'est de quelque manière prononcé sur la propriété légitime ou qu'il a acquiescé à une revendication de propriété légitime.

Il n'était pas fautif pour le ministre d'obliger la demanderesse ou son avocat à fournir une preuve attestant qu'elle était la « propriétaire légitime », par exemple un affidavit, voire une simple déclaration signée en ce sens. Toutefois, à ce stade, il était tout à fait déraisonnable pour le ministre de vouloir entreprendre une enquête en la matière. Il était encore plus fautif, et contraire à toute notion d'équité procédurale, pour les représentants du ministre de requérir d'autres preuves, jamais exigées auparavant, dans la lettre même où ils affirmaient que, à défaut de telles preuves, le dossier était clos. C'était là une position tyrannique à l'extrême. Encore une fois, au stade de l'article 25, le ministre devrait tout au plus se satisfaire d'une simple déclaration

ownership is made.

Sections 25 and 27 simply requires the Minister, at the request of someone claiming to be the lawful owner, to do something namely, to decide if section 12(1) was contravened. There is a clear duty to act, it is a specific public duty, there is no provision for discretion and, in this case the evidence shows a clear demand and refusal. The necessary criteria for *mandamus* have been met.

Relevant Legislation

(N.B. Numerous amendments to the Act were made in S.C. 2006, c. 12. They came into force on February 10, 2007 and do not apply in this appeal.)

[13] The statutory provisions material to this case in effect at the relevant time were as follows [ss. 12(1) (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 54), (3)(a) (as am. *idem*), 25 (as am. *idem*, s. 61), 26(1) (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127), 27(2) (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 62), 32(1) (as am. *idem*, s. 63)] :

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act

PART 2

REPORTING OF CURRENCY AND MONETARY INSTRUMENTS

Reporting

12. (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

...

(3) Currency or monetary instruments shall be reported under subsection (1)

(a) in the case of currency or monetary instruments in the actual possession of a person arriving in or departing from Canada, or that form part of their baggage if they and their

signée ou d'un affidavit indiquant que son auteur est le propriétaire légitime.

Les articles 25 et 27 obligent simplement le ministre, à la demande de quiconque prétend être le propriétaire légitime, à accomplir une chose, c'est-à-dire à décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1). Il y a clairement obligation pour lui d'agir, c'est une obligation publique précise, aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré, et la preuve montre ici qu'il y a eu clairement réclamation, suivie d'un refus. Les conditions de la délivrance d'un *mandamus* sont réunies.

Législation pertinente

(N.B. De nombreuses modifications ont été apportées à la Loi par L.C. 2006, ch. 12. Elles sont entrées en vigueur le 10 février 2007, et ne s'appliquent pas au présent appel.)

[13] Les dispositions législatives applicables en l'espèce, qui étaient en vigueur au moment pertinent, étaient les suivantes [art. 12(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 54), (3)a) (mod., *idem*), 25 (mod., *idem*, art. 61), 26(1) (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127), 27(2) (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 62), 32(1) (mod., *idem*, art. 63)] :

Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes

PARTIE 2

DÉCLARATION DES ESPÈCES ET EFFETS

Déclaration

12. (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

[...]

(3) Le déclarant est, selon le cas :

a) la personne ayant en sa possession effective ou parmi ses bagages les espèces ou effets se trouvant à bord du moyen de transport par lequel elle est arrivée au Canada ou

baggage are being carried on board the same conveyance, by that person or, in prescribed circumstances, by the person in charge of the conveyance;

...

(e) in any other case, by the person on whose behalf the currency or monetary instruments are imported or exported.

...

Seizures

18. (1) If an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments.

(2) The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized or to the lawful owner unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities.

(3) An officer who seizes currency or monetary instruments under subsection (1) shall

(a) if they were not imported or exported as mail, give the person from whom they were seized written notice of the seizure and of the right to review and appeal set out in sections 25 and 30;

...

Review and Appeal

24. The forfeiture of currency or monetary instruments seized under this Part is final and is not subject to review or to be set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 25 to 30.

25. A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place.

a quitté le pays ou la personne qui, dans les circonstances réglementaires, est responsable du moyen de transport;

[. . .]

e) dans les autres cas, la personne pour le compte de laquelle les espèces ou effets sont importés ou exportés.

[. . .]

Saisie

18. (1) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l'agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets.

(2) Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l'agent restitue au saisi ou au propriétaire légitime les espèces ou effets saisis sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes.

(3) L'agent qui procède à la saisie-confiscation prévue au paragraphe (1) :

a) donne au saisi, dans le cas où les espèces ou effets sont importés ou exportés autrement que par courrier, un avis écrit de la saisie et du droit de révision et d'appel établi aux articles 25 et 30;

[. . .]

Révision et appel

24. La confiscation d'espèces ou d'effets saisis en vertu de la présente partie est définitive et n'est susceptible de révision, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 25 à 30.

25. La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie.

26. (1) If a decision of the Minister is requested under section 25, the President shall without delay serve on the person who requested it written notice of the circumstances of the seizure in respect of which the decision is requested.

(2) The person on whom a notice is served under subsection (1) may, within 30 days after the notice is served, furnish any evidence in the matter that they desire to furnish.

27. (1) Within 90 days after the expiry of the period referred to in subsection 26(2), the Minister shall decide whether subsection 12(1) was contravened.

(2) If charges are laid with respect to a money laundering offence or a terrorist activity financing offence in respect of the currency or monetary instruments seized, the Minister may defer making a decision but shall make it in any case no later than 30 days after the conclusion of all court proceedings in respect of those charges.

(3) The Minister shall, without delay after making a decision, serve on the person who requested it a written notice of the decision together with the reasons for it.

28. If the Minister decides that subsection 12(1) was not contravened, the Minister of Public Works and Government Services shall, on being informed of the Minister's decision, return the penalty that was paid, or the currency or monetary instruments or an amount of money equal to their value at the time of the seizure, as the case may be.

29. (1) If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister shall, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

(b) decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

26. (1) Le président signifie sans délai par écrit à la personne qui a présenté la demande visée à l'article 25 un avis exposant les circonstances de la saisie à l'origine de la demande.

(2) Le demandeur dispose de trente jours à compter de la signification de l'avis pour produire tous moyens de preuve à l'appui de ses prétentions.

27. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'expiration du délai mentionné au paragraphe 26(2), le ministre décide s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1).

(2) Dans le cas où des poursuites pour infraction de recyclage des produits de la criminalité ou pour infraction de financement des activités terroristes ont été intentées relativement aux espèces ou effets saisis, le ministre peut reporter la décision, mais celle-ci doit être prise dans les trente jours suivant l'issue des poursuites.

(3) Le ministre signifie sans délai par écrit à la personne qui a fait la demande un avis de la décision, motifs à l'appui.

28. Si le ministre décide qu'il n'y a pas eu de contravention au paragraphe 12(1), le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il est informé de la décision du ministre, restitue la valeur de la pénalité réglementaire, les espèces ou effets ou la valeur de ceux-ci au moment de la saisie, selon le cas.

29. (1) S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre, aux conditions qu'il fixe :

a) soit décide de restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

b) soit décide de restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirme la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

...

30. (1) A person who requests a decision of the Minister under section 25 may, within 90 days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which the person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

...

Third Party Claims

32. (1) If currency or monetary instruments have been seized as forfeit under this Part, any person, other than the person in whose possession the currency or monetary instruments were when seized, who claims an interest in the currency or monetary instruments as owner may, within 90 days after the seizure, apply by notice in writing to the court for an order under section 33.

...

(5) In this section and sections 33 and 34, “court” means

(a) in the Province of Ontario, the Superior Court of Justice;

...

33. If, on the hearing of an application made under subsection 32(1), the court is satisfied

(a) that the applicant acquired the interest in good faith before the contravention in respect of which the seizure was made,

(b) that the applicant is innocent of any complicity in the contravention of subsection 12(1) that resulted in the seizure and of any collusion in relation to that contravention, and

(c) that the applicant exercised all reasonable care to ensure that any person permitted to obtain possession of the currency or monetary instruments seized would report them in accordance with subsection 12(1),

the applicant is entitled to an order declaring that their interest is not affected by the seizure and declaring the nature and extent of their interest at the time of the contravention.

[...]

30. (1) La personne qui a présenté une demande en vertu de l’article 25 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de la décision, en appeler par voie d’action devant la Cour fédérale à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

[...]

Revendication des tiers

32. (1) En cas de saisie-confiscation effectuée en vertu de la présente partie, toute personne, autre que le saisi, qui revendique sur les espèces ou effets un droit en qualité de propriétaire peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, requérir par avis écrit le tribunal de rendre l’ordonnance visée à l’article 33.

[...]

(5) Au présent article et aux articles 33 et 34, « tribunal » s’entend :

a) dans la province d’Ontario, de la Cour supérieure de justice;

[...]

33. Après l’audition de la requête visée au paragraphe 32(1), le requérant est en droit d’obtenir une ordonnance disposant que la saisie ne porte pas atteinte à son droit et précisant la nature et l’étendue de celui-ci au moment de la contravention si le tribunal constate qu’il remplit les conditions suivantes :

a) il a acquis son droit de bonne foi avant la contravention;

b) il est innocent de toute complicité relativement à la contravention qui a entraîné la saisie ou de toute collusion à l’égard de la contravention;

c) il a pris des précautions suffisantes concernant toute personne admise à la possession des espèces ou effets saisis pour que ceux-ci soient déclarés conformément au paragraphe 12(1).

The Scheme of the Act

[14] The provisions of the Act which deal with the review and appeal process are amongst the most convoluted and confusing provisions I have seen in federal statutes. They have been regularly criticized by Federal Court judges, and rightly so. They were recently amended to respond to some of these criticisms. As we shall see, further amendments might well be needed.

[15] As I read these provisions, there are two types of proceedings available when currency has been seized pursuant to subsection 18(1): a first party request and a third party claim.

[16] The first party request is described in sections 25 to 31 [ss. 30(2) (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 139), 31 (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 127)]. It is addressed to the Minister and, eventually, the Federal Court. It is made by the person from whom the currency was seized or by the “lawful owner” of the currency. The object of the proceeding is to have the Minister or the Federal Court determine whether subsection 12(1) has been contravened. If there is a finding of contravention, the Minister will decide whether to return the currency or not, with or without the payment of a penalty, whether to remit any penalty or portion of any penalty that had been paid or, subject to any order made under section 33 or 34, whether to confirm the forfeiture of the currency.

[17] The third party claim is described in sections 32 [s. 32(3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*)] to 35 [as am. *idem*]. It is made before the superior court of the province where the seizure occurred. It is filed by a third party who claims an interest in the currency as owner. The third party will need to satisfy the superior court that it has acquired the interest in good faith before the contravention, that it is innocent of any complicity or collusion in the contravention and that it exercised all reasonable care to ensure that any person permitted to obtain possession of the currency would report it in accordance with subsection 12(1). If the third party is successful, it is entitled to a court order declaring that its

Le dispositif de la Loi

[14] Les dispositions de la Loi qui traitent de la procédure de révision et d’appel sont parmi les plus complexes et obscures que j’aie vues dans le cadre de la législation fédérale. Elles ont été régulièrement critiquées—et à juste titre—par les juges de la Cour fédérale. Elles ont été récemment modifiées pour répondre à certaines de ces critiques. Comme nous le verrons, des modifications supplémentaires pourraient encore être nécessaires.

[15] Selon ma lecture de ces dispositions, il y a deux types de procédures disponibles lorsque des espèces ont été saisies en vertu du paragraphe 18(1) : une demande de la partie principale et une revendication à titre de tiers.

[16] La demande de la partie principale est décrite aux articles 25 à 31 [art. 30(2) (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 139), 31 (mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 127)]. Elle est présentée au ministre et, par la suite, à la Cour fédérale. C’est la personne entre les mains de qui ont été saisies des espèces ou leur « propriétaire légitime » qui la présente. L’objet de la procédure est de faire en sorte que le ministre ou la Cour fédérale détermine si le paragraphe 12(1) a été enfreint. S’il est conclu qu’il y a une contravention, le ministre décidera s’il y a restitution ou non des espèces, avec ou sans le paiement d’une pénalité, s’il y a restitution de tout ou d’une partie de la pénalité versée ou, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34, s’il y a confirmation de la confiscation des espèces.

[17] La revendication à titre de tiers est décrite aux articles 32 [art. 32(3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*)] à 35 [mod., *idem*]. Elle est présentée devant la Cour supérieure de la province où la saisie a eu lieu. Elle est déposée par une personne qui revendique sur les espèces un droit en qualité de propriétaire. Cette personne devra convaincre la cour supérieure qu’elle a acquis son droit de bonne foi avant la contravention, qu’elle est innocente de toute complicité ou collusion relativement à la contravention, et qu’elle a pris des précautions suffisantes concernant toute personne admise à la possession des espèces saisies pour que celles-ci soient déclarées conformément au paragraphe 12(1). Si elle y

interest is not affected by the seizure and declaring the nature and extent of its interest at the time of the contravention. Through a combination of paragraph 29(1)(c) and section 35, the third party will then be given the part of the seized currency which represents its interest in it.

The First Party Process

[18] As the law stood at the time relevant to this appeal, the first party process, even though it was expressly meant to deal only with a contravention of subsection 12(1)—i.e. failure to declare—, implicitly and necessarily dealt also with the seizure and forfeiture under section 18, including the payment of a penalty.

[19] Paragraph 18(3)(a) expressly gives the person from whom the currency was seized “the right to review and appeal set out in sections 25 and 30”. I pause, here, to note the use of the word “and” between “sections 25 and 30” [emphasis added]. There is but one review process, which is the request made to the Minister under section 25 for a decision. There is but one appeal process, which is the appeal to the Federal Court by way of an action under section 30.

[20] Section 24 expressly states that “[t]he forfeiture of currency . . . seized under this Part . . . is not subject to review . . . except to the extent and in the manner provided by sections 25 to 30.” The word used, here, between sections 25 and 30 is not “and”, as in paragraph 18(3)(a), but “to”, which clearly shows that examination of the forfeiture is also part of the continuing process set out in sections 25 to 30. The first party request, by the very words of section 24, is the only remedy available under the statute to challenge “the forfeiture of the currency . . . seized”.

[21] Subsection 30(1) gives the person who requested a decision of the Minister under section 25 the right to appeal by way of an action in the Federal Court. It was arguable in that legislative context that the first party process contemplated in reality only one decision, i.e. the decision by the Minister as to whether there was a

parvient, elle est en droit d’obtenir une ordonnance disposant que la saisie ne porte pas atteinte à son droit et précisant la nature et l’étendue de celui-ci au moment de la contravention. L’effet combiné de l’alinéa 29(1)c) et de l’article 35 fera en sorte qu’on lui restituera ensuite la partie des espèces saisies qui correspond à son droit dans celles-ci.

La procédure relative à la partie principale

[18] Selon le droit en vigueur au moment du présent appel, bien que la procédure relative à la partie principale ne vise expressément qu’une contravention au paragraphe 12(1), soit une omission de déclarer, cette procédure visait aussi implicitement et nécessairement la saisie et la confiscation en vertu de l’article 18, y compris le paiement d’une pénalité.

[19] L’alinéa 18(3)a) accorde expressément au saisi le « droit de révision et d’appel établi aux articles 25 et 30 ». J’ouvre ici une parenthèse pour signaler l’emploi du mot « et » entre les « articles 25 et 30 » [non souligné dans l’original]. Il n’y a qu’une procédure de révision, soit la demande de décision présentée au ministre en application de l’article 25. Il n’y a qu’une seule procédure d’appel, soit l’appel à la Cour fédérale par voie d’action suivant l’article 30.

[20] L’article 24 énonce expressément que « [l]a confiscation d’espèces [. . .] saisi[e]s en vertu de la présente partie [. . .] n’est susceptible de révision [. . .] que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 25 à 30 ». Le mot utilisé ici entre les articles 25 et 30 n’est pas « et », comme à l’alinéa 18(3)a), mais « à », qui indique clairement que l’examen de la confiscation fait aussi partie de la procédure continue énoncée aux articles 25 à 30. La demande de la partie principale est le seul recours disponible sous le régime de la Loi pour contester « la confiscation d’espèces [. . .] saisi[e]s », selon les termes mêmes de l’article 24.

[21] Le paragraphe 30(1) accorde à la personne, qui a présenté une demande de décision au Ministre par application de l’article 25, le droit d’en appeler par voie d’action devant la Cour fédérale. Il était soutenable, dans ce contexte législatif, que la procédure relative à la partie principale visait en réalité une seule décision, soit

contravention of subsection 12(1), accompanied, if there was a finding of contravention, by a pronouncement on the validity of the seizure and a review of the penalty imposed. That interpretation was, indeed, put to the Federal Court. The Court eventually rejected it and found that there were two discrete decisions, the section 27 decision and the section 29 decision (see *Dokaj v. M.N.R.*, [2006] 2 F.C.R. 152 (F.C.); *Tourki v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 205 C.C.C. (3d) 449 (F.C.); and *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 208).

[22] Whatever the merit of this interpretation, which, to my knowledge, was never examined by the Federal Court of Appeal, Parliament took no chance and introduced in 2006 a series of amendments which puts an end to that controversy.

[23] A new section, section 24.1 [as enacted by S.C. 2006, c. 12, s. 14], was brought in, which provides a mechanism to deal with the seizure and penalty aspects of the process. Section 24 [as am. *idem*] was amended so as to provide that the forfeiture of currency could only be reviewed “to the extent and in the manner provided by sections 24.1 and 25.” Subsection 30(1) [as am. *idem*, s. 16] was amended so as to replace “[a] person who requests a decision of the Minister under section 25” [emphasis added] by “[a] person who requests a decision of the Minister under section 27” [emphasis added]. In other words, a new process was added, which deals with the seizure and the penalty and which is independent from the process set out in sections 25 to 30. It was also made clear that there were two decisions, not one, rendered in the course of the first party process, one of which (the section 27 decision) being appealable by way of an action in the Federal Court, the other (the section 29 decision) being reviewable through the traditional application for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. I pass no comment on the new provisions, except to say that they have perhaps not solved all the problems generated by the original legislation.

la décision du ministre portant sur l’existence ou non d’une contravention au regard du paragraphe 12(1), décision qui s’accompagnait, si le ministre concluait qu’il y avait contravention, d’une déclaration sur la validité de la saisie et d’une révision de la pénalité imposée. Cette interprétation a en effet été présentée à la Cour fédérale. La Cour l’a finalement rejetée et a conclu qu’il y avait deux décisions distinctes, la décision fondée sur l’article 27 et celle fondée sur l’article 29 (voir *Dokaj c. M.N.R.*, [2006] 2 R.C.F. 152 (C.F.); *Tourki c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 50; et *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 208).

[22] Quelle que soit la valeur de cette interprétation qui, à ma connaissance, n’a jamais été étudiée par la Cour d’appel fédérale, le législateur a joué sûr en introduisant, en 2006, une série de modifications qui ont mis fin à cette controverse.

[23] Une nouvelle disposition, l’article 24.1 [édicte par L.C. 2006, ch. 12, art. 14], a été insérée : elle instaure un mécanisme visant à aborder les aspects de la procédure relatifs à la saisie et à la pénalité. L’article 24 [mod., *idem*] a été modifié de façon à prescrire que la saisie d’espèces puisse seulement être révisée « dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 24.1 et 25 ». Le paragraphe 30(1) [mod., *idem*, art. 16] a été modifié de façon à remplacer « [1]a personne qui a présenté une demande par application de l’article 25 » [non souligné dans l’original] par « [1]a personne qui a demandé que soit rendue une décision en vertu de l’article 27 » [non souligné dans l’original]. En d’autres mots, une nouvelle procédure a été ajoutée : elle touche la saisie et la pénalité et est indépendante de la procédure établie aux articles 25 à 30. Il a aussi été précisé qu’il y avait deux décisions rendues—et non pas une seule—dans le cadre de la procédure relative à la partie principale, dont l’une (la décision fondée sur l’article 27) peut être portée en appel par voie d’action à la Cour fédérale, et l’autre (la décision fondée sur l’article 29) est susceptible d’appel par le biais d’une demande traditionnelle de contrôle judiciaire suivant l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. Je ne ferai

[24] To return to the specific issue in this appeal, the Minister, apparently not satisfied that there were two discrete decisions, not one, in the first party process, now argues that there is a third discrete decision, and therefore an additional power of inquiry. That third decision would be the section 25 decision. As the argument goes, the Minister, before conducting the requested review, must satisfy himself through a full-fledged inquiry that the applicant is the “lawful owner” of the currency.

[25] That suggestion, in my respectful view, confuses preliminary determinations which must be made at the beginning of the process, with decisions which are made at the end of the process and which deal with the merits of the case. Preliminary determinations may of course be challenged as “decisions” reviewable in the Federal Court, but they must not be equated with actual decisions made once the process has begun. I note in this regard that the word “decide” is used in both sections 27 and 29. Section 25 being an invitation to seek a decision, it makes little sense to put the “decision” made to conduct that inquiry on the same level as the decision (or decisions) ultimately made after the inquiry.

[26] Pressed by the Court at the hearing, counsel for the Minister recognized that the statute contemplated only one inquiry, which was regulated by section 26. He also recognized that in reality that inquiry and the evidence collected in the course of the inquiry were the sole basis for both the section 27 and the section 29 decisions.

[27] To adopt the suggestion of the Minister would mean that a provision (section 25) meant to open the door to a review process at the request of the lawful owner could be used to close the door right from the

aucun commentaire sur les nouvelles dispositions si ce n'est pour dire qu'elles n'ont peut-être pas résolu tous les problèmes engendrés par la législation originale.

[24] Pour revenir à la question particulière en jeu dans le présent appel, le ministre—apparemment non convaincu qu'il y avait deux décisions distinctes et non une seule dans le cadre de la procédure relative à la partie principale—soutient maintenant qu'il y a une troisième décision distincte, et donc qu'il existe un pouvoir d'enquête additionnel. Cette troisième décision serait la décision fondée sur l'article 25. Selon cet argument, le ministre, avant d'entreprendre la révision demandée, doit être convaincu par le biais d'une enquête approfondie que le requérant est le « propriétaire légitime » des espèces.

[25] À mon humble avis, par cette proposition, le ministre confond les conclusions préliminaires, qui doivent être faites au début de la procédure, avec les décisions qui sont rendues à la fin de la procédure et qui portent sur le fond de l'affaire. Les conclusions préliminaires peuvent bien entendu être contestées à titre de « décisions » susceptibles de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, mais elles ne doivent pas être mises sur le même pied que les véritables décisions rendues une fois la procédure commencée. Je note, à cet égard, que le mot « décide » est utilisé à la fois aux articles 27 et 29. L'article 25 étant une invitation à demander une décision, il n'est guère logique de mettre la « décision » d'entreprendre cette enquête sur le même pied que la décision ou les décisions rendues ultimement après l'enquête.

[26] Pressé de questions par la Cour à l'audience, l'avocat du ministre a reconnu que la Loi prévoyait une seule enquête, qui était régie par l'article 26. Il a aussi reconnu que, en réalité, cette enquête et la preuve recueillie dans le cadre de celle-ci étaient le seul fondement des décisions rendues en vertu des articles 27 et 29.

[27] Adopter la proposition du ministre signifierait qu'une disposition (l'article 25)—visant à ouvrir la porte à une procédure de révision à la demande du propriétaire légitime—pourrait être utilisée pour blo-

start to an applicant on a ground (i.e. that he is not the lawful owner) that the review process was meant to establish. As there is no doubt, in my view, that the section 25 request (at least in the then existing legislative context) led to an inquiry into the seizure and therefore the grounds for the seizure which could be, and were in this case, a suspicion that the currency was proceeds of crime (see subsection 18(2) of the Act), to require an applicant to prove from the start that he is the lawful owner would be akin to disqualifying a racer before the race even starts for a doping test done after the race.

[28] A good illustration of the type of evidence to be adduced in an inquiry made pursuant to a section 25 request is to be found in *Sellathurai*. For all practical purposes, the person has to prove lawful ownership of the currency if he wants to avoid the consequences set out in section 29.

[29] By comparison, the person who claims an interest in the currency as owner is entitled, in the third party process set out in sections 32 to 35, to a full hearing before a superior court judge who will determine *inter alia* whether the person acquired the interest in good faith before the contravention. Counsel for the Minister recognized at the hearing that a lawful owner could file either a first party request or a third party claim.

[30] There is no doubt that the Minister, when he receives a request for decision by a person who claims to be the lawful owner of the currency, must satisfy himself that the person is what he says he is. But in the context of the first party process set out in the Act, the burden on an applicant at that early stage cannot but be minimal. As noted by the Judge in paragraph 29 of his reasons, no provision is made as to any evidence to be provided to substantiate a claim to “*lawful ownership*”, and indeed no mechanism for the collection of substantial evidence is set out. In contrast, provision is made for the submission of evidence after the request for

quer, dès le départ, un requérant en prenant motif d’une situation (c’est-à-dire qu’il n’est pas le propriétaire légitime) que la procédure de révision visait à établir. Puisqu’il n’y a pas de doute, à mon avis, que la demande fondée sur l’article 25 (à tout le moins dans le cadre du contexte législatif d’alors) a mené à une enquête quant à la saisie, et donc que les motifs de cette saisie qui pourraient se résumer—et se résumaient dans la présente affaire—à un soupçon que les espèces étaient des produits de la criminalité (voir paragraphe 18(2) de la Loi), exiger d’un requérant qu’il prouve dès le départ qu’il est le propriétaire légitime serait comme disqualifier un coureur avant même que la course ne commence pour un test de dopage effectué après la course.

[28] Une bonne illustration du type de preuve devant être produite dans le cadre d’une enquête menée à la suite d’une demande présentée selon l’article 25 peut être trouvée dans la décision *Sellathurai*. À toutes fins utiles, la personne doit prouver la propriété légitime des espèces si elle veut éviter les conséquences énoncées à l’article 29.

[29] Par comparaison, la personne qui revendique sur les espèces un droit en qualité de propriétaire a droit—dans le cadre de la procédure relative aux tiers énoncée aux articles 32 à 35—à une audience en bonne et due forme devant un juge d’une cour supérieure qui déterminera, entre autres, si la personne a acquis le droit de bonne foi avant la contravention. L’avocat du ministre a reconnu à l’audience qu’un propriétaire légitime pourrait présenter soit une demande à titre de partie principale ou une revendication à titre de tiers.

[30] Il n’y a pas de doute que le ministre, lorsqu’il reçoit une demande de décision par une personne qui revendique la propriété légitime des espèces, doit être convaincu que la personne est bel et bien celle qu’elle prétend être. Mais dans le contexte de la procédure relative à la partie principale énoncée dans la Loi, le fardeau qui incombe au requérant à ce stade embryonnaire ne peut être que minimal. Comme l’a noté le juge au paragraphe 29 de ses motifs, aucune disposition ne concerne la preuve à produire pour étayer une revendication de « *propriété légitime* » et, en effet, aucun mécanisme visant à recueillir une preuve

a decision has been made and after the receipt of a report by the President concerning the circumstances of the seizure: see section 26. Further, a person who claims as the person from whom the money was seized, even if also the owner, may make a request for decision without proving the origin of the money.

[31] In the end, I agree with the Judge that it was not improper for the Minister to require Ms. Pham to provide some evidence that she was the lawful owner. It was an error of law, at this stage, for him to attempt to enter into some kind of evidentiary inquiry as to that claim.

[32] Two affidavits were filed, which constitute *prima facie* evidence that Ms. Pham is the lawful owner. It is not for me to speculate as to what evidence will eventually be needed to satisfy the Minister that there was no contravention of the obligation to declare and that the seizure and penalty should be reviewed. Again as noted by the Judge, there is no suggestion in section 25 or in any other provision of the Act that the Minister, in responding to a request and in conducting a review, is thereby making a determination as to lawful ownership or acquiescing in such claim.

[33] Contrary to the Federal Court, however, I do not think that an order of *mandamus* is appropriate in the circumstances. The process has been initiated, but it has been terminated prematurely on grounds said to be administrative. I would rather set aside the Minister's decision to close the file and send the matter back to the Minister for the continuation of the inquiry, the next step being that provided in section 26 of the Act.

Disposition

[34] I would allow the appeal, but for the sole purpose of substituting for the order of *mandamus* the following one: the application is granted, the decision to close the

substantielle n'est établi. Par contre, une disposition concerne la production de moyens de preuve après la présentation d'une demande de décision et après la réception d'un rapport par le président relativement aux circonstances de la saisie : voir article 26. De plus, une personne formulant une revendication à titre de personne entre les mains de qui ont été saisies des espèces peut présenter une demande de décision sans prouver d'où l'argent tire son origine et ce, même si elle en est aussi la propriétaire.

[31] En définitive, je conviens avec le juge qu'il n'était pas fautif de la part du ministre d'exiger que M^{me} Pham fournisse certains éléments de preuve indiquant qu'elle était la propriétaire légitime. À ce stade, toutefois, le ministre a commis une erreur de droit en tentant d'ouvrir une sorte d'enquête probatoire relativement à cette revendication.

[32] Deux affidavits ont été produits, lesquels constituaient une preuve *prima facie* que M^{me} Pham est la propriétaire légitime. Il ne me revient pas d'émettre des hypothèses au sujet de la preuve ultimement nécessaire pour convaincre le ministre qu'il n'y avait pas de contravention à l'obligation de déclarer, et que la saisie et la pénalité devraient être révisées. Encore une fois, comme l'a noté le juge, il n'est pas donné à entendre dans l'article 25, ni dans aucune autre disposition de la Loi, que, en répondant à une demande et en menant une enquête, le ministre s'est de ce fait prononcé sur la propriété légitime ou qu'il a acquiescé à une telle revendication.

[33] Cependant, contrairement à la Cour fédérale, je ne crois pas qu'une ordonnance de *mandamus* soit appropriée dans les circonstances. La procédure a été enclenchée, mais on y a mis fin prématurément pour des motifs dits administratifs. J'annulerais plutôt la décision du ministre de fermer le dossier et lui renverrais l'affaire pour qu'il poursuive l'enquête, la prochaine étape correspondant à ce qui est prévu à l'article 26 de la Loi.

Dispositif

[34] J'accueillerais l'appel, mais seulement afin de substituer l'ordonnance suivante à celle de *mandamus* : la demande est accueillie, la décision de fermer le

file is set aside and the matter is remitted to the Minister for the continuation of the inquiry, the next step being that provided in section 26 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*.

dossier est annulée, et l'affaire est renvoyée au ministre pour que l'enquête se poursuive, l'étape suivante correspondant à ce qui est prévu à l'article 26 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*.

[35] I would grant the respondent her costs in the appeal.

[35] J'adjugerais les dépens à l'intimée dans le cadre de l'appel.

SEXTON J.A.: I agree.

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

EVANS J.A.: I agree.

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

	2007 FCA 199 A-164-06	2007 CAF 199 A-164-06
Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>Appellant</i>)		Jorge Luis Restrepo Benitez (<i>appelant</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
and		et
The Immigration and Refugee Board (<i>Intervener</i>)		La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (<i>intervenante</i>)
	A-187-06	A-187-06
Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>Appellant</i>)		Edwin Ernesto Carrillo Mejia (<i>appelant</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
	A-188-06	A-188-06
Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatrix Castillo Campos and Konny Beatrix Flores Castillo (<i>Appellants</i>)		Juvinny Balmore Flores Gomez, Yaneth Beatrix Castillo Campos et Konny Beatrix Flores Castillo (<i>appelants</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
	A-196-06	A-196-06
Majid Reza Yonge Savagoli (<i>Appellant</i>)		Majid Reza Yonge Savagoli (<i>appelant</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)

A-197-06	A-197-06
Gerardo Martin Rosales Rincon, Erlis Beatrix Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado and Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>Appellants</i>)	Gerardo Martin Rosales Rincon, Erlis Beatrix Delgado Ocando, Gerly Joanny Rosales Delgado et Wanda Sofia Rosales Delgado (<i>appelants</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
A-198-06	A-198-06
Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis and Malak Guirguis (<i>Appellants</i>)	Mena Guirguis, Marie Goorgy, Monica Guirguis et Malak Guirguis (<i>appelants</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
A-199-06	A-199-06
Afua Gyankoma (<i>Appellant</i>)	Afua Gyankoma (<i>appelante</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
A-200-06	A-200-06
Inthikhab Hussain Matheen (<i>Appellant</i>)	Inthikhab Hussain Matheen (<i>appelant</i>)
v.	c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)	Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>intimé</i>)
<i>INDEXED AS: BENITEZ v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ : BENITEZ c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)</i>
Federal Court of Appeal, Décary, Evans and Sharlow JJ.A.—Toronto, April 17; Ottawa, May 25, 2007.	Cour d'appel fédérale, juges Décary, Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 17 avril; Ottawa, 25 mai 2007.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeals from decisions dismissing judicial review applications of negative refugee decisions by Immigration and Refugee Board — Validity of Guideline 7, providing that in refugee protection hearing, claimant first questioned by Refugee Protection Officer and/or Refugee Protection Division member at issue — Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 1 F.C.R. 107 (F.C.), Thamothers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), (2007), 366 N.R. 301 applied — Guideline 7 not breaching duty of fairness, not giving rise to reasonable apprehension of bias — No merit to non-Guideline 7 issues — Appeals dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Guideline 7, issued by Immigration and Refugee Board Chairperson, providing that in refugee protection hearing, claimant first questioned by Refugee Protection Officer and/or Refugee Protection Division member — Guideline not infringing Charter, s. 7 — No legal authority for proposition fundamental justice requiring parties with burden of proof go first in proceedings to determine rights — Necessary to look at broader decision-making context — Guideline 7 also not giving rise to reasonable apprehension of bias.

These were consolidated appeals from decisions of the Federal Court dismissing applications for judicial review of negative refugee decisions by the Immigration and Refugee Board. Such applications impugned the validity of Guideline 7, which was issued by the Chairperson of the Board and provides that at a refugee protection hearing, the standard order of questioning is for the claimant to be questioned first by the Refugee Protection officer (RPO) or by the Refugee Protection Division (RPD) member conducting the hearing (the standard order of questioning). Seven questions relating to Guideline 7 were certified for appeal. The majority of this Court recently held in *Thamothers v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, that Guideline 7 does not breach the duty of fairness either by denying claimants an effective opportunity to make representations or by distorting the role of the RPD member so as to give rise to a reasonable apprehension of bias. Nor is Guideline 7 an unlawful fetter on the discretion of RPD members, and it was not legally required to have been issued under the Chairperson's statutory power to issue rules of procedure, subject to Cabinet approval.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appels à l'encontre de décisions rejetant les demandes de contrôle judiciaire visant des décisions défavorables rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié relativement à des demandes d'asile — Il s'agissait de déterminer si les Directives n° 7, qui précisent que le demandeur d'asile est d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), ou les deux, pendant l'audience de la SPR, étaient valides — Application des arrêts Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 107 (C.F.) et Thamothers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CAF 198 — Les Directives n° 7 n'entraînent pas un manquement à l'obligation d'équité et ne font pas naître une crainte raisonnable de partialité — Les questions ne concernant pas les Directives n° 7 n'étaient pas fondées — Appels rejetés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Les Directives n° 7 données par le président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié précisent que le demandeur d'asile est d'abord interrogé par l'agent de protection des réfugiés ou le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), ou les deux, pendant l'audience de la SPR — Les Directives ne violent pas l'art. 7 de la Charte — Aucune règle de droit ne permet d'affirmer que les principes de justice fondamentale exigent que les parties ayant le fardeau de la preuve aient le droit de se faire entendre en premier dans les instances où il sera statué sur leurs droits — Il faut prendre en considération le contexte décisionnel plus large — De même, les Directives n° 7 ne font pas naître une crainte raisonnable de partialité.

Il s'agissait d'un groupe d'appels interjetés à l'encontre des décisions de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire visant des décisions défavorables rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié relativement à des demandes d'asile. Ces demandes contestaient la validité des Directives n° 7, données par le président de la Commission et prévoyant que, selon l'ordre habituel des interrogatoires pendant les audiences de la Section de la protection des réfugiés (la SPR), le demandeur d'asile est interrogé d'abord par l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou par le commissaire de la SPR qui préside l'audience (l'ordre habituel des interrogatoires). Sept questions relatives aux Directives n° 7 ont été certifiées à des fins d'appel. La majorité de la Cour a récemment statué dans *Thamothers c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* que les Directives n° 7 n'entraînent pas un manquement à l'obligation d'équité en privant les demandeurs d'asile de la possibilité de présenter des arguments ou en déformant le rôle du commissaire de la SPR au point de faire naître une crainte raisonnable de partialité. De plus, les Directives n° 7 n'entravent pas illégalement l'exercice du

The issues were whether Guideline 7 is not in accordance with the principles of fundamental justice because it denies those with the burden of proof the right to be questioned first by their counsel, and whether the Guideline 7 requirement that the initial questioning of a claimant be by RPD members gives rise to a reasonable apprehension of bias.

Held, the appeals should be dismissed.

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the right not to be deprived of life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. But there is no legal authority for the proposition that the principles of fundamental justice require that parties with the burden of proof have the right to go first in proceedings to determine their rights. Although the individual rights at stake in an administrative proceeding are important in determining the procedural content of the principles of fundamental justice, the broader decision-making context from which the issue arises must also be considered. The inquisitorial nature of refugee protection hearings before the RPD must be taken into account. For the reasons expressed by the Federal Court below, and those of this Court in *Thamotharem*, Guideline 7 does not violate the right of claimants to participate at an RPD hearing conducted in accordance with the principles of procedural fairness.

Guideline 7 does not infringe section 7 of the Charter by creating a reasonable apprehension of bias, whether institutional or individual, again taking into account the context of the inquisitorial procedural model established for RPD hearings.

There was also no basis for disturbing the Federal Court's decisions pertaining to non-Guideline 7 issues.

Per Sharlow J.A. (concurring): Although the Chairperson erred in law in using the guideline-making power in paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act* to establish a standard practice for refugee hearings, that error does not by itself justify setting aside a negative refugee determination made on the basis of a hearing in which the refugee claimant is required to submit to questioning by the RPO or RPD member before presenting his or her own case.

pouvoir discrétionnaire des commissaires de la SPR et la loi n'exige pas qu'elles soient données en vertu du pouvoir légal du président d'établir des règles de procédure sous réserve de l'approbation du Cabinet.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si les Directives n° 7 sont incompatibles avec les principes de justice fondamentale parce qu'elles privent ceux qui ont le fardeau de la preuve du droit d'être interrogés en premier lieu par leur conseil et si l'obligation retrouvée aux Directives n° 7, à savoir que les commissaires de la SPR interrogent le demandeur d'asile en premier, risque d'entraîner une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* précise que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cependant, aucune règle de droit ne permet d'affirmer que les principes de justice fondamentale exigent que les parties ayant le fardeau de la preuve aient le droit de se faire entendre en premier dans les instances où il sera statué sur leurs droits. Bien que les droits individuels en cause dans une instance administrative soient importants pour déterminer la teneur, sur le plan procédural, des principes de justice fondamentale, le contexte décisionnel plus large dans lequel la question se pose doit aussi être pris en considération. Le caractère inquisitoire des audiences de la SPR sur une demande d'asile doit être pris en compte. Pour les motifs exposés par la Cour fédérale en l'espèce et ceux exposés par notre Cour dans *Thamotharem*, les Directives n° 7 ne violent pas le droit des demandeurs d'asile de participer à une audience de la SPR respectant les principes de l'équité procédurale.

Les Directives n° 7 ne violent pas l'article 7 de la Charte en créant une crainte raisonnable de partialité, individuelle ou institutionnelle, en tenant compte, une fois de plus, du contexte du modèle inquisitoire établi pour des audiences de la SPR.

De plus, il n'y avait aucune raison de modifier la décision de la Cour fédérale relativement aux questions ne concernant pas les Directives n° 7.

La juge Sharlow, J.C.A. (motifs concordants) : Même si le président de la Commission a commis une erreur de droit en se servant du pouvoir de donner des directives qui lui est conféré à l'alinéa 159(1)(h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour établir une norme de pratique applicable aux audiences sur une demande d'asile, cette erreur ne justifie pas en soi que soit annulée une décision défavorable rendue à la suite d'une audience où le demandeur

d'asile est tenu de répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant de faire valoir ses propres arguments.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

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

Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1), s. 22 (as am. by SOR/2002-232, s. 11).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 159(1)(h), 167(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2007] 1 F.C.R. 107; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 159; 290 F.T.R. 161; 54 Imm. L.R. (3d) 27; 2006 FC 461; *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2007), 366 N.R. 301; 2007 FCA 198.

CONSIDERED:

Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2006] 3 F.C.R. 168; 40 Admin. L.R. (4th) 221; 285 F.T.R. 45; 2006 FC 16; *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 152 C.R.R. (2d) 17; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165; 2002 FCA 148.

REFERRED TO:

Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

AUTHORS CITED

Canada. Immigration and Refugee Board. *Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection*

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. 7.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 159(1)h), 167(2).

Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1), art. 22 (mod. par DORS/2002-232, art. 11).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 107; 2006 CF 461; *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2006] 3 R.C.F. 168; 2006 CF 16; *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148.

DÉCISION CITÉE :

Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), [1992] 1 R.C.S. 623.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. *Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés : directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h) de la Loi*

Act. Ottawa: IRB, 2003.

sur l'immigration et la protection des réfugiés.
Ottawa : CISR, 2003.

APPEALS from the decision of the Federal Court (*Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107; (2006), 40 Admin. L.R. (4th) 159; 290 F.T.R. 161; 54 Imm. L.R. (3d) 27; 2006 FC 461) dismissing consolidated applications for judicial review impugning the validity of Guideline 7 and from decisions of the Federal Court (*Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 391; affg [2004] R.P.D.D. No. 838 (QL); *Guirguis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 413; affg [2005] R.P.D.D. No. 303 (QL); *Matheen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 395; affg *Hussain Matheen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] R.P.D.D. No. 96 (QL)) dismissing applications for judicial review of negative refugee decisions by the Immigration and Refugee Board. Appeals dismissed.

APPELS à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (*Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 107; 2006 CF 461) rejetant un groupe de demandes de contrôle judiciaire contestant la validité des Directives n° 7 et à l'encontre des décisions de la Cour fédérale (*Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 391; confirmant [2004] D.S.P.R. n° 838 (QL); *Guirguis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 413; confirmant [2005] D.S.P.R. n° 303 (QL); *Matheen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 395; confirmant *Hussain Matheen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] D.S.P.R. n° 96 (QL)) rejetant les demandes de contrôle judiciaire visant des décisions défavorables rendues par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Appels rejetés.

APPEARANCES:

Matthew Jeffrey for appellant in A-164-06.
Cynthia T. Mancia for appellants in A-187-06 and A-188-06.
Jack Davis for appellants in A-196-06 and A-197-06.
Hart A. Kaminker for appellants in A-198-06.
Kumar Sriskanda for appellant in A-199-06.
Amina S. Sherazee for appellant in A-200-06.
Jamie R. D. Todd and *John Provart* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Matthew Jeffrey, Toronto, for appellant in A-164-06.
Mancia & Mancina, Toronto, for appellants in A-187-06 and A-188-06.
Davis & Associates, Toronto, for appellants in A-196-06 and A-197-06.
Hart A. Kaminker, Toronto, for appellants in A-198-06.

ONT COMPARU :

Matthew Jeffrey pour l'appelant dans l'affaire A-164-06.
Cynthia T. Mancia pour les appelants dans les affaires A-187-06 et A-188-06.
Jack Davis pour les appelants dans les affaires A-196-06 et A-197-06.
Hart A. Kaminker pour les appelants dans l'affaire A-198-06.
Kumar Sriskanda pour l'appelante dans l'affaire A-199-06.
Amina S. Sherazee pour l'appelant dans l'affaire A-200-06.
Jamie R. D. Todd et *John Provart* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Matthew Jeffrey, Toronto, pour l'appelant dans l'affaire A-164-06.
Mancia & Mancina, Toronto, pour les appelants dans les affaires A-187-06 et A-188-06.
Davis & Associates, Toronto, pour les appelants dans les affaires A-196-06 et A-197-06.
Hart A. Kaminker, Toronto, pour les appelants dans l'affaire A-198-06.

Kumar Sriskanda, Scarborough, Ontario, for appellant in A-199-06.

Downtown Legal Services, Toronto, for appellant in A-200-06.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] These are consolidated appeals from decisions of the Federal Court dismissing the appellants' applications for judicial review to set aside decisions by the Immigration and Refugee Board (the Board) rejecting their claims for refugee protection in Canada.

[2] The procedural history of this matter is somewhat unusual. The Federal Court consolidated a number of applications for judicial review impugning the validity of Guideline 7 [*Guideline 7: Concerning Preparation and Conduct of a Hearing in the Refugee Protection Division: Guidelines Issued by the Chairperson Pursuant to Section 159(1)(h) of the Immigration and Refugee Protection Act*. Ottawa: IRB, 2003]. Guideline 7 was issued by the Chairperson of the Board in 2003, pursuant to the power conferred by paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), to issue guidelines to assist members of the Board in carrying out their duties (the Guideline 7 issue).

[3] Guideline 7 provides that the standard order of questioning at a refugee protection hearing by the Refugee Protection Division (RPD) of the Board will be that the claimant is questioned first by the refugee protection officer (RPO) and/or by the RPD member conducting the hearing. However, in exceptional cases, members may permit claimants to be questioned first by their own counsel.

Kumar Sriskanda, Scarborough (Ontario), pour l'appelante dans l'affaire A-199-06.

Downtown Legal Services, Toronto, pour l'appelant dans l'affaire A-200-06.

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

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un groupe d'appels interjetés à l'encontre des décisions de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire présentées par les appelants afin de faire annuler les décisions par lesquelles la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté leurs demandes d'asile au Canada.

[2] L'historique des procédures en l'espèce est quelque peu inusité. La Cour fédérale a réuni plusieurs demandes de contrôle judiciaire contestant la validité des Directives n° 7 [*Directives n° 7 : Directives concernant la préparation et la tenue des audiences à la Section de la protection des réfugiés : Directives données par le président en application de l'alinéa 159(1)h de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, Ottawa : CISR, 2003]. Ces directives ont été données par le président de la Commission en 2003 en vertu du pouvoir de donner des directives en vue d'aider les commissaires dans l'exécution de leurs fonctions qui lui est conféré à l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[3] Selon les Directives n° 7, le demandeur d'asile est interrogé d'abord par l'agent de protection des réfugiés (l'APR) ou le commissaire de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) qui préside l'audience, ou par les deux, lors des audiences de la SPR sur une demande d'asile. Le commissaire peut toutefois, dans des cas exceptionnels, permettre au demandeur d'asile d'être interrogé en premier lieu par son conseil.

[4] These consolidated applications for judicial review were heard in the Federal Court on the Guideline 7 issue by Justice Mosley, who held that Guideline 7 is valid: *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 107. He certified the following seven questions for appeal pursuant to IRPA, paragraph 74(d) [at paragraph 243]:

1. Does Guideline 7, issued under the authority of the Chairperson of the Immigration and Refugee Board, violate the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by unduly interfering with claimants' right to be heard and right to counsel?
2. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice?
3. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Refugee Protection Division members' discretion?
4. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?
5. Does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?
6. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline-making authority of the Chairperson under paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?
7. When must an applicant raise an objection to Guideline 7 in order to be able to raise it upon judicial review?

[5] We heard the appeals from Justice Mosley's decision immediately after hearing an appeal from a

[4] Le juge Mosley de la Cour fédérale a entendu les demandes réunies de contrôle judiciaire en cause en l'espèce [se rapportant aux Directives n° 7] et a statué que les Directives n° 7 étaient valides : *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1 R.C.F. 107. Il a certifié les sept questions suivantes à des fins d'appel conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR [au paragraphe 243] :

1. Les Directives n° 7, prises en vertu du pouvoir du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en limitant indûment le droit d'un demandeur d'asile d'être entendu et son droit à un procureur?
2. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 prises par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle?
3. L'application des Directives n° 7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés?
4. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans qu'il soit tenu compte du fait que l'équité procédurale a autrement été assurée au demandeur dans ce cas particulier ou qu'il y a un autre fondement permettant de rejeter la revendication?
5. Le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours de l'interrogatoire des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?
6. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles excèdent le pouvoir du président de donner des directives en vertu de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?
7. Quand un demandeur doit-il soulever une objection à l'application des Directives n° 7 pour être en mesure de la plaider dans le cadre d'un contrôle judiciaire?

[5] Nous avons instruit les appels visant la décision du juge Mosley tout de suite après avoir entendu un appel

decision of Justice Blanchard of the Federal Court, who found that Guideline 7 unlawfully fettered the discretion of members to determine the procedure to be followed at a refugee protection hearing: *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 168.

[6] Although not unanimous in its reasons, this Court unanimously allowed the Minister's appeal in *Thamotharem*, and dismissed Mr. Thamotharem's cross-appeal against Justice Blanchard's conclusion that Guideline 7 does not mandate a breach of the duty of fairness. The decision of this Court is reported as *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 366 N.R. 301.

[7] All the issues in dispute in *Thamotharem* also arose in the consolidated appeals, and should be decided in the same manner and for the reasons given by the majority in *Thamotharem*. That is to say, Guideline 7 does not breach the duty of fairness by either denying claimants an effective opportunity to make representations or so distorting the role of the member of the RPD hearing the claim as to give rise to a reasonable apprehension of bias. Nor is it an unlawful fetter on members' discretion, and it was not legally required to have been issued under the Chairperson's statutory power to issue rules of procedure, subject to Cabinet approval.

[8] It is unnecessary in these reasons to canvass these issues again. Arguments made by counsel in the consolidated appeals in respect of those issues were taken into account in the preparation of the reasons in *Thamotharem*. The present reasons deal with the issues raised in the consolidated appeals about the validity of Guideline 7 which were not raised in *Thamotharem*.

[9] In addition to the Guideline 7 issue, some of the applicants in the consolidated applications for judicial review raised non-Guideline 7 issues for challenging the Board's denial of their claims for refugee protection.

interjeté à l'encontre d'une décision du juge Blanchard de la Cour fédérale, qui avait conclu que les Directives n° 7 entravaient illégalement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de déterminer la procédure à suivre lors des audiences sur une demande d'asile : *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 168.

[6] Malgré des motifs dissidents, la Cour a, à l'unanimité, accueilli l'appel du ministre dans *Thamotharem* et rejeté l'appel incident interjeté par M. Thamotharem à l'encontre de la conclusion du juge Blanchard selon laquelle les Directives n° 7 n'entraînent pas un manquement à l'obligation d'équité. L'arrêt de la Cour est répertorié sous l'intitulé *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198.

[7] Toutes les questions en litige dans *Thamotharem* étaient également soulevées dans les appels réunis en l'espèce et ils devraient être tranchés de la même manière que dans *Thamotharem* et pour les motifs exposés par la majorité dans cet arrêt. En d'autres termes, les Directives n° 7 n'entraînent pas un manquement à l'obligation d'équité en privant les demandeurs de la possibilité de présenter des arguments ou en déformant le rôle du commissaire de la SPR qui est saisi de la demande d'asile au point de faire naître une crainte raisonnable de partialité. De plus, elles n'entravent pas illégalement l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires et la loi n'exige pas qu'elles soient données en vertu du pouvoir légal du président d'établir des règles de procédure sous réserve de l'approbation du Cabinet.

[8] Il est inutile dans les présents motifs de réexaminer ces questions encore une fois. Les arguments avancés par les avocats sur ces questions en l'espèce ont été pris en considération dans la rédaction des motifs de *Thamotharem*. Les présents motifs traitent des questions soulevées en l'espèce relativement à la validité des Directives n° 7 qui ne l'étaient pas dans *Thamotharem*.

[9] Certains des demandeurs ont aussi, dans le cadre des demandes de contrôle judiciaire qui ont été réunies, soulevé des questions ne concernant pas les Directives n° 7 pour contester le rejet de leurs demandes d'asile par

The applications were heard on these issues by Justices Gibson and Snider of the Federal Court, who dismissed them. Some of the appellants in the consolidated appeals appealed the dismissal of their applications for judicial review on non-Guideline 7 issues.

[10] In my opinion, all the consolidated appeals should be dismissed. I am not satisfied that the applications Judges made any material error on either the Guideline 7 issue or the non-Guideline 7 issues.

B. ANALYSIS

1. Guideline 7

(i) Section 7 of the Charter

(a) Participatory rights

[11] Counsel argue that section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] applies to refugee protection hearings by the RPD, and that Guideline 7 is not in accordance with the principles of fundamental justice, because it denies those with the burden of proof (that is, the claimants) of the right to be questioned first by their counsel whenever they so choose.

[12] In support of this argument, counsel rely on the difficulty faced by vulnerable claimants in telling their story coherently after the RPO has already covered much of the ground through questioning and focussing on the weaknesses of the claim for refugee protection. Because of the relationship of trust that claimants establish with their counsel, who have knowledge of their case, they are likely to present their claim more effectively if questioned first by their own counsel.

[13] There is no legal authority for the proposition that the principles of fundamental justice require that

la Commission. Les demandes ont été instruites sur ces questions par les juges Gibson et Snider de la Cour fédérale, qui les ont rejetées. Certains des appelants en l'espèce ont interjeté appel du rejet de leurs demandes de contrôle judiciaire sur les questions ne concernant pas les Directives n° 7.

[10] À mon avis, tous les appels devraient être rejetés en l'espèce. Je ne suis pas convaincu que les juges de première instance ont commis une erreur importante sur la question concernant les Directives n° 7 ou sur les autres questions.

B. ANALYSE

1. Directives n° 7

i) Article 7 de la Charte

a) Droits de participation

[11] Les avocats font valoir que l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] s'applique aux audiences de la SPR sur une demande d'asile et que les Directives n° 7 sont incompatibles avec les principes de justice fondamentale parce qu'elles privent ceux qui ont le fardeau de la preuve (les demandeurs d'asile) du droit d'être interrogés en premier lieu par leur conseil s'ils le désirent.

[12] À l'appui de cet argument, les avocats invoquent la difficulté, pour des demandeurs d'asile vulnérables, de raconter leur histoire avec cohérence après que l'APR a déjà fait à peu près le tour de la question en leur posant des questions ou en faisant ressortir les faiblesses de leur demande. En raison de la relation de confiance qu'ils établissent avec leur conseil, lequel connaît leur dossier, les demandeurs d'asile sont susceptibles de présenter leur demande plus efficacement s'ils sont interrogés d'abord par leur conseil.

[13] Aucune règle de droit ne permet d'affirmer que les principes de justice fondamentale exigent que les

parties with the burden of proof have the right to go first in proceedings to determine their rights. However, counsel says that the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, states that the content of the principles of fundamental justice depends on the individual rights at stake. In the present case, the appellants say that the interests which may be affected by the outcome of RPD hearings are of the greatest importance: the potential deportation to countries where claimants fear for their lives, personal liberty, and bodily integrity.

[14] In my view, this is not quite correct. Although the individual rights at stake in an administrative proceeding are important in determining the procedural content of the principles of fundamental justice, the broader decision-making context from which the issue arises must also be considered. Thus, McLachlin C.J. said in *Charkaoui* (at paragraph 20):

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake. . . . The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context. . . . [Emphasis added.]

[15] In my opinion, the inquisitorial nature of refugee protection hearings before the RPD must be taken into account as part of “the nature of the proceedings.” Further, while most adjudication in Canada is conducted on the basis of an adversarial procedural model, I cannot agree that the inquisitorial procedural model, in and of itself, is contrary to the principles of fundamental justice.

[16] Substantially for the reasons given by Justice Mosley (at paragraphs 47-67) for finding that there is no constitutional right for claimants to be questioned first by their own counsel, as well as for the reasons given in our decision in *Thamotharem* (at paragraphs 34-51) for concluding that Guideline 7 does not prescribe a procedure which is in breach of the duty of fairness, it is my opinion that Guideline 7 does not violate claimants’ right to participate at an RPD hearing conducted in

parties ayant le fardeau de la preuve aient le droit de se faire entendre en premier dans les instances où il sera statué sur leurs droits. L’avocat rappelle cependant que la Cour suprême du Canada a dit récemment dans *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, que la teneur des principes de justice fondamentale dépend des droits individuels qui sont en cause. En l’espèce, les appelants soutiennent que les intérêts qui peuvent être touchés par l’issue des audiences devant la SPR sont de la plus grande importance, les demandeurs d’asile risquant l’expulsion vers des pays où ils craignent pour leur vie, leur liberté personnelle et leur intégrité physique.

[14] Ce n’est pas tout à fait vrai, à mon avis. Bien que les droits individuels en cause dans une instance administrative soient importants pour déterminer la teneur, sur le plan procédural, des principes de justice fondamentale, le contexte décisionnel plus large dans lequel la question se pose doit aussi être pris en considération. Comme la juge en chef McLachlin l’a dit dans *Charkaoui* (au paragraphe 20) :

L’article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l’instance et des intérêts en cause [. . .]. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte [. . .]. [Non souligné dans l’original.]

[15] À mon avis, le caractère inquisitoire des audiences de la SPR sur une demande d’asile doit être pris en compte car il fait partie de la « nature de l’instance ». En outre, bien que la plupart des litiges au Canada suivent le modèle contradictoire, je ne peux admettre que le modèle inquisitoire est, en soi, contraire aux principes de justice fondamentale.

[16] Compte tenu essentiellement des motifs exposés par le juge Mosley (aux paragraphes 47 à 67) pour conclure que les demandeurs d’asile n’ont aucun droit constitutionnel d’être interrogés d’abord par leur conseil et des motifs pour lesquels nous avons, dans *Thamotharem* (aux paragraphes 34 à 51), statué que les Directives n° 7 n’établissent pas une procédure contraire à l’obligation d’équité, j’estime que les Directives n° 7 ne violent pas le droit des demandeurs d’asile de

accordance with the principles of fundamental justice.

(b) Bias and lack of independence

[17] It is argued that the principles of fundamental justice also require that members of a tribunal, such as the RPD, which determines rights protected by section 7 of the Charter must be, and must be seen to be, impartial and independent, both individually and institutionally. Guideline 7 thrusts RPD members hearing refugee protection claims “into the fray,” especially when no RPO is present, by requiring them, in all but exceptional cases, to question claimants first. The initial questioning of claimants by members is liable to give rise in the mind of the reasonable person, who is informed of the facts and has thought the matter through in a practical manner, to an apprehension that members hearing refugee claims are not impartial.

[18] I cannot agree. As I have already noted, a determination of the content of the principles of fundamental justice must take into account the decision-making context from which the dispute arises. In the present appeals, the context includes the inquisitorial procedural model established for hearings of the RPD. A consideration of context is as relevant for determining what constitutes disqualifying bias as for determining the extent of a person’s right to participate in the decision-making process: compare *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at page 638 (common-law duty of impartiality).

[19] I explained in *Thamotharem* (at paragraphs 45-48) why, in my opinion, Guideline 7 does not give rise to a reasonable apprehension of bias at common law. For the same reasons, I would conclude that Guideline 7 does not infringe section 7 of the Charter by creating a reasonable apprehension of bias, whether individual or institutional. The independence of RPD members is dealt with at paragraphs 83-88 of the reasons in *Thamotharem*.

participer à une audience de la SPR respectant les principes de justice fondamentale.

b) Partialité et manque d’indépendance

[17] On prétend que les principes de justice fondamentale exigent également des membres d’un tribunal administratif comme la SPR, qui statuent sur des droits protégés par l’article 7 de la Charte, qu’ils soient et paraissent impartiaux et indépendants, à la fois sur une base individuelle et sur une base institutionnelle. Les Directives n° 7 ont pour effet de « lancer dans la bataille » les commissaires de la SPR saisis de demandes d’asile, en particulier lorsqu’aucun APR n’est présent, en les obligeant à interroger les demandeurs en premier, sauf dans des cas exceptionnels. Le fait que les commissaires interrogent les demandeurs d’asile en premier risque d’amener une personne raisonnable qui connaît bien les faits et qui a étudié la question en profondeur et de façon pratique à craindre que les commissaires ne soient pas impartiaux.

[18] Je ne suis pas de cet avis. Comme je l’ai déjà mentionné, l’analyse de la teneur des principes de justice fondamentale doit tenir compte du contexte décisionnel entourant le litige. En l’espèce, le contexte comprend le modèle inquisitoire établi pour les audiences de la SPR. L’examen du contexte est aussi pertinent quand il s’agit de déterminer ce qui constitue un parti pris entraînant l’incapacité que pour circonscrire la portée du droit d’une personne de participer au processus décisionnel : comparer avec *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la page 638 (obligation d’impartialité en common law).

[19] J’ai expliqué dans *Thamotharem* (aux paragraphes 45 à 48) pourquoi, à mon avis, les Directives n° 7 ne font pas naître une crainte raisonnable de partialité au sens de la common law. Pour les mêmes raisons, je conclurais que les Directives n° 7 ne violent pas l’article 7 de la Charte en créant une crainte raisonnable de partialité, individuelle ou institutionnelle. Il est question de l’indépendance des commissaires de la SPR aux paragraphes 83 à 88 des motifs donnés dans *Thamotharem*.

(ii) Costs

[20] Costs are not awarded in applications for judicial review or appeals brought under the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [as am. by SOR/2005-339, s. 1], unless the Court orders a costs award “for special reasons”: rule 22 [as am. by SOR/2002-232, s. 11]. In my opinion, “special reasons” do not exist in this case.

[21] First, no undue delays in the conduct of the litigation, or any other errors or misconduct, are attributable to the Minister. Second, while the appellants’ challenge to the validity of Guideline 7 raises issues which may affect the RPD’s conduct of refugee hearings across the country, the disposition of the appeals is based on the application of familiar existing legal principles. Third, although the consolidation of the proceedings and the unusual procedural step of bifurcating the Guideline 7 issues from the others may have given rise to a degree of complexity in the management of the litigation, they do not warrant the exercise of the Court’s residual discretion to award costs in immigration and refugee proceedings.

[22] Finally, I note that costs were not awarded by the Federal Court, and seem not to have been requested. On appeal, costs were specifically requested in only two of the memoranda of fact and law.

2. Non-Guideline 7 Issues

[23] None of the non-Guideline 7 questions raised in the consolidated appeals was certified by the applications Judge pursuant to IRPA, paragraph 74(d). This Court was not satisfied that there was merit in any of them, and did not find it necessary to call on counsel for the Minister to reply at the hearing. Nonetheless, I shall deal briefly in these reasons with the arguments made in the appeals which raised non-Guideline 7 issues.

ii) Dépens

[20] Les demandes de contrôle judiciaire ou les appels introduits en application des *Règles des Cours fédérales en matière d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 [mod. par DORS/2005-339, art. 1], ne donnent pas lieu à des dépens, sauf ordonnance contraire rendue « pour des raisons spéciales » : règle 22 [mod. par DORS/2002-232, art. 11]. À mon avis, il n’y a pas de « raisons spéciales » en l’espèce.

[21] Premièrement, il n’y a eu aucun retard injustifié dans le déroulement de l’instance, ni aucune autre erreur ou faute attribuables au ministre. Deuxièmement, bien que la contestation de la validité des Directives n° 7 par les appelants soulève des questions qui peuvent influencer sur le déroulement des audiences de la SPR sur une demande d’asile dans tout le pays, les appels sont tranchés sur la foi de principes juridiques bien connus. Troisièmement, même si la réunion des appels et la décision inhabituelle de dissocier les questions concernant les Directives n° 7 des autres points en litige peuvent avoir compliqué la gestion de l’instance, ces deux facteurs ne justifient pas l’exercice, par la Cour, du pouvoir discrétionnaire résiduel d’adjudger des dépens dans une instance relative à l’immigration et au statut de réfugié.

[22] En dernier lieu, je constate que la Cour fédérale n’a pas rendu d’ordonnance sur les dépens et que les parties ne semblent pas en avoir fait la demande. En appel, les dépens ont été demandés expressément dans seulement deux des mémoires des faits et du droit.

2. Questions ne concernant pas les Directives n° 7

[23] Aucune des questions ne concernant pas les Directives n° 7 qui ont été soulevées en l’espèce n’a été certifiée par le juge de première instance en vertu de l’alinéa 74(d) de la LIPR. La Cour n’était pas convaincue que ces questions étaient fondées et n’a pas jugé nécessaire de demander à l’avocat du ministre d’y répondre à l’audience. Néanmoins, j’examinerai brièvement les arguments présentés relativement aux questions ne concernant pas les Directives n° 7.

(i) *Benitez* (A-164-06)

[24] In a decision rendered on November 3, 2004 [[2004] R.P.D.D. No. 838 (QL)], the RPD rejected Mr. Benitez' claim, on the ground that there was no credible evidence that he would be the subject of persecution if returned to Colombia. In particular, the RPD was concerned about unexplained discrepancies on significant factual issues between Mr. Benitez' Personal Information Form and his oral testimony. Dismissing Mr. Benitez' application for judicial review, Justice Gibson of the Federal Court held that the RPD's finding of non-credibility was not patently unreasonable: *Benitez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 391.

[25] In my view, there is no basis for disturbing Justice Gibson's decision. Findings of fact are peculiarly within the expertise of the RPD, whether the finding is based on the claimant's demeanour when testifying or on the way in which the claimant answered questions at the hearing, or on the implausibility of the evidence, which is typically an inference of fact. I would dismiss this appeal.

(ii) *Guirguis* (A-198-06)

[26] In a decision rendered on January 10, 2005 [[2005] R.P.D.D. No. 303 (QL)], the RPD rejected the claims of members of the Guirguis family, who are Coptic Christians and citizens of Egypt. The RPD found that there was insufficient trustworthy or credible evidence to discharge the claimants' burden of proving a well-founded fear that, if returned to Egypt, they would be persecuted on the ground of religion.

[27] Of the incidents on which the claimants based their claim, the RPD said that one was isolated, and that the evidence respecting the others was speculative, vague, and unsupported by independent evidence, such as medical or police reports. In addition, the RPD found the principal claimant to be evasive in her answers to questions, and other aspects of the claimants' story to be implausible.

i) *Benitez* (A-164-06)

[24] Dans une décision rendue le 3 novembre 2004 [[2004] D.S.P.R. n° 838 (QL)], la SPR a rejeté la demande d'asile de M. Benitez au motif qu'aucun élément de preuve crédible ne démontrait qu'il serait persécuté s'il était renvoyé en Colombie. En particulier, la SPR était préoccupée par certaines contradictions non expliquées touchant des faits importants entre le Formulaire de renseignements personnels de M. Benitez et son témoignage. En rejetant la demande de contrôle judiciaire de M. Benitez, le juge Gibson de la Cour fédérale a statué que la conclusion d'absence de crédibilité de la SPR n'était pas manifestement déraisonnable : *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 391.

[25] À mon avis, il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge Gibson. Les conclusions de fait relèvent particulièrement de l'expertise de la SPR, que la conclusion se fonde sur le comportement du demandeur d'asile pendant son témoignage ou sur la manière dont il a répondu aux questions à l'audience, ou encore sur l'invraisemblance de la preuve, ce qui constitue habituellement une déduction de fait. Je rejetterais cet appel.

ii) *Guirguis* (A-198-06)

[26] Dans une décision rendue le 10 janvier 2005 [[2005] D.S.P.R. n° 303 (QL)], la SPR a rejeté les demandes d'asile des membres de la famille Guirguis, des chrétiens coptes et des citoyens de l'Égypte. La SPR a jugé que les demandeurs d'asile n'avaient pas produit suffisamment d'éléments de preuve crédibles ou dignes de foi pour démontrer, comme ils devaient le faire, qu'ils craignaient avec raison d'être persécutés du fait de leur religion s'ils étaient renvoyés en Égypte.

[27] La SPR a dit qu'un des incidents invoqués par les demandeurs d'asile au soutien de leurs demandes était isolé et que les éléments de preuve concernant les autres incidents étaient vagues, hypothétiques et non corroborés par des éléments de preuve indépendants, comme des rapports médicaux ou des rapports de police. En outre, la SPR a jugé que la demandeur d'asile principale répondait aux questions de façon évasive et que d'autres aspects de l'histoire des demandeurs d'asile étaient invraisemblables.

[28] Justice Gibson dismissed the appellants' applications for judicial review, on the ground that the RPD's findings of fact were not patently unreasonable and the decision was not otherwise vitiated by reviewable error: *Guirguis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 413. Justice Gibson emphasized that fact-finding is at the heart of the RPD's specialized expertise and that its reasons do not have to deal with every item of evidence adduced by a claimant.

[29] On appeal, counsel attempted, in effect, to persuade us to substitute our view of the evidence for that of the RPD. This is not the role either of the Federal Court on an application for judicial review, or of this Court on an appeal from an applications Judge. I would dismiss the appeal.

(iii) *Gyankoma* (A-199-06)

[30] Counsel for the appellant, Afua Gyankoma, sought to raise several non-Guideline 7 issues which he had not raised before the Federal Court. The only decision rendered by the Federal Court on Ms. Gyankoma's application for judicial review related to the validity of Guideline 7. When asked why he was raising other issues for the first time in this Court, counsel could only say that perhaps he had made a "tactical error" in not raising them below.

[31] An appellant may not normally raise issues for the first time on an appeal, because that would put the appellate court in the position of having to decide an issue without the benefit of the opinion of the lower court. The role of an appellate court is generally confined to examining the decision of the court below for reversible error.

[32] There are, however, exceptions. For example, in *Stumpf v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 289 N.R. 165 (F.C.A.), this Court

[28] Le juge Gibson a rejeté les demandes de contrôle judiciaire des appelants parce que les conclusions de fait de la SPR n'étaient pas manifestement déraisonnables et que la décision n'était pas par ailleurs viciée par une erreur susceptible de contrôle : *Guirguis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 413. Il a souligné que la recherche des faits est au cœur de l'expertise particulière de la SPR et que celle-ci ne doit pas obligatoirement, dans ses motifs, traiter de chaque élément de preuve présenté par un demandeur d'asile.

[29] En appel, l'avocat a tenté de nous persuader de substituer notre opinion sur les éléments de preuve à celle de la SPR. Or, ce n'est pas le rôle de la Cour fédérale dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire ni de la Cour dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue en première instance. Je rejeterais l'appel.

(iii) *Gyankoma* (A-199-06)

[30] L'avocat de l'appelante, Afua Gyankoma, a tenté de soulever plusieurs questions ne concernant pas les Directives n° 7 qu'il n'avait pas soumises à la Cour fédérale. La seule décision rendue par la Cour fédérale à l'égard de la demande de contrôle judiciaire de M^{me} Gyankoma portait sur la validité des Directives n° 7. Lorsqu'on lui a demandé pourquoi il soulevait d'autres questions pour la première fois devant la Cour, l'avocat s'est contenté de répondre qu'il avait peut-être commis une [TRADUCTION] «erreur stratégique» en ne le faisant pas plus tôt.

[31] Un appelant ne peut généralement pas soulever de nouvelles questions en appel parce que la cour d'appel serait alors obligée de se prononcer sur une question sans bénéficier de l'opinion du tribunal inférieur. Le rôle d'une cour d'appel se limite généralement à examiner la décision de l'instance inférieure pour déterminer si une erreur justifie l'infirmité de cette décision.

[32] Il y a cependant des exceptions. Par exemple, dans *Stumpf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 148, la Cour a annulé le

set aside a refusal by the Convention Refugee Determination Division (as it then was) (CRDD) to reopen an abandonment decision, on the ground that a designated representative should have been appointed for one of the refugee claimants, a minor. This issue had not been raised before either the CRDD, or the Federal Court on the application for judicial review. Speaking for this Court, Sharlow J.A. said (at paragraph 5):

We have determined that it is appropriate to consider this issue at this stage, despite the fact that it has not been raised before. The record discloses all the relevant facts, and there is no suggestion that the Minister would be prejudiced if this issue is considered. On the other hand, the designation of a representative in this case could have affected the outcome.

[33] It is essential for the protection of minors, and for ensuring the fairness of the hearing, that those determining refugee protection claims discharge their statutory duty to consider the appointment of a person to represent the interests of a minor child: see now IRPA, subsection 167(2). The CRDD in *Stumpf* had clearly failed to discharge its duty in this respect.

[34] No comparable reasons exist in the present case for permitting counsel to raise non-Guideline 7 issues for the first time in this Court, which he could and should have raised in the Federal Court. I would dismiss the appeal.

(iv) *Matheen* (A-200-06)

[35] Counsel for Inthikhab Hussain Matheen was unable to appear at the hearing of the appeal. However, on counsel's behalf, another lawyer directed the Court to the paragraphs of counsel's memorandum of fact and law which, she indicated, counsel regarded as particularly important. Although these did not include the paragraphs dealing with the non-Guideline 7 issues, I shall, nonetheless, address them briefly on the basis of the parties' written submissions.

[36] In a decision rendered on March 16, 2005 [[2005] R.P.D.D. No. 96], the RPD rejected Mr. Matheen's claim for refugee protection, on the ground

refus, par la Section du statut de réfugié (la SSR) (telle qu'elle était alors désignée), de rouvrir une décision sur le désistement, au motif qu'un représentant aurait dû être commis d'office à l'un des revendicateurs du statut de réfugié, un mineur. Ce point n'avait pas été soulevé devant la SSR ou devant la Cour fédérale lors du contrôle judiciaire. S'exprimant au nom de la Cour, la juge Sharlow a déclaré (au paragraphe 5) :

Nous avons conclu qu'il est approprié d'en tenir compte présentement, même si la question n'a jamais été soulevée auparavant. Le dossier contient tous les faits pertinents et rien ne suggère que le ministre en souffrirait préjudice si la question était examinée. D'autre part, la désignation d'un représentant dans ce dossier aurait pu influencer sur l'issue du litige.

[33] Il est essentiel pour la protection des mineurs, de même que pour l'équité de l'audience, que les personnes qui sont chargées de trancher les demandes d'asile considèrent la nécessité de nommer une personne pour représenter les intérêts d'un enfant mineur, comme la loi l'exige : voir le paragraphe 167(2) de la LIPR. Dans *Stumpf*, la SSR avait clairement omis de se conformer à son obligation à cet égard.

[34] Aucune raison comparable ne justifie en l'espèce de permettre à l'avocat de soulever des questions ne concernant pas les Directives n° 7 pour la première fois devant la Cour, alors qu'il aurait pu et aurait dû le faire devant la Cour fédérale. Je rejeterais l'appel.

(iv) *Matheen* (A-200-06)

[35] L'avocat d'Inthikhab Hussain Matheen n'a pas pu assister à l'audition de l'appel. Une avocate a cependant, en son nom, attiré l'attention de la Cour sur les paragraphes du mémoire des faits et du droit qu'il jugeait particulièrement importants. Même si ces paragraphes ne comprenaient pas ceux qui traitaient des questions ne concernant pas les Directives n° 7, je vais en parler brièvement en m'appuyant sur les observations écrites des parties.

[36] Dans une décision rendue le 16 mars 2005 [[2005] D.S.P.R. n° 96 (QL)], la SPR a rejeté la demande d'asile de M. Matheen parce qu'il n'avait

that he had provided no credible evidence to prove that he had a well-founded fear of persecution if returned to Sri Lanka. The RPD concluded that Mr. Matheen had fabricated the incidents on which he based his claim, because of the evasive and contradictory nature of the appellant's testimony on critical issues, and the absence of supporting documentary evidence which could and should have been adduced.

[37] Applying the patent unreasonableness standard of review, Justice Gibson found that there was ample evidence to support the Board's findings of fact, and dismissed Mr. Matheen's application for judicial review: *Matheen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 395. I see no reason for interfering with Justice Gibson's decision, and would dismiss the appeal.

C. CONCLUSIONS

[38] For these reasons, I would dismiss all the appeals, on both the Guideline 7 issue and the non-Guideline 7 issues. A copy of these reasons should be inserted in each of the files consolidated in these appeals. I would answer as follows the questions certified by Justice Mosley in connection with the validity of Guideline 7:

1. Does Guideline 7, issued under the authority of the Chairperson of the Immigration and Refugee Board, violate the principles of fundamental justice under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by unduly interfering with claimants' right to be heard and right to counsel?

Answer: No.

2. Does the implementation of paragraphs 19 and 23 of the Chairperson's Guideline 7 violate principles of natural justice?

Answer: No.

3. Has the implementation of Guideline 7 led to fettering of Refugee Protection Division members' discretion?

produit aucune preuve crédible démontrant qu'il craignait avec raison d'être persécuté s'il était renvoyé au Sri Lanka. La SPR a conclu que M. Matheen avait inventé les incidents sur lesquels il appuyait sa demande d'asile en raison du caractère vague et contradictoire de son témoignage sur des points critiques et de l'absence d'éléments de preuve documentaire à l'appui de ses prétentions qui auraient pu et auraient dû être produits.

[37] Le juge Gibson a conclu, après avoir appliqué la norme de contrôle du caractère manifestement déraisonnable, que la preuve était amplement suffisante pour étayer les conclusions de fait de la Commission, et il a rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Matheen : *Matheen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 395. Je ne vois aucune raison de modifier la décision du juge Gibson et je rejetterais l'appel.

C. CONCLUSION

[38] Pour ces motifs, je rejetterais tous les appels, à la fois sur la question concernant les Directives n° 7 et sur les autres questions. Une copie des présents motifs devrait être versée dans chacun des dossiers des présents appels. Je répondrais comme suit aux questions certifiées par le juge Mosley relativement à la validité des Directives n° 7 :

1. Les Directives n° 7, prises en vertu du pouvoir du président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés en limitant indûment le droit d'un demandeur d'asile d'être entendu et son droit à un procureur?

Réponse : Non.

2. L'application des paragraphes 19 et 23 des Directives n°7 prises par le président contrevient-elle aux principes de justice naturelle?

Réponse : Non.

3. L'application des Directives n°7 constitue-t-elle une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des

commissaires de la Section de la protection des réfugiés?

Answer: No.

Réponse : Non.

4. Does a finding that Guideline 7 fetters a Refugee Protection Division member's discretion necessarily mean that the application for judicial review must be granted, without regard to whether or not the applicant was otherwise afforded procedural fairness in the particular case or whether there was an alternate basis for rejecting the claim?

4. Une conclusion selon laquelle les Directives n° 7 entravent l'exercice du pouvoir discrétionnaire des commissaires de la Section de la protection des réfugiés signifie-t-elle nécessairement que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, sans qu'il soit tenu compte du fait que l'équité procédurale a autrement été assurée au demandeur dans ce cas particulier ou qu'il y a un autre fondement permettant de rejeter la revendication?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Does the role of Refugee Protection Division members in questioning refugee claimants, as contemplated by Guideline 7, give rise to a reasonable apprehension of bias?

5. Le rôle des commissaires de la Section de la protection des réfugiés au cours de l'interrogatoire des demandeurs d'asile, tel que prévu par les Directives n° 7, donne-t-il lieu à une crainte raisonnable de partialité?

Answer: No.

Réponse : Non.

6. Is Guideline 7 unlawful because it is *ultra vires* the guideline-making authority of the Chairperson under paragraph 159(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*?

6. Les Directives n° 7 sont-elles illégales parce qu'elles excèdent le pouvoir du président de donner des directives en vertu de l'alinéa 159(1)h) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*?

Answer: No.

Réponse : Non.

7. When must an applicant raise an objection to Guideline 7 in order to be able to raise it upon judicial review?

7. Quand un demandeur doit-il soulever une objection à l'application des Directives n° 7 pour être en mesure de la plaider dans le cadre d'un contrôle judiciaire?

Answer: It is not necessary to answer this question.

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

DÉCARY J.A.: I agree.

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[39] SHARLOW J.A.: I agree with my colleague Justice Evans that the appeals from the decision of Justice Mosley should be dismissed, and that none of the non-Guideline 7 issues raised in *Benitez* (A-164-06), *Guirguis* (A-198-06), *Gyankoma* (A-199-06) and *Matheen* (A-200-06) justify a reversal of the decision of Justice Gibson.

[40] As for the certified questions, I would answer questions 1, 2, 3, 4, 5 and 7 as proposed by Justice Evans. I would decline to answer question 6. For the reasons set out in my concurring reasons in *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, it is my view that although the Chairperson erred in law in using the guideline-making power in paragraph 159(1)(h) of IRPA to establish a standard practice for refugee hearings, that error does not by itself justify setting aside a negative refugee determination made on the basis of a hearing in which the refugee claimant is required to submit to questioning by the RPO or the Member before presenting his or her own case.

[39] LA JUGE SHARLOW : Je suis d'accord avec mon collègue le juge Evans lorsqu'il dit que les appels interjetés à l'encontre de la décision du juge Mosley devraient être rejetés et qu'aucune des questions ne concernant pas les Directives n° 7 soulevées dans *Benitez* (A-164-06), *Guirguis* (A-198-06), *Gyankoma* (A-199-06) et *Matheen* (A-200-06) ne justifie l'infirmité de la décision du juge Gibson.

[40] Quant aux questions certifiées, je répondrais aux questions 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de la manière proposée par le juge Evans. Je refuserais de répondre à la question 6. Pour les motifs concordants que j'ai prononcés dans *Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 198, je suis d'avis que, même si le président de la Commission a commis une erreur de droit en se servant du pouvoir de donner des directives qui lui est conféré à l'alinéa 159(1)h de la LIPR pour établir une norme de pratique applicable aux audiences sur une demande d'asile, cette erreur ne justifie pas en soi que soit annulée une décision défavorable rendue à la suite d'une audience où le demandeur d'asile est tenu de répondre aux questions de l'APR ou du commissaire avant de faire valoir ses propres arguments.

A-413-06
2007 FCA 163

A-413-06
2007 CAF 163

Sanofi-Aventis Canada Inc. (*Appellant*) (*Applicant*)

Sanofi-Aventis Canada Inc. (*appelante*)
(*demanderesse*)

v.

c.

Novopharm Limited and The Minister of Health
(*Respondents*) (*Respondents*)

Novopharm Limitée et Le ministre de la Santé
(*intimés*) (*défendeurs*)

and

et

Schering Corporation (*Respondent*) (*Respondent/*
Patentee)

Schering Corporation (*intimée*) (*défenderesse/*
brevetée)

INDEXED AS: SANOFI-AVENTIS CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: SANOFI-AVENTIS CANADA INC. c. NOVOPHARM LTÉE (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Nadon, Sexton and Sharlow JJ.A.—Toronto, January 9; Ottawa, April 23, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sexton et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 9 janvier; Ottawa, 23 avril 2007.

Patents — Practice — Abuse of process — Appeal from Federal Court decision reversing Prothonotary's order and allowing Novopharm's motion for summary dismissal of Sanofi-Aventis' application for prohibition order — Novopharm alleging Canadian patent No. 1341206 invalid — Arguing application for prohibition order abuse of process under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5)(b) as Sanofi-Aventis already failed to show similar allegations of invalidity unjustified in previous proceeding against other generic manufacturer — Appeal dismissed (Nadon J.A. dissenting) — Permitting same innovator to relitigate same issues repeatedly posing severe threat to integrity of adjudicative process, principle of finality, efficiency of judicial system.

Brevets — Pratique — Abus de procédure — Appel de la décision de la Cour fédérale, qui a annulé l'ordonnance du protonotaire et accueilli la requête en rejet sommaire de Novopharm quant à une demande formulée par Sanofi-Aventis pour obtenir une ordonnance d'interdiction — Novopharm alléguait que le brevet canadien n° 1341206 était invalide — Elle soutenait que la demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction constituait un abus de procédure en vertu de l'art. 6(5)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) puisque Sanofi-Aventis n'était pas parvenue à établir auparavant le caractère injustifié des allégations d'invalidité semblables formulées par un autre fabricant de médicaments génériques — Appel rejeté (le juge Nadon, J.C.A., dissident) — Le fait de permettre à un même innovateur de débattre à nouveau les mêmes questions de façon répétée pose une grave menace à l'intégrité du processus décisionnel judiciaire, au principe de la stabilité des décisions, de même qu'à l'efficacité du système judiciaire.

This was an appeal from a decision of the Federal Court reversing the Prothonotary's order dismissing Novopharm Limited's motion for the summary dismissal of Sanofi-Aventis Canada Inc.'s application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Novopharm. Sanofi-Aventis had made this application after receiving a notice of allegation (NOA) from Novopharm alleging the invalidity of Canadian patent No. 1341206 (the '206 patent).

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale, qui a annulé la décision du protonotaire rejetant la requête en rejet sommaire de Novopharm Limitée quant à une demande formulée par Sanofi-Aventis Canada Inc. pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm. Sanofi-Aventis avait présenté cette demande après avoir reçu un avis d'allégation de Novopharm, qui alléguait l'invalidité du brevet canadien n°

The Federal Court held that Sanofi-Aventis' application was an abuse of process pursuant to paragraph 6(5)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* because Sanofi-Aventis had already failed to show, in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, that similar allegations of invalidity made by another generic drug manufacturer (Apotex Inc.) with respect to the '206 patent were unjustified.

Held (Nadon J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Sexton J.A. (Sharlow J.A. concurring): The allegations in the Apotex and Novopharm NOAs were the same in their material respects, and Sanofi-Aventis' attempt to relitigate these allegations amounted to an abuse of process, even though the decision on sound prediction in *Aventis Pharma* was not binding as it involved a question of fact, and despite the fact that it was not possible to say that Sanofi-Aventis' application had no chance of success. This analysis was informed by the principles enunciated by the S.C.C. in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*. Permitting the same innovator to relitigate the same issues repeatedly poses a severe threat to the integrity of the adjudicative process, the principle of finality, and the efficiency of the judicial system. Once relitigation has been established, no additional element of misconduct is required to find abuse of process in Canada.

While it is important in each case to ensure the application of the doctrine of abuse of process does not give rise to unfairness in the circumstances, no such unfairness resulted in the present case. All parties (innovators and generics) are held to the same standard: they must each put forward their entire case, complete with all relevant evidence, at first instance. The additional evidence adduced by Sanofi-Aventis and Schering Corporation was a collateral attack on the *Aventis Pharma* finding as to sound prediction. It did not change the fact that they could not attempt to relitigate a claim they had already made. They were required to put their best foot forward in the earlier proceedings.

Per Nadon J.A. (dissenting): This was not a case where the doctrine of abuse of process should be applied. The parties to the proceedings herein were not the same as those in *Aventis Pharma*. The issue herein and in *Aventis Pharma* was

1341206 (le brevet '206). La Cour fédérale a statué que la demande de Sanofi-Aventis constituait un abus de procédure en vertu de l'alinéa 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* parce que Sanofi-Aventis n'était pas parvenue à établir auparavant, dans l'affaire *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, le caractère injustifié des allégations d'invalidité semblables formulées par un autre fabricant de médicaments génériques (Apotex Inc.) relativement au brevet '206.

Arrêt (le juge Nadon, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Sexton, J.C.A. (la juge Sharlow, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les allégations formulées dans les avis d'allégation d'Apotex et de Novopharm étaient les mêmes sous tous les aspects importants, et la tentative de Sanofi-Aventis de débattre à nouveau ces allégations équivalait à un abus de procédure même si la conclusion relative à la prédiction valable dégagée dans l'affaire *Aventis Pharma* n'était pas exécutoire parce qu'elle portait sur une question de fait et même s'il n'était pas possible de dire que la demande de Sanofi-Aventis n'avait aucune chance de succès. Cette analyse a été éclairée par les principes que la C.S.C. a énoncés dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*. Le fait de permettre à un même innovateur de débattre à nouveau les mêmes questions de façon répétée pose une grave menace à l'intégrité du processus décisionnel judiciaire, au principe de la stabilité des décisions, de même qu'à l'efficacité du système judiciaire. Dès que la remise en cause a été établie, aucun élément additionnel d'inconduite n'est requis pour conclure à l'existence d'un abus de procédure au Canada.

Bien qu'il soit important dans chaque affaire de s'assurer que l'application de la doctrine de l'abus de procédure n'est pas source d'inéquité dans les circonstances, ce n'était pas le cas en l'espèce. Toutes les parties (innovateurs et fabricants de médicaments génériques) sont tenues de respecter la même norme : chacune est tenue de présenter tous ses arguments, ainsi que tous les éléments de preuve pertinents, en première instance. Les éléments de preuve additionnels que Sanofi-Aventis et Schering Corporation ont produits constituaient une attaque indirecte contre la décision rendue dans l'affaire *Aventis Pharma* quant à la prédiction valable. Ces éléments de preuve ne changeaient pas le fait que ces parties ne pouvaient pas tenter de débattre à nouveau une demande qu'elles avaient déjà présentée. Dans l'instance antérieure, les parties étaient tenues de présenter leurs meilleurs arguments.

Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Il ne s'agissait pas d'une affaire où il fallait appliquer la doctrine de l'abus de procédure. Les parties à la présente instance n'étaient pas les mêmes que celles qui ont comparu dans l'affaire *Aventis*

primarily one of fact and, as a result, it was open to the trier of fact in this proceeding to come to a different conclusion. Sanofi-Aventis, in seeking to prohibit the Minister from issuing an NOC to Novopharm, was simply exercising its rights under the Regulations, which do not expressly or implicitly prevent a patentee from relitigating an issue previously litigated against another generic drug manufacturer. There was also no “additional element” in the present matter that would have rendered Sanofi-Aventis’ application abusive. Finally, Sanofi-Aventis’ conduct did not call for the application of the doctrine of abuse of process, and the proceedings it commenced following service of Novopharm’s NOA were neither oppressive nor vexatious.

Pharma. Les questions qui étaient en litige en l’espèce et dans l’affaire *Aventis Pharma* étaient principalement des questions de fait et, par conséquent, il était loisible au juge des faits dans la présente instance de tirer une conclusion différente. Sanofi-Aventis, en cherchant à interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à Novopharm, exerçait simplement les droits que lui accorde le Règlement, qui n’empêche pas expressément ou implicitement un breveté de débattre à nouveau une question déjà plaidée contre un autre fabricant de médicaments génériques. De même, il n’y avait en l’espèce aucun « élément additionnel » qui aurait fait de la demande de Sanofi-Aventis un abus de procédure. Enfin, la conduite de Sanofi-Aventis ne déclenchait pas l’application de la doctrine de l’abus de procédure et l’instance qu’elle a engagée à la suite de la signification de l’avis d’allégation de Novopharm n’était ni oppressive ni vexatoire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 221.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5), (2), (5)(b) (as am. *idem*; 2006-242, s. 3), 7(2)(b).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp. (1991), 36 C.P.R. (3d) 322; 128 N.R. 54 (F.C.A.); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; [2003] CLLC 220-071; 17 C.R. (6th) 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63; *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 16.

CONSIDERED:

Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc. (2005), 43 C.P.R. (4th) 161; 278 F.T.R. 1; 2005 FC 1283; *affd* (2006), 265 D.L.R. (4th) 308; 46 C.P.R. (4th) 401; 349 N.R. 183; 2006 FCA 64; leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] 2 S.C.R. xi; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358; 172 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5), (2), (5)(b) (mod., *idem*; 2006-242, art. 3), 7(2)(b).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 221.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp., [1991] A.C.F. n° 503 (C.A.) (QL); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; 2003 CSC 63; *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 16.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc., 2005 CF 1283; *conf.* par 2006 CAF 64; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 2 R.C.S. xi; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1999] A.C.F. n° 959 (1^{re} inst.) (QL); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.); *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Danyluk c.*

49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321; *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.); *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; 365 A.P.R. 269; 89 C.C.C. (3d) 1; 29 C.R. (4th) 1; 2 M.V.R. (3d) 161; 165 N.R. 241; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; (1989), 49 C.C.C. (3d) 289; 70 C.R. (3d) 209; 40 C.R.R. 1; 96 N.R. 241; 34 O.A.C. 165; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; (1990), 61 C.C.C. (3d) 300; 2 C.R. (4th) 153; 1 C.R.R. (2d) 82; 116 N.R. 361; 43 O.A.C. 277; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Johnson v Gore Wood & Co*, [2001] 2 WLR 72 (H.L.); *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. and C. E. Heath & Co. (Marine) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 132 (C.A.); *Janssen-Ortho v. Novopharm Ltd.* (2006), 57 C.P.R. (4th) 6; 2006 FC 1234; *Janssen-Ortho v. Novopharm Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 353; 264 F.T.R. 202; 2004 FC 1631; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 85 C.P.R. (3d) 50; 158 F.T.R. 135 (F.C.T.D.); *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 73; 188 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd (2001), 11 C.P.R. (4th) 417; 273 N.R. 166; 2001 FCA 96.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, [2005] 3 F.C.R. 367; (2005), 334 N.R. 1; 2005 FCA 139; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513; (2006), 265 D.L.R. (4th) 363; 47 C.P.R. (4th) 329; 350 N.R. 219; 2006 FCA 51; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Bayer Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 251; 164 F.T.R. 22 (F.C.T.D.); *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 350; 239 F.T.R. 32; 2003 FC 1055; *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450; 298 N.R. 348; 2002 FCA 440; *Pfizer Canada Inc. et al. v. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371 (F.C.A.); *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 791* (2001), 55 O.R. (3d) 541; 205 D.L.R. (4th) 280; 149 O.A.C. 213 (C.A.); *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33; 150 D.L.R. (3d) 249; 2 C.C.L.I. 246; 37 C.P.C. 277; [1983] I.L.R. 6498 (H.C.J.); aff'd (1984), 48 O.R. (2d)

Ainsworth Technologies Inc., [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44; *Johnson v Gore Wood & Co*, [2001] 2 WLR 72 (H.L.); *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. and C. E. Heath & Co. (Marine) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 132 (C.A.); *Janssen-Ortho c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1234; *Janssen-Ortho c. Novopharm Ltd.*, 2004 CF 1631; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1706 (1^{re} inst.) (QL); *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 585 (1^{re} inst.) (QL); conf. par 2001 CAF 96.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, [2005] 3 R.C.F. 367; 2005 CAF 139; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513; 2006 CAF 51; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; 2002 CSC 77; *Bayer Inc. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1839 (1^{re} inst.) (QL); *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL); *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055; *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440; *Pfizer Canada Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, [2001] A.C.F. n° 17 (C.A.) (QL); *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 791* (2001), 55 O.R. (3d) 541; 205 D.L.R. (4th) 280; 149 O.A.C. 213 (C.A.); *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33; 150 D.L.R. (3d) 249; 2 C.C.L.I. 246; 37 C.P.C. 277; [1983] I.L.R. 6498 (H.C.J.); conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266; 13 D.L.R. (4th) 318; 8 C.C.L.I. 286; [1985] I.L.R. 7151; 7 O.A.C. 143 (C.A.); *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.); *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; 198 D.L.R. (4th) 541; 3 C.P.C. (5th) 189; 142 O.A.C. 116 (C.A.); *Stevenson v. Bomac Construction*, [1986] 5 W.W.R. 21; 48 Sask. R. 62 (C.A.); *Bjarnarson v.*

266; 13 D.L.R. (4th) 318; 8 C.C.L.I. 286; [1985] I.L.R. 7151; 7 O.A.C. 143; *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.); *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391; 198 D.L.R. (4th) 541; 3 C.P.C. (5th) 189; 142 O.A.C. 116 (C.A.); *Stevenson v. Bomac Construction*, [1986] 5 W.W.R. 21; 48 Sask. R. 62 (C.A.); *Bjarnarson v. Manitoba (Government of)* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32; [1987] 4 W.W.R. 645; 48 Man. R. (2d) 149; 21 C.P.C. (2d) 304 (Man. Q.B.); affd (1987), 45 D.L.R. (4th) 766; [1988] 1 W.W.R. 422; 50 Man. R. (2d) 178; 21 C.P.C. (2d) 312 (Man. C.A.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2002] 3 F.C. 221; (2001), 16 C.P.R. (4th) 21; 213 F.T.R. 161; 2001 FCT 1264; affd (2002), 22 C.P.R. (4th) 1; 298 N.R. 323; 2002 FCA 421; *AB Hassle v. RhoxalPharma Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 298; 222 F.T.R. 48; 2002 FCT 780.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 56 C.P.R. (4th) 242; 2006 FC 1135) reversing the Prothonotary's order and allowing Novopharm Limited's motion for the summary dismissal of Sanofi-Aventis Canada Inc.'s application for a prohibition order. Appeal dismissed, Nadon J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton and Mark G. Biernacki for appellant (applicant).
Jonathan Stainsby and Mark Edward Davis for respondent (respondent) Novopharm Limited.
 No one appearing for respondent (respondent) Minister of Health.
Anthony George Creber for respondent (respondent/patentee) Schering Corporation.

SOLICITORS OF RECORD:

Smart & Biggar, Toronto, for appellant (applicant).
Heenan Blaikie LLP, Toronto, for respondent (respondent) Novopharm Limited.
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent) Minister of Health.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent (respondent/patentee) Schering Corporation.

Manitoba (Government of) (1987), 38 D.L.R. (4th) 32; [1987] 4 W.W.R. 645; 48 Man. R. (2d) 149; 21 C.P.C. (2d) 304 (B.R. Man.); conf. par (1987), 45 D.L.R. (4th) 766; [1988] 1 W.W.R. 422; 50 Man. R. (2d) 178; 21 C.P.C. (2d) 312 (C.A. Man.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2002] 3 C.F. 221; 2001 CFPI 1264; conf. par 2002 CAF 421; *AB Hassle c. RhoxalPharma Inc.*, 2002 CFPI 780.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2006 CF 1135), qui a annulé l'ordonnance du protonotaire et accueilli la requête en rejet sommaire de Novopharm Limitée quant à une demande formulée par Sanofi-Aventis Canada Inc. pour obtenir une ordonnance d'interdiction. Appel rejeté, le juge Nadon, J.C.A., dissident.

ONT COMPARU :

Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton et Mark G. Biernacki pour l'appelante (demanderesse).
Jonathan Stainsby et Mark Edward Davis pour l'intimée (défenderesse) Novopharm Limitée.
 Aucune comparution pour l'intimé (défendeur) le ministre de la Santé.
Anthony George Creber pour l'intimée (défenderesse/brevetée) Schering Corporation.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Smart & Biggar, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).
Heenan Blaikie S.E.N.C. R.L., SRL, Toronto, pour l'intimée (défenderesse) Novopharm Limitée.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (défendeur) ministre de la Santé.
Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour l'intimée (défenderesse/brevetée) Schering Corporation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SEXTON J.A.: The principal issue in this case relates to the scope of the abuse of process provision in paragraph 6(5)(b) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations) and specifically whether the holder of a pharmaceutical patent, having failed to establish that an allegation of invalidity made by one generic drug manufacturer is not justified, abuses the NOC process by seeking to relitigate the same allegation of invalidity when it is made by a second generic company.

[2] This is an appeal from the decision of Tremblay-Lamer J. of the Federal Court in *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2006), 56 C.P.R. (4th) 242 (F.C.). In the court below, Novopharm Limited (Novopharm) sought to appeal an order of Prothonotary Milczynski dated May 8, 2006 wherein she dismissed Novopharm's motion for summary dismissal of an application brought by Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi-Aventis) regarding a notice of allegation (NOA) sent to Sanofi-Aventis by Novopharm in respect of Canadian Patent No. 1341206 (the '206 patent) for the drug ramipril. Tremblay-Lamer J. reversed the Prothonotary's decision and granted the motion for dismissal.

[3] The appellant in this appeal is Sanofi-Aventis. In addition, although Schering Corporation (Schering) is listed as a respondent, it is the owner of the '206 patent and its interests are aligned with those of Sanofi-Aventis. Sanofi-Aventis and Schering argue that Tremblay-Lamer J. erred in dismissing the application on the basis that it is an abuse of process.

[4] For the reasons that follow, this appeal will be dismissed.

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

[1] LEJUGESEXTON, J.C.A. : En l'espèce, le principal point en litige concerne la portée de la disposition relative aux abus de procédure qui figure à l'alinéa 6(5)(b) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement) et, plus précisément, la question de savoir si le titulaire d'un brevet pharmaceutique, qui n'est pas parvenu à établir qu'une allégation d'invalidité formulée par un fabricant de médicaments génériques n'est pas justifiée, abuse du processus des avis de conformité en tentant de débattre à nouveau la même allégation d'invalidité lorsqu'elle est formulée par un second fabricant de médicaments génériques.

[2] Il s'agit d'un appel de la décision que la juge Tremblay-Lamer, de la Cour fédérale, a rendue dans l'affaire *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, 2006 CF 1135. En première instance, Novopharm Limitée (Novopharm) cherchait à interjeter appel d'une ordonnance datée du 8 mai 2006 par laquelle la protonotaire Milczynski avait rejeté la requête en rejet sommaire de Novopharm quant à une demande formulée par Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi-Aventis), relativement à un avis d'allégation que Novopharm avait envoyé à cette dernière au sujet du brevet canadien n° 1341206 (le brevet '206) visant un médicament appelé « ramipril ». La juge Tremblay-Lamer a annulé la décision de la protonotaire et a accueilli la requête en rejet.

[3] Dans le présent appel, l'appelante est Sanofi-Aventis. En outre, même si Schering Corporation (Schering) est inscrite comme intimée, c'est elle qui est titulaire du brevet '206 et ses intérêts sont alignés sur ceux de Sanofi-Aventis. Ces deux parties soutiennent que la juge Tremblay-Lamer a commis une erreur en rejetant la demande au motif que celle-ci constitue un abus de procédure.

[4] Pour les motifs qui suivent, le présent appel sera rejeté.

BACKGROUND

[5] The NOA at issue in these proceedings is not the first to target the '206 patent. On June 20, 2003, Apotex Inc. (Apotex) served an NOA on Sanofi-Aventis (the Apotex NOA) alleging that the '206 patent was invalid on a number of grounds, including that the inventors could not have soundly predicted that the compounds claimed in the patent would be useful for the stated purpose. Sanofi-Aventis responded to this NOA by bringing an application in accordance with subsection 6(1) [as am. *idem*] of the NOC Regulations before Mactavish J., but was unsuccessful in persuading Justice Mactavish that the allegations in the Apotex NOA were unjustified (*Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161 (F.C.) (*Apotex*)). On appeal, Mactavish J.'s decision was upheld by this Court (*Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2006), 265 D.L.R. (4th) 308 (F.C.A.)).

[6] Prior to the conclusion of the proceedings concerning the Apotex NOA, Novopharm sent its own NOA to Sanofi-Aventis (the Novopharm NOA), which, like the Apotex NOA, alleged that the '206 patent was invalid on the basis of lack of sound prediction. Sanofi-Aventis then initiated a second application pursuant to subsection 6(1) of the NOC Regulations seeking an order that the allegations in the Novopharm NOA were not justified. In response, Novopharm brought a motion under paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations to dismiss the application on the ground that it was redundant, scandalous, frivolous or vexatious or otherwise an abuse of process by virtue of the dismissal of the earlier application against Apotex. It is this motion that is the subject of this appeal.

DECISIONS BELOW

[7] Prothonotary Milczynski dismissed the motion on the basis that the application of the doctrines of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process require that there be a final decision and that a decision is only final and binding when all available reviews have been

CONTEXTE

[5] L'avis d'allégation dont il est question en l'espèce n'est pas le premier à viser le brevet '206. Le 20 juin 2003, Apotex Inc. (Apotex) a signifié à Sanofi-Aventis un avis d'allégation (l'avis d'allégation d'Apotex) selon lequel le brevet '206 était invalide pour un certain nombre de motifs, dont celui que les inventeurs n'auraient pas pu prédire valablement que les composés revendiqués dans le brevet seraient utiles aux fins déclarées. Sanofi-Aventis a réagi à cet avis d'allégation en présentant une demande, conformément au paragraphe 6(1) [mod., *idem*] du Règlement, devant la juge Mactavish, mais elle n'a pas réussi à convaincre cette dernière du caractère injustifié des allégations formulées dans l'avis d'allégation d'Apotex (*Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283 (*Apotex*)). En appel, la présente Cour a confirmé la décision de la juge Mactavish (*Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 64).

[6] Avant la conclusion de l'instance concernant l'avis d'allégation d'Apotex, Novopharm a envoyé son propre avis d'allégation à Sanofi-Aventis (l'avis d'allégation de Novopharm); cet avis, à l'instar de celui d'Apotex, alléguait que le brevet '206 était invalide pour cause d'absence de prédiction valable. Sanofi-Aventis a ensuite introduit une seconde demande, conformément au paragraphe 6(1) du Règlement, pour solliciter une ordonnance portant que les allégations formulées dans l'avis d'allégation de Novopharm étaient injustifiées. En réponse, Novopharm a présenté une requête en vertu de l'alinéa 6(5)b) du Règlement pour que soit rejetée la demande au motif que celle-ci était inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou qu'elle constituait autrement un abus de procédure, vu le rejet de la demande antérieure contre Apotex. C'est sur cette requête que porte le présent appel.

LES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX D'INSTANCE INFÉRIEURE

[7] La protonotaire Milczynski a rejeté la requête au motif que l'application des règles de l'autorité de la chose jugée, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure exige qu'il y ait eu une décision définitive, et qu'une décision n'est

exhausted or abandoned. In her analysis, the *Apotex* decision was not final because the Supreme Court of Canada had not finally disposed of the case.

[8] Tremblay-Lamer J. disagreed with the Prothonotary's assessment that the decision was not final and in any event noted that there was no longer any doubt as to whether the decision was final because the Supreme Court had finally disposed of the case by refusing leave to appeal [[2006] 2 S.C.R. xi]. She therefore reviewed the matter *de novo*. In my view, she was correct to do so. She held [at paragraph 23] that an application would be dismissed as abusive under paragraph 6(5)(b) if it is one that is "so clearly futile that it has not the slightest chance of success" or if it is "plain and obvious" [at paragraph 24] that the applicant will not succeed. In her view, this test was satisfied on the facts of the present case. She held that the allegations in the *Apotex* and *Novopharm* NOAs were similar in all material respects and that Mactavish J.'s decision in the *Apotex* proceeding would be binding on the judge hearing the present application, regardless of the fact that *Sanofi-Aventis* and *Schering* had attempted to adduce new evidence not before Mactavish J. Accordingly, Justice Tremblay-Lamer concluded that *Sanofi-Aventis* had no chance of success and therefore that its application was an abuse of process.

[9] Tremblay-Lamer J. also held that *Sanofi-Aventis*' application was an inefficient use of judicial resources, undermined the integrity of the justice system and threatened the principle of finality that is crucial to the proper administration of justice. In addition, she emphasized that one of the purposes of the *NOC* Regulations is to curb unnecessary litigation. To allow repetitious litigation such as that attempted by *Sanofi-Aventis* would, in her opinion, be contrary to this objective. Tremblay-Lamer J. thus granted the motion and dismissed *Sanofi-Aventis*' application.

définitive et ne lie les parties que lorsque tous les recours possibles en révision sont épuisés ou ont été abandonnés. Selon l'analyse de la protonotaire, la décision *Apotex* n'était pas définitive car la Cour suprême du Canada n'avait pas tranché l'affaire définitivement.

[8] La juge Tremblay-Lamer a exprimé son désaccord avec l'évaluation de la protonotaire selon laquelle la décision n'était pas définitive et, en tout état de cause, elle a fait remarquer que la question de savoir si la décision était définitive ou non ne faisait plus aucun doute car la Cour suprême avait finalement tranché l'affaire en refusant l'autorisation de pourvoi [[2006] 2 R.C.S. xi]. Elle a donc instruit l'affaire *de novo*. À mon avis, elle a eu raison de le faire. Elle a soutenu [au paragraphe 23] qu'une demande sera radiée pour cause d'abus de procédure aux termes de l'alinéa 6(5)b) s'il s'agit d'une demande « si manifestement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de succès » ou s'il est « évident et manifeste » [au paragraphe 24] que le demandeur n'a aucune chance de succès. À son avis, ce critère était respecté au vu des faits de l'espèce. Elle a ajouté que les allégations formulées dans les avis d'allégation d'*Apotex* et de *Novopharm* étaient semblables sous tous les aspects importants et que la décision de la juge Mactavish dans l'action d'*Apotex* lierait le juge saisi de la présente demande, et ce, même si *Sanofi-Aventis* et *Schering* avaient tenté de produire des éléments de preuve nouveaux, qui n'avaient pas été soumis à la juge Mactavish. La juge Tremblay-Lamer a donc conclu que *Sanofi-Aventis* n'avait aucune chance de succès et que, de ce fait, sa demande constituait un abus de procédure.

[9] La juge Tremblay-Lamer a soutenu également que la demande de *Sanofi-Aventis* constituait une mauvaise utilisation des ressources judiciaires, qu'elle allait à l'encontre de l'intégrité du système judiciaire et qu'elle enfreignait le principe de l'irrévocabilité des décisions, qui est si important pour la bonne administration de la justice. En outre, elle a souligné que l'un des objets du Règlement est de mettre un frein aux litiges inutiles. À son avis, permettre que l'on procède à une remise en cause comme celle que tentait d'effectuer *Sanofi-Aventis* serait contraire à cet objet. La juge Tremblay-Lamer a donc fait droit à la requête et rejeté la demande de *Sanofi-Aventis*.

REGULATORY REGIME

[10] This appeal concerns the requirements set out in the NOC Regulations. The relevant sections of the NOC Regulations are as follows [s. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2)]:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

...

(b) allege that

- (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or
- (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

...

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or (1.1)(b) or subsection (2), the person shall

(a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation;

...

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

LE RÉGIME RÉGLEMENTAIRE

[10] Le présent appel a trait aux conditions énoncées dans le Règlement dont les dispositions applicables sont les suivantes [art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2)]:

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

[. . .]

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

- (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,
- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,
- (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[. . .]

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)b) ou (1.1)b) ou au paragraphe (2), elle doit :

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

[. . .]

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

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

...

(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

...

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

In these reasons, I rely upon the version of the NOC Regulations in force prior to their amendment in October 2006 [SOR/2006-242]. The motions Judge apparently relied on these former provisions, her decision having been issued on September 25, 2006. Likewise, the parties appear to have relied on the former provisions and made no argument that the new version of the Regulations should apply. In any event, the amendments do not appear to make a material difference for the purposes of this case.

ISSUES

[11] This appeal raises the following four issues:

1. What is the standard of review?
2. Was Novopharm required to allege abuse of process and the factual basis for that allegation in its NOA?
3. Is there a material difference between the legal and factual basis of the allegations in the Novopharm NOA as compared with the Apotex NOA?
4. Is the application initiated by Sanofi-Aventis in respect of the Novopharm NOA redundant, scandalous, frivolous or vexatious or otherwise an abuse of process

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

[...]

(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 :

[...]

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

Dans les présents motifs, je me fonde sur la version du Règlement qui était en vigueur avant que celui-ci soit modifié en octobre 2006 [DORS/2006-242]. La juge de la requête s'est manifestement appuyée sur ces dispositions antérieures, ayant rendu sa décision le 25 septembre 2006. En outre, les parties semblent s'être fondées sur les anciennes dispositions et n'ont pas fait valoir que c'était la nouvelle version du Règlement qui devait s'appliquer. Quoi qu'il en soit, les modifications ne semblent pas faire une grande différence pour les besoins de l'espèce.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[11] Le présent appel soulève les quatre questions suivantes :

1. Quel est la norme de contrôle applicable?
2. Novopharm était-elle tenue d'alléguer un abus de procédure et le fondement factuel de cette allégation dans son avis d'allégation?
3. Y a-t-il une différence marquée entre le fondement juridique et factuel des allégations formulées dans l'avis d'allégation de Novopharm et celui qui est énoncé dans l'avis d'allégation d'Apotex?
4. La demande présentée par Sanofi-Aventis à l'égard de l'avis d'allégation de Novopharm est-elle inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue-t-elle

within the meaning of paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations?

autrement un abus de procédure, au sens de l'alinéa 6(5)b) du Règlement?

ANALYSIS

ANALYSE

(1) Standard of Review

1) La norme de contrôle

[12] In appellate review, the nature of the questions at issue determines the applicable standards of review. Generally, questions of law are reviewable on a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8 (*Housen*)), and findings of fact will be set aside only for palpable and overriding error (*Housen*, at paragraph 10). For questions of mixed fact and law, the standard of palpable and overriding error applies unless the lower court judge wrongly characterized the correct legal standard or failed to apply the correct standard, in which case a standard of correctness applies (*Housen*, at paragraph 37).

[12] En appel, c'est la nature des questions en litige qui détermine les normes de contrôle applicables. En général, les questions de droit sont susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8 (*Housen*)), et les conclusions de fait ne sont infirmées que si une erreur manifeste et dominante a été commise (*Housen*, au paragraphe 10). Pour ce qui est des questions mixtes de fait et de droit, c'est la norme de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique, à moins que le juge de première instance n'ait qualifié erronément la norme juridique correcte ou n'ait pas appliqué la norme correcte, auquel cas c'est la norme de la décision correcte qui prévaut (*Housen*, au paragraphe 37).

[13] A decision to dismiss a proceeding as an abuse of process is a discretionary one. Such a decision will not be reversed on appeal unless there is an error of law or principle, or a failure to exercise the discretion judicially: *Elders Grain Co. v. Ralph Misener (The)*, [2005] 3 F.C.R. 367 (F.C.A.), at paragraph 13; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513 (F.C.A.), at paragraph 27.

[13] La décision de rejeter une instance parce qu'elle constitue un abus de procédure est de nature discrétionnaire. Cette décision n'est annulée en appel qu'en cas d'erreur de droit ou de principe, ou de défaut d'exercer le pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire: *Elders Grain Co. c. Ralph Misener (Le)*, [2005] 3 R.C.F. 367 (C.A.F.), au paragraphe 13; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513 (C.A.F.), au paragraphe 27.

(2) Sufficiency of the NOA

2) Le caractère suffisant de l'avis d'allégation

[14] The first ground on which Sanofi-Aventis argues Tremblay-Lamer J. erred was in failing to dismiss Novopharm's motion for summary dismissal on the basis that Novopharm did not allege *res judicata*, issue estoppel or abuse of process in its NOA. I cannot agree.

[14] Le premier motif qu'invoque Sanofi-Aventis pour dire que la juge Tremblay-Lamer a commis une erreur est le fait de ne pas avoir rejeté la requête en rejet sommaire de Novopharm parce que cette dernière n'a pas fait état dans son avis d'allégation de l'application des règles de l'autorité de la chose jugée, de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure. Je ne suis pas d'accord.

[15] I agree with Sanofi-Aventis that paragraph 5(3)(a) requires the generic drug manufacturer to provide a detailed statement of the legal and factual

[15] Je conviens avec Sanofi-Aventis que l'alinéa 5(3)a) oblige le fabricant de médicaments génériques à fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur

basis of the allegations made in the NOA. However, the types of allegations that must be described in the detailed statement are those relating to the patent in issue, not to potential procedural bars that the patent holder may raise in argument. The types of allegations requiring specification are listed in paragraph 5(1)(b) of the NOC Regulations:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

...

(b) allege that

- (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or
- (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[16] Once an NOA is delivered by the generic drug manufacturer, it is the patent holder that may launch an application for an order that the allegations in the NOA are not justified (subsection 6(1)). Only then may the generic ask the court to dismiss the application under paragraph 6(5)(b) on the grounds that it is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process:

lesquels sont fondées les allégations contenues dans l'avis d'allégation. Cependant, les types d'allégation qui doivent être décrits dans l'énoncé détaillé sont ceux qui se rapportent au brevet en litige, et non à d'éventuels obstacles procéduraux que le titulaire du brevet peut invoquer dans son argumentation. Les types d'allégation qu'il est nécessaire de préciser sont énumérés à l'alinéa 5(1)(b) du Règlement :

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue :

[. . .]

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

- (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)(c) est fausse,
- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,
- (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[16] Une fois que le fabricant de médicaments génériques a délivré un avis d'allégation, c'est le titulaire du brevet qui peut déposer une demande en vue d'obtenir une ordonnance portant que les allégations formulées dans cet avis ne sont pas justifiées (paragraphe 6(1)). Ce n'est qu'à ce moment-là que le fabricant peut demander au tribunal de rejeter la demande en vertu de l'alinéa 6(5)(b) au motif que cette dernière est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou qu'elle constitue autrement un abus de procédure :

6. . . .

(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

. . .

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

[17] At the NOA stage, the generic drug manufacturer cannot possibly know whether the patent holder will initiate prohibition proceedings, or on what grounds. It makes no sense to require the generic to anticipate procedural remedies that may be open to it when the patent holder initiates a prohibition application, and there is no basis in the NOC Regulations for concluding that the NOA must do so.

(3) Similarity of the Allegations in the Novopharm and Apotex NOAs

[18] The next submission made by Sanofi-Aventis and Schering is that the motions Judge was wrong to conclude that the Apotex and Novopharm NOAs contain similar allegations and consequently there is no basis for concluding that the present application is redundant or otherwise an abuse of process. Tremblay-Lamer J. found that the Novopharm NOA was in all material respects the same as the Apotex NOA, allowing her to conclude that all of the same issues would be relitigated should Sanofi-Aventis' application be allowed to proceed. Sanofi-Aventis and Schering challenge this conclusion, arguing that there are a number of different factual and legal bases for the allegations made in the Novopharm NOA. Specifically, they claim that while sound prediction is alleged in the Novopharm NOA, as it was in the Apotex NOA, the basis for this claim is not identical to that previously alleged. They maintain, therefore, that the Sanofi-Aventis application would not involve a relitigation of the issues decided by Mactavish J. and accordingly, the application would not be an abuse of process. I do not agree.

6. [...]

(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 :

[. . .]

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

[17] Au stade de l'avis d'allégation, le fabricant de médicaments génériques ne peut pas savoir si le titulaire du brevet engagera une procédure d'interdiction, ni pour quels motifs. Il n'est pas logique d'exiger que le fabricant anticipe les voies de recours procédurales dont il peut disposer lorsque le titulaire du brevet présente une demande d'interdiction, et rien dans le Règlement ne permet de conclure que cela doit être fait dans l'avis d'allégation.

3) La similitude des allégations formulées dans les avis d'allégation de Novopharm et d'Apotex

[18] L'argument qu'invoquent ensuite Sanofi-Aventis et Schering est que la juge de la requête a conclu à tort que les avis d'allégation d'Apotex et de Novopharm contiennent des allégations semblables et que rien ne permet donc de conclure que la présente demande est redondante ou qu'elle constitue autrement un abus de procédure. La juge Tremblay-Lamer a estimé que l'avis d'allégation de Novopharm était identique sous tous les aspects importants à l'avis d'allégation d'Apotex, ce qui lui a permis de conclure que si l'on autorisait Sanofi-Aventis à aller de l'avant avec sa demande, il y aurait remise en cause de la totalité des mêmes questions. Sanofi-Aventis et Schering contestent cette conclusion, soutenant qu'il y a un certain nombre de fondements factuels et juridiques différents aux allégations formulées dans l'avis d'allégation de Novopharm. Plus précisément, elles prétendent que, bien que l'on allègue une prédiction valable dans l'avis d'allégation de Novopharm, comme cela a été le cas dans l'avis d'allégation d'Apotex, le fondement de cette prétention n'est pas identique à celui qui a été allégué antérieurement. Elles soutiennent donc que la demande de

[19] After comparing the Apotex and Novopharm NOAs, as well as reviewing the reasons of Mactavish J., I am satisfied that the Novopharm NOA contains the allegations that were critical to Mactavish J.'s finding that Schering's inventors did not have a sound basis for predicting the utility of their invention and therefore see no reason for departing from the conclusion of Tremblay-Lamer J. on this issue.

[20] The allegations in the Novopharm NOA relating to sound prediction are undoubtedly longer, more detailed and more specific than those in the Apotex NOA, which contains only two paragraphs directed to the issue of sound prediction and couches its allegations in broad language. However, both NOAs suggest that the inventors of the compounds claimed in the '206 patent lacked a sufficient basis for predicting that their invention would have the requisite level of activity or would be useful for therapeutic administration.

[21] Sanofi-Aventis and Schering argue that the detailed allegations in the Novopharm NOA are narrower than those in the Apotex NOA, and that the Novopharm NOA raises several matters not advanced in the Apotex NOA, including the issue of the stereochemistry of the bridgehead carbons. Tremblay-Lamer J. found no merit to these arguments, and I see no basis for interfering with that conclusion. Mactavish J.'s holding that the invention disclosed by the '206 patent lacked sound prediction turned on her finding that as of the relevant date, it would not have been possible for Schering inventors to predict the impact of chirality of the bridgehead carbons of the bicyclic ring system (*Apotex*, at paragraphs 140-143). The contention of Sanofi-Aventis and Schering that this issue was not raised in the Apotex NOA is a collateral attack on the

Sanofi-Aventis ne comporterait pas une remise en cause des questions que la juge Mactavish a tranchées et que, de ce fait, la demande ne constituerait pas un abus de procédure. Je ne suis pas d'accord.

[19] Après avoir comparé les avis d'allégation d'Apotex et de Novopharm et passé en revue les motifs de la juge Mactavish, je suis convaincu que l'avis d'allégation de Novopharm contient les allégations sur lesquelles reposait essentiellement la conclusion de la juge Mactavish, à savoir que les inventeurs de Schering ne disposaient pas d'un fondement valable pour prédire l'utilité de leur invention, et je ne vois donc aucune raison de m'écarter de la conclusion de la juge Tremblay-Lamer sur cette question.

[20] Les allégations formulées dans l'avis d'allégation de Novopharm en rapport avec la question de la prédiction valable sont sans nul doute plus longues, plus détaillées et plus précises que celles qui figurent dans l'avis d'allégation d'Apotex, lequel ne contient que deux paragraphes portant sur la question de la prédiction valable et n'énonce ses allégations qu'en termes généraux. Cependant, les deux avis d'allégation donnent à penser que les inventeurs des composés revendiqués dans le brevet '206 n'avaient pas un fondement suffisant pour prédire que leur invention aurait le niveau d'activité requis ou serait propre à une administration thérapeutique.

[21] Sanofi-Aventis et Schering font valoir que les allégations détaillées qui figurent dans l'avis d'allégation de Novopharm sont plus restreintes que celles que comporte l'avis d'allégation d'Apotex, et que celui de Novopharm soulève plusieurs questions non soulevées dans celui d'Apotex, dont la question de la stéréochimie des carbones en tête de pont. La juge Tremblay-Lamer a conclu que ces arguments étaient dénués de fondement et, selon moi, il n'y a pas lieu de modifier cette conclusion. La déclaration de la juge Mactavish selon laquelle l'invention révélée par le brevet '206 était dénuée d'une prédiction valable reposait sur sa conclusion selon laquelle, à la date pertinente, il aurait été impossible pour les inventeurs de Schering de prédire l'impact de la chiralité dans les carbones faisant le pont entre les deux cycles de la

decision of Mactavish J. because she already fully considered and rejected that argument in a decision that was upheld by this Court. It is therefore not open to Sanofi-Aventis and Schering to argue in these proceedings that the Apotex NOA did not encompass an allegation that the inventors of the '206 patent could not have soundly predicted the stereochemistry of the bridgehead carbons like the one advanced in the Novopharm NOA.

structure bicyclique (*Apotex*, aux paragraphes 140 à 143). L'argument de Sanofi-Aventis et de Schering selon lequel cette question n'a pas été soulevée dans l'avis d'allégation d'Apotex est une attaque indirecte contre la décision de la juge Mactavish parce que cette dernière a déjà examiné en détail et rejeté cet argument dans une décision que la présente Cour a confirmée. Il n'est donc pas loisible à Sanofi-Aventis et à Schering de faire valoir en l'espèce que l'avis d'allégation d'Apotex n'englobait pas une allégation selon laquelle les inventeurs du brevet '206 n'auraient pas pu prédire valablement la stéréochimie des carbones en tête de pont comme celle qui est soulevée dans l'avis d'allégation de Novopharm.

(4) Is Sanofi-Aventis' Application an Abuse of Process?

4) La demande de Sanofi-Aventis constitue-t-elle un abus de procédure?

(a) Introduction

a) Introduction

[22] Accepting the conclusion of Tremblay-Lamer J. that the allegations in the Apotex and Novopharm NOAs are the same in their material respects, it is necessary to consider whether Sanofi-Aventis' attempt to relitigate these allegations amounts to an abuse of process. Paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations permits a second person, usually a generic, to bring a motion to dismiss an application by a first person in respect of an NOA "on the ground that it is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process in respect of one or more patents" [as am. by SOR/2006-242, s. 3].

[22] Si l'on souscrit à la conclusion de la juge Tremblay-Lamer selon laquelle les allégations formulées dans les avis d'allégation d'Apotex et de Novopharm sont les mêmes sous tous les aspects importants, il est nécessaire d'examiner si la tentative de Sanofi-Aventis de débattre à nouveau ces allégations équivaut à un abus de procédure. L'alinéa 6(5)b) du Règlement permet à une seconde personne—habituellement un fabricant de médicaments génériques—de présenter une requête en vue de faire rejeter une demande présentée par une première personne à l'égard d'un avis d'allégation parce que cette demande « est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement, à l'égard d'un ou plusieurs brevets, un abus de procédure » [mod. par DORS/2006-242, art. 3].

(b) Arguments of the Parties

b) Les arguments des parties

[23] Sanofi-Aventis and Schering contend that the issue of whether an invention has been soundly predicted is a question of fact and that unlike questions of law, one court's finding of fact is not binding on another judge considering a similar issue. Rather, Sanofi-Aventis and Schering emphasize that each trier of fact must assess the evidence before her and make her own findings. In oral argument, Schering stressed that new evidence has been adduced in this application that

[23] Sanofi-Aventis et Schering soutiennent que la question de savoir si une invention a été prédite valablement est une question de fait et que, contrairement aux questions de droit, la conclusion de fait que tire un tribunal ne lie pas un autre juge qui est saisi d'une question semblable. Sanofi-Aventis et Schering soulignent plutôt que chaque juge des faits doit évaluer la preuve qui lui est soumise et tirer ses propres conclusions. Dans son argumentation orale, Schering a

mandates a different conclusion from that reached by Mactavish J. in the *Apotex* proceeding.

[24] Moreover, Sanofi-Aventis and Schering contend that relitigation alone is not an abuse of process. In their view, for conduct to be abusive, there must be some other additional element of misconduct such as a collateral attack on the earlier decision, dishonesty, or unjust harassment. None of these factors, they say, is present in this case. Sanofi-Aventis and Schering also argue that relitigation is permissible within the scheme of the regulations. They highlight the fact that although the drafters of the NOC Regulations contemplated that more than one generic could file an NOA with substantially the same allegations, there is no provision allowing for a second generic to rely on the successful NOA of the first. Had the Governor in Council intended to create an *in rem* finding of invalidity for the purposes of the NOC Regulations, they say, it would have done so expressly.

[25] Novopharm, on the other hand, argues that Tremblay-Lamer J.'s order is consistent with the purposes behind the NOC Regulations, which, in part, are to promote fairness and effectiveness, and to reduce unnecessary litigation. Novopharm also emphasizes that if patentees are allowed to relitigate issues already judicially decided, there is a risk of different courts reaching inconsistent results in respect of the same issues, which threatens the integrity of the judicial process. Likewise, Novopharm stresses that relitigation is an inefficient use of judicial resources and threatens the principle of finality. In addition, Novopharm points to the fact that the NOC Regulations do not remove any of the patentee's rights under the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4], nor is a proceeding under the NOC Regulations dispositive of the issues in a patent infringement action. Lastly, Novopharm notes that it would be unfair to allow an innovator to relitigate with respect to issues it previously lost, thereby permitting it to improve its argument on the second attempt, particularly where the facts required to resolve the issues

souligné que de nouveaux éléments de preuve ont été produits dans la présente demande et qu'ils obligent à tirer une conclusion différente de celle à laquelle la juge Mactavish est arrivée dans l'action d'*Apotex*.

[24] Par ailleurs, Sanofi-Aventis et Schering soutiennent qu'une remise en cause ne constitue pas à elle seule un abus de procédure. À leur avis, pour qu'une conduite soit abusive, il doit y avoir un élément additionnel d'inconduite, tel qu'une attaque indirecte contre la décision antérieure, de la malhonnêteté ou un harcèlement injustifié. Aucun de ces facteurs, disent-elles, n'est présent en l'espèce. Elles font aussi valoir qu'il est permis de remettre une affaire en cause dans le cadre du régime établi par le Règlement. Elles soulignent que, même si les rédacteurs du Règlement ont envisagé que plus d'un fabricant de médicaments génériques pouvaient déposer un avis d'allégation comportant essentiellement les mêmes allégations, aucune disposition n'autorise un second fabricant à se fonder sur l'avis d'allégation fructueux du premier. Si le gouverneur en conseil avait voulu créer une conclusion réelle d'invalidité pour l'application du Règlement, disent-elles, il l'aurait fait expressément.

[25] En revanche, Novopharm soutient que l'ordonnance de la juge Tremblay-Lamer concorde avec les objets qui sous-tendent le Règlement, lesquels consistent, en partie, à promouvoir l'équité et l'efficacité, ainsi qu'à mettre un frein aux litiges inutiles. Novopharm a souligné également que si l'on permet aux brevetés de débattre à nouveau des questions qu'un tribunal a déjà tranchées, il y a un risque que des tribunaux différents arrivent à des résultats contradictoires à l'égard des mêmes questions, ce qui menace l'intégrité du processus judiciaire. Dans le même ordre d'idées, Novopharm souligne qu'une remise en cause constitue une mauvaise utilisation des ressources judiciaires et qu'elle menace le principe de la stabilité des décisions. En outre, Novopharm fait remarquer que le Règlement ne supprime aucun des droits que la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] confère au breveté, pas plus qu'une procédure engagée en vertu du Règlement ne tranche les questions en litige dans une action en contrefaçon de brevet. Enfin, Novopharm signale qu'il serait injuste de permettre à un innovateur

are in the exclusive knowledge of the innovator.

[26] I am persuaded that the position of Novopharm is the most consistent with the scheme of the NOC Regulations and the guidance from the Supreme Court of Canada on the doctrine of abuse of process. Permitting the same innovator to relitigate the same issues repeatedly poses a severe threat to the integrity of the adjudicative process, the principle of finality, and the efficiency of the judicial system. In my view the Governor in Council recognized this threat and enacted paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations to allow for the early dismissal of proceedings like the one at issue.

(c) Abuse of Process in Paragraph 6(5)(b)

[27] Subsection 6(5) was introduced during 1998 amendments to the NOC Regulations to give generic manufacturers, referred to in the Regulations as “second person[s],” an opportunity to seek early dismissal of a patentee’s case in certain circumstances. Paragraph 6(5)(b) allows for the dismissal of an application when it is an abuse of process:

6. . . .

(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:

. . .

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

[28] At paragraphs 23-24 of her reasons, Tremblay-Lamer J. identified that two similar tests have generally been applied by the Federal Court to dismiss proceedings under paragraph 6(5)(b):

de débattre à nouveau des questions à l’égard desquelles il a été débouté auparavant, car cela lui permettrait d’améliorer son argumentation à la seconde tentative, surtout s’il est seul à connaître les faits qui sont nécessaires pour régler les questions.

[26] Je suis convaincu que la position de Novopharm est celle qui cadre le mieux avec le régime du Règlement et les précisions de la Cour suprême du Canada sur la doctrine de l’abus de procédure. Le fait de permettre à un même innovateur de débattre à nouveau les mêmes questions de façon répétée pose une grave menace à l’intégrité du processus décisionnel judiciaire, au principe de la stabilité des décisions, de même qu’à l’efficacité du système judiciaire. À mon avis, le gouverneur en conseil a reconnu cette menace et a promulgué l’alinéa 6(5)b) du Règlement afin de pouvoir rejeter rapidement les procédures telles que celle en l’espèce.

c) L’abus de procédure à l’alinéa 6(5)b)

[27] Le paragraphe 6(5) a été introduit dans le cadre de modifications apportées en 1998 au Règlement afin de donner à un fabricant de médicaments génériques—qualifié dans le Règlement de « seconde personne »—la possibilité de demander que, dans certaines circonstances, l’action d’un breveté soit rapidement rejetée. L’alinéa 6(5)b) permet de rejeter une demande lorsque celle-ci constitue un abus de procédure :

6. [. . .]

(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 :

[. . .]

b) il conclut qu’elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

[28] Aux paragraphes 23 et 24 de ses motifs, la juge Tremblay-Lamer indique qu’il y a deux critères analogues que la Cour fédérale applique de façon générale pour rejeter une instance en vertu de l’alinéa 6(5)b) :

This Court has generally held that in order to strike out a proceeding for being redundant, scandalous, frivolous, vexatious or otherwise an abuse of process, the moving party must show that the case is “so clearly futile that it has not the slightest chance of success”. This test has been applied several times in s. 6(5)(b) cases: *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358 (F.C.T.D.), at paras. 28-32; *Bayer Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.), at paras. 23-24; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2001 FCT 530, 12 C.P.R. (4th) 289 (F.C.T.D.), at para. 28; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* 2002 FCT 1249, 23 C.P.R. (4th) 213 (F.C.T.D.), at para. 11.

When dealing with a paragraph 6(5)(b) motion, the courts have also applied the “plain and obvious” test such that an application will be dismissed where it is “plain and obvious” that the applicant has no chance of success; *Apotex Inc. v. Merck Frosst Canada Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 30 (F.C.A.), at paras. 5-6; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FC 1055, 29 C.P.R. (4th) 350, at paras. 12-13. [Emphasis added.]

[29] In Tremblay-Lamer J.’s view, any court hearing Sanofi-Aventis’ present application would be bound by Mactavish J.’s decision in the *Apotex* case. She therefore concluded the application was an abuse of process because it was “clearly futile” and that it was “plain and obvious” that it would have no chance of success.

[30] While I agree with the motions Judge that Sanofi-Aventis’ application is an abuse of process, I must respectfully disagree with her conclusion that the reason for this finding is that Mactavish J.’s decision, which was upheld by the Federal Court of Appeal, would be binding on the applications Judge. The issue in this case, as in the proceeding before Mactavish J., is whether the invention in the ‘206 patent was soundly predicted. Sound prediction is a question of fact (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, at paragraph 71). Factual questions are to be determined by triers of fact based on the evidence before them. Unlike questions of law, in regard to which lower courts are bound by the conclusions of appellate courts, questions of fact must be resolved based on the information adduced before each trier of fact. This

Notre Cour applique en général la règle selon laquelle, pour obtenir la radiation d’une demande au motif qu’elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure, le requérant doit prouver que cette demande est « si manifestement futile qu’elle n’a pas la moindre chance de succès ». Ce critère a été appliqué plusieurs fois à des affaires relevant de l’alinéa 6(5)b) : *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 28 à 32; *Bayer Inc. c. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 23 et 24; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 530, (2001), 12 C.P.R. (4th) 289 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 28; et *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.* 2002 CFPI 1249, (2002), 23 C.P.R. (4th) 213 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 11.

Les Cours fédérales appliquent aussi aux requêtes fondées sur l’alinéa 6(5)b) le critère du caractère « évident et manifeste », suivant lequel la demande sera rejetée s’il est « évident et manifeste » que le demandeur n’a aucune chance de succès : *Apotex Inc. c. Merck Frosst Canada Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 30 (C.A.F.), aux paragraphes 5 et 6; et *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055, (2003), 29 C.P.R. (4th) 350 (C.F.), aux paragraphes 12 et 13. [Non souligné dans l’original.]

[29] Selon la juge Tremblay-Lamer, n’importe quel tribunal saisi de la présente demande de Sanofi-Aventis serait lié par la décision rendue par la juge Mactavish dans *Apotex*. Elle a donc conclu que la demande constituait un abus de procédure parce qu’elle était « manifestement futile » et qu’il était « évident et manifeste » qu’elle n’aurait aucune chance de succès.

[30] Je suis d’accord avec la juge de la requête que la demande de Sanofi-Aventis constitue un abus de procédure, mais je ne souscris malheureusement pas à sa conclusion selon laquelle ce résultat s’explique par le fait que la décision de la juge Mactavish, que la Cour d’appel fédérale a confirmée, lierait le juge qui entendrait la demande. La question qui est en litige en l’espèce, comme dans le cas de l’instance soumise à la juge Mactavish, consiste à savoir si l’invention contenue dans le brevet ‘206 était valablement prédite. Une prédiction valable est une question de fait (*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, au paragraphe 71), et les questions de fait doivent être tranchées par les juges des faits en se fondant sur les éléments de preuve qui leur sont soumis. Contrairement aux questions de droit, à l’égard desquelles les tribunaux

principle was explained by this Court in *J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322 (F.C.A.), at page 330 as follows:

While a finding of fact in another proceeding, approved by an appellate court whose judgments are binding, may call for particular reflection before a contrary finding is made, it remains that the question is whether the second finding is supportable on the evidence properly before the second trial judge.

[31] Mactavish J.'s holding would therefore not be binding on the proceedings respecting the Novopharm NOA. Consequently, it cannot be said that the application, if allowed to proceed, would be "clearly futile" or that it is "plain and obvious" that it would have no chance of success. Nevertheless, I think Sanofi-Aventis' application must be held to be an abuse of process within the meaning of paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations.

[32] The "clearly futile" and "plain and obvious" tests found their way into the context of the NOC Regulations before paragraph 6(5)(b) was enacted. At that time there was no rule allowing for the dismissal of a notice of application and accordingly, in *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 600 this Court suggested that judicial review proceedings could be summarily dismissed in exceptional cases by analogy to Rule 419 of what were then the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 for striking out pleadings in an action:

For these reasons we are satisfied that the Trial Judge properly declined to make an order striking out, under Rule 419 or by means of the "gap" rule, as if this were an action. This is not to say that there is no jurisdiction in this court either inherent or through Rule 5 by analogy to other rules, to dismiss in summary manner a notice of motion which is so clearly improper as to be bereft of any possibility of success.¹⁰ See eg., *Cynamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. v.*

d'instance inférieure sont liés par les conclusions des tribunaux d'appel, les questions de fait doivent être tranchées sur la base des renseignements soumis à chaque juge des faits. La présente Cour a expliqué ce principe dans l'arrêt *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1991] A.C.F. n° 503 (C.A.) (QL), à la page 20 :

Alors qu'une conclusion sur les faits tirée dans une autre instance et confirmée par une juridiction d'appel dont les décisions font jurisprudence, peut forcer à réfléchir avant de tirer une conclusion contraire, il demeure qu'il faut examiner si celle-ci est défendable à la lumière des preuves régulièrement administrées devant le second juge de première instance.

[31] La conclusion de la juge Mactavish n'aurait donc pas force obligatoire sur l'instance relative à l'avis d'allégation de Novopharm. Par conséquent, on ne peut pas dire que la demande, s'il était permis de la poursuivre, serait « manifestement futile » ou qu'elle serait à ce point « évidente et manifeste » qu'elle n'aurait aucune chance de succès. Je crois néanmoins qu'il faut considérer que la demande de Sanofi-Aventis constitue un abus de procédure au sens de l'alinéa 6(5)b) du Règlement.

[32] Les critères du caractère « manifestement futile » et du caractère « évident et manifeste » ont été intégrés au contexte du Règlement avant l'adoption de l'alinéa 6(5)b). À cette époque, aucune règle n'autorisait le rejet d'un avis de demande et, de ce fait, dans l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), à la page 600, la présente Cour a laissé entendre que, dans des cas exceptionnels, il était possible de rejeter sommairement une procédure de contrôle judiciaire par analogie avec la Règle 419 de ce qui était à ce moment-là les *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, concernant la radiation d'actes de procédures dans une action :

Pour ces motifs, nous sommes convaincus que le juge de première instance a eu raison de refuser de prononcer une ordonnance de radiation sous le régime de la Règle 419 ou de la règle des lacunes, comme il l'aurait fait dans le cadre d'une action. Nous n'affirmons pas que la Cour n'a aucune compétence, soit de façon inhérente, soit par analogie avec d'autres règles en vertu de la Règle 5, pour rejeter sommairement un avis de requête qui est manifestement

Commissioner of Patents et al. (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (F.C.T.D.); and the discussion in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 (T.D.), at pp. 120-21.) Such cases must be very exceptional and cannot include cases such as the present where there is simply a debatable issue as to the adequacy of the allegations in the notice of motion. [Emphasis added.]

[33] Paragraph 6(5)(b) was added to the NOC Regulations in 1998 bearing similar language to that employed in the former Rule 419 of the *Federal Court Rules* and to that in rule 221 of the current *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Accordingly, the Federal Court adopted the principles that had been developed under Rule 419 for striking out pleadings in an action, as explained by Lemieux J. in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 358 (F.C.T.D.), at paragraphs 28-30:

Paragraph 6(5)(b) of the Regulations has its source in paragraphs (b), (c) and (f) of Rule 221 of the *Federal Court Rules*, 1998, SOR/98-106, which themselves were based on similar paragraphs of Rule 419 of the old *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, which concerned actions rather than applications.

Counsel for Apotex argued Pfizer's application was scandalous, frivolous and vexatious within the meaning of those words in paragraph 6(5)(b) of the Regulations. The test Apotex had to meet has been set out in a consistent line of cases interpreting former rule 419(1)(c).

In *R. v. Creaghan*, [1972] F.C. 732 (T.D.), Pratte J. (as he then was), said this about that aspect of Rule 419 (page 736):

Finally, in my view, a statement of claim should not be ordered to be struck out on the ground that it is vexatious, frivolous or an abuse of the process of the Court, for the sole reason that in the opinion of the presiding judge, plaintiff's action should be dismissed. In my opinion, a presiding judge should not make such an order unless it be obvious that the plaintiff's action is so clearly futile that it has not the slightest chance of succeeding, whoever the judge may be before whom the case could be tried. It is only in such a situation that the plaintiff should be deprived of the opportunity of having

irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli. Voir, par exemple, *Cynamid Agricultural de Puerto Rico, Inc. c. Commissaire des brevets et autre* (1983), 74 C.P.R. (2d) 133 (C.F. 1^{re} inst.); et l'analyse figurant dans la décision *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102, aux p. 120 et 121). Ces cas doivent demeurer très exceptionnels et ne peuvent inclure des situations comme celle dont nous sommes saisis, où la seule question en litige porte simplement sur la pertinence des allégations de l'avis de requête. [Non souligné dans l'original.]

[33] L'alinéa 6(5)(b) a été ajouté au Règlement en 1998, et son libellé était semblable à celui de l'ancienne Règle 419 des *Règles de la Cour fédérale* et de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], qui sont actuellement en vigueur. La Cour fédérale a donc adopté les principes qui avaient été mis au point en vertu de la Règle 419 pour radier des actes de procédure dans une action, ainsi que l'a expliqué le juge Lemieux dans la décision *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1999] A.C.F. n° 959 (1^{re} inst.) (QL), aux paragraphes 28 à 30 :

L'alinéa 6(5)(b) du Règlement a son origine dans les dispositions des alinéas b), c) et f) de l'article 221 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, qui sont elles-mêmes fondées sur des dispositions similaires de l'article 419 des anciennes *Règles de la Cour fédérale*, lesquelles se rapportaient à des actions plutôt qu'à des demandes.

L'avocat d'Apotex a soutenu que la demande de Pfizer est scandaleuse, frivole et vexatoire au sens de l'alinéa 6(5)(b) du Règlement. Le critère auquel Apotex devait satisfaire a été énoncé dans une série uniforme de jugements dans lesquels l'alinéa 419(1)(c) des anciennes Règles était interprété.

Dans le jugement *Succession Creaghan c. La Reine*, [1972] 1 C.F. 732, le juge Pratte (tel était alors son titre) a dit ce qui suit au sujet de cet aspect de l'article 419 (page 736) :

Enfin, une déclaration ne doit pas, à mon avis, être radiée pour le motif qu'elle est vexatoire ou futile, ou qu'elle constitue un emploi abusif des procédures de la Cour, pour la seule raison que, de l'avis du juge qui préside l'audience, l'action du demandeur devrait être rejetée. Je suis d'avis que le juge qui préside ne doit pas rendre une pareille ordonnance à moins qu'il ne soit évident que l'action du demandeur est tellement futile qu'elle n'a pas la moindre chance de réussir, quel que soit le juge devant lequel l'affaire sera plaidée au fond. C'est uniquement dans ce cas qu'il y a lieu d'enlever au

“his day in Court”. [Emphasis added.]

[34] Likewise, the Federal Court has on several occasions invoked the following principle from the Supreme Court of Canada’s decision in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959 [at page 980], to strike out a notice of application under paragraph 6(5)(b) where it is “plain and obvious” the patentee has no chance of success:

Thus, the test in Canada governing the application of provisions like Rule 19(24)(a) of the British Columbia *Rules of Court* is the same as the one that governs an application under R.S.C. O. 18, r. 19: assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it “plain and obvious” that the plaintiff’s statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be “driven from the judgment seat”. Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case. Only if the action is certain to fail because it contains a radical defect ranking with the others listed in Rule 19(24) of the British Columbia *Rules of Court* should the relevant portions of a plaintiff’s statement of claim be struck out under Rule 19(24)(a). [Emphasis added.]

(See e.g. *Bayer Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.), at paragraph 23; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 251 (F.C.T.D.), at paragraph 2; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 350 (F.C.), at paragraphs 12-13.)

[35] Despite these authorities, this Court’s analysis with respect to abuse of process must now be informed by the principles enunciated by the Supreme Court of Canada in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77 (*C.U.P.E.*). In *C.U.P.E.*, Arbour J. provided a thorough explanation of the doctrine of abuse of process as it relates to attempts by parties to relitigate issues already adjudicated. She held that relitigation of an issue can constitute abuse of process and stressed that

demandeur l’occasion de plaider. [Souligné dans l’original.]

[34] Dans le même ordre d’idées, la Cour fédérale a invoqué à plusieurs occasions le principe suivant, qui provient de la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l’affaire *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959 [à la page 980], pour faire radier un avis de demande en vertu de l’alinéa 6(5)b) lorsqu’il est « évident et manifeste » que le breveté n’a aucune chance de succès :

Ainsi, au Canada, le critère régissant l’application de dispositions comme la règle 19(24)a) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique est le même que celui régissant une requête présentée en vertu de la règle 19 de l’ordonnance 18 des R.S.C. : dans l’hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il « évident et manifeste » que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action raisonnable? Comme en Angleterre, s’il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être « privé d’un jugement ». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d’action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d’intenter son action. Ce n’est que si l’action est vouée à l’échec parce qu’elle contient un vice fondamental qui se range parmi les autres énumérés à la règle 19(24) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique que les parties pertinentes de la déclaration du demandeur devraient être radiées en application de la règle 19(24)a). [Non souligné dans l’original.]

(Voir, par exemple : *Bayer Inc. c. Apotex Inc.*, [1998] A.C.F. n° 1839 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 23; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 2; et *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055, aux paragraphes 12 et 13.)

[35] Malgré ces précédents, il faut maintenant que l’analyse que fait la Cour de l’abus de procédure soit éclairé par les principes que la Cour suprême du Canada a énoncés dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77 (*S.C.F.P.*). Dans cet arrêt, la juge Arbour a expliqué en détail la doctrine de l’abus de procédure en rapport avec les tentatives que font des parties pour débattre à nouveau des questions déjà tranchées. La juge Arbour a déclaré que la remise

the key concern motivating the doctrine of abuse of process is preserving the integrity of the adjudicative process [at paragraphs 37-38, 51]:

In the context that interests us here, the doctrine of abuse of process engages “the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would . . . bring the administration of justice into disrepute” (*Canam Enterprises Inc. v. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), at para. 55, per Goudge J.A., dissenting (approved [2002] 3 S.C.R. 307, 2002 SCC 63)). Goudge J.A. expanded on that concept in the following terms at paras. 55-56:

The doctrine of abuse of process engages the inherent power of the court to prevent the misuse of its procedure, in a way that would be manifestly unfair to a party to the litigation before it or would in some other way bring the administration of justice into disrepute. It is a flexible doctrine unencumbered by the specific requirements of concepts such as issue estoppel. See *House of Spring Gardens Ltd. v. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347 at p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

One circumstance in which abuse of process has been applied is where the litigation before the court is found to be in essence an attempt to relitigate a claim which the court has already determined.

As Goudge J.A.’s comments indicate, Canadian courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel (typically the privity/mutuality requirements) are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. (See, for example, *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. v. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (Sask. C.A.); and *Bjarnarson v. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (Man. Q.B.), aff’d (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (Man. C.A.). . . .

The policy grounds supporting abuse of process by relitigation are the same as the essential policy grounds supporting issue estoppel (Lange, *supra*, at pp. 347-48):

The two policy grounds, namely, that there be an end to litigation and that no one should be twice vexed by the

en cause d’une question peut constituer un abus de procédure et elle a souligné que l’élément central qui sous-tend la doctrine de l’abus de procédure est la préservation de l’intégrité du processus décisionnel judiciaire [aux paragraphes 37, 38 et 51] :

Dans le contexte qui nous intéresse, la doctrine de l’abus de procédure fait intervenir [TRADUCTION] « le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière [. . .] qui aurait [. . .] pour effet de discréditer l’administration de la justice » (*Canam Enterprises Inc. c. Coles* (2000), 51 O.R. (3d) 481 (C.A.), par. 55, le juge Goudge, dissident, approuvé par [2002] 3 R.C.S. 307, 2002 CSC 63). Le juge Goudge a développé la notion de la façon suivante aux par. 55 et 56 :

[TRADUCTION] La doctrine de l’abus de procédure engage le pouvoir inhérent du tribunal d’empêcher que ses procédures soient utilisées abusivement, d’une manière qui serait manifestement injuste envers une partie au litige, ou qui aurait autrement pour effet de discréditer l’administration de la justice. C’est une doctrine souple qui ne s’encombre pas d’exigences particulières telles que la notion d’irrecevabilité (voir *House of Spring Gardens Ltd. c. Waite*, [1990] 3 W.L.R. 347, p. 358, [1990] 2 All E.R. 990 (C.A.).

Un cas d’application de l’abus de procédure est lorsque le tribunal est convaincu que le litige a essentiellement pour but de rouvrir une question qu’il a déjà tranchée.

Ainsi qu’il ressort du commentaire du juge Goudge, les tribunaux canadiens ont appliqué la doctrine de l’abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée (généralement les exigences de lien de droit et de réciprocité) n’étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d’économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d’intégrité de l’administration de la justice. (Voir par exemple *Franco c. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Bomac Construction Ltd. c. Stevenson*, [1986] 5 W.W.R. 21 (C.A. Sask.); et *Bjarnarson c. Government of Manitoba* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (B.R. Man.), conf. par (1987), 21 C.P.C. (2d) 302 (C.A. Man.)) [. . .]

Les raisons de principes étayant la doctrine de l’abus de procédure pour remise en cause sont identiques à celles de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée (Lange, *op. cit.*, p. 347-348) :

[TRADUCTION] Les deux raisons de principe, savoir qu’un litige puisse avoir une fin et que personne ne

same cause, have been cited as policies in the application of abuse of process by relitigation. Other policy grounds have also been cited, namely, to preserve the courts' and the litigants' resources, to uphold the integrity of the legal system in order to avoid inconsistent results, and to protect the principle of finality so crucial to the proper administration of justice.

...

Rather than focus on the motive or status of the parties, the doctrine of abuse of process concentrates on the integrity of the adjudicative process. Three preliminary observations are useful in that respect. First, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceeding. Second, if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly an additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality.

[36] Proceedings in which the case for the patent holder is clearly futile or plainly has no chance of success because of an earlier, binding authority continue to be impermissible as abuses of process because such proceedings will waste judicial resources and impose hardship on generic drug manufacturers without any corresponding benefit such as a more accurate result. However, applying the principles outlined by *Arbour J.*, it is evident that the types of proceedings that constitute abuses of process go beyond those that are clearly futile to include cases such as the one at present. Many of the concerns raised by *Arbour J.* are applicable to this appeal. Allowing Sanofi-Aventis to proceed with its application will give rise to the possibility of inconsistent judicial decisions, with one judge holding that the inventors of the '206 patent lacked a sound basis for predicting the utility of their invention and another holding that there was sound prediction. Thus one generic would receive an NOC because of invalidity based on lack of sound prediction while another would be refused an NOC even though its NOA raised the

puisse être tracassé deux fois par la même cause d'action, ont été invoquées comme principes fondant l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause. D'autres principes ont également été invoqués : la préservation des ressources des tribunaux et des parties, le maintien de l'intégrité du système judiciaire afin d'éviter les résultats contradictoires et la protection du principe du caractère définitif des instances si important pour la bonne administration de la justice.

[...]

La doctrine de l'abus de procédure s'articule autour de l'intégrité du processus juridictionnel et non autour des motivations ou de la qualité des parties. Il convient de faire trois observations préliminaires à cet égard. Premièrement, on ne peut présumer que la remise en cause produira un résultat plus exact que l'instance originale. Deuxièmement, si l'instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu'elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l'égard de la même question dans la première, l'incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité.

[36] Les instances dans lesquelles la cause du titulaire du brevet est clairement futile ou n'a manifestement aucune chance de succès à cause d'un précédent ayant force obligatoire continuent d'être inadmissibles pour cause d'abus de procédure car elles gaspilleront les ressources judiciaires et causeront des difficultés aux fabricants de médicaments génériques sans aucun bienfait correspondant, comme, par exemple, un résultat plus exact. Cependant, si l'on applique les principes qu'a énoncés la juge *Arbour*, il est évident que les sortes d'instance qui constituent un abus de procédure vont au-delà de celles qui sont manifestement futiles et englobent les affaires semblables à celles dont il est question en l'espèce. Un grand nombre des préoccupations que la juge *Arbour* a soulevées s'appliquent au présent appel. Permettre à Sanofi-Aventis de poursuivre sa demande suscitera le risque que l'on rende des décisions judiciaires contradictoires : un juge conclura que les inventeurs du brevet '206 n'avaient pas de fondement valable pour prédire l'utilité de leur invention, et un autre conclura qu'il y avait une

same allegation. As Arbour J. identified, permitting that type of inconsistency would threaten the credibility of the adjudicative process. Likewise, as Arbour J. noted, there is no reason to think that a second proceeding under section 6 of the NOC Regulations will lead to a more accurate result than the first. This scenario is in contrast to an action for a declaration of patent invalidity, where because the parties have the benefit of a full trial and all the attendant procedural safeguards, a more accurate result may arise. That is why the courts have on numerous occasions stated the principle that decisions rendered under the NOC Regulations are not binding on actions for patent infringement or to declare a patent invalid (see e.g. *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*; *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (F.C.A.), at paragraph 9; *Pfizer Canada Inc. et al. v. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (F.C.A.), at paragraph 25).

[37] In the context of the NOC Regulations, encouraging the efficient use of scarce judicial resources is also of particular concern. Judicial resources are already taxed considerably by the voluminous proceedings brought under the Regulations. An attempt to further strain the resources of parties and of the courts through repetitious litigation without any compelling justification strongly favours a finding of abuse of process.

[38] Therefore, despite the fact that Mactavish J.'s decision would not dictate the outcome of the present application and consequently, that it is not possible to say that Sanofi-Aventis has no chance of success, I nevertheless am compelled to hold that the application in respect of the Novopharm NOA is an abuse of process and therefore should be dismissed.

prédiction valable. C'est ainsi qu'un fabricant de médicaments générique recevrait un avis de conformité à cause d'une invalidité fondée sur une absence de prédiction valable, tandis qu'un autre se verrait refuser cet avis même si son avis d'allégation faisait état de la même allégation. Comme l'a déclaré la juge Arbour, le fait de permettre ce type de contradiction mettrait en péril la crédibilité du processus décisionnel judiciaire. Dans le même ordre d'idées, comme l'a signalé la juge Arbour, rien ne permet de croire qu'une seconde instance présentée en vertu de l'article 6 du Règlement mènera à un résultat plus exact que la première. Ce scénario contraste avec une action en déclaration d'invalidité d'un brevet dans laquelle, étant donné que les parties ont l'avantage d'un examen au fond de la question et de l'ensemble des protections procédurales connexes, il serait possible d'arriver à un résultat plus exact. C'est pour cela que les tribunaux ont énoncé à maintes reprises le principe selon lequel les décisions rendues en vertu du Règlement n'ont pas force exécutoire pour les actions en contrefaçon de brevet ou pour déclarer qu'un brevet est invalide (voir, par exemple, *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*; *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440, au paragraphe 9; et *Pfizer Canada Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, [2001] A.C.F. n° 17 (C.A.) (QL), au paragraphe 25).

[37] Dans le contexte du Règlement, le fait d'inciter à utiliser efficacement des ressources judiciaires limitées suscite également des préoccupations particulières. Ces ressources sont déjà considérablement grevées par les très nombreuses instances engagées en vertu du Règlement. Toute tentative visant à grever davantage les ressources des parties et des tribunaux en engageant des actions répétitives sans justification convaincante milite fortement en faveur d'une conclusion d'abus de procédure.

[38] Par conséquent, même si la décision de la juge Mactavish ne dicterait pas l'issue de la présente demande et, de ce fait, s'il est impossible de dire que Sanofi-Aventis n'a aucune chance de succès, je suis néanmoins contraint de conclure que la demande relative à l'avis d'allégation de Novopharm constitue un abus de procédure et qu'il convient donc de la rejeter.

[39] In *C.U.P.E.*, at paragraphs 52-53, Arbour J. noted that there may be situations where fairness dictates that a duplicitous proceeding should not be held to be abusive:

In contrast, proper review by way of appeal increases confidence in the ultimate result and affirms both the authority of the process as well as the finality of the result. It is therefore apparent that from the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. There may be instances where relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system, for example: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context. This was stated unequivocally by this Court in *Danyluk, supra*, at para. 80.

The discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result. There are many circumstances in which the bar against relitigation, either through the doctrine of *res judicata* or that of abuse of process, would create unfairness. If, for instance, the stakes in the original proceeding were too minor to generate a full and robust response, while the subsequent stakes were considerable, fairness would dictate that the administration of justice would be better served by permitting the second proceeding to go forward than by insisting that finality should prevail. An inadequate incentive to defend, the discovery of new evidence in appropriate circumstances, or a tainted original process may all overcome the interest in maintaining the finality of the original decision (*Danyluk, supra*, at para. 51; *Franco, supra*, at para. 55). [Emphasis added.]

[40] While it is important in each case to ensure the application of the doctrine of abuse of process does not give rise to unfairness in the circumstances, in my view, no such unfairness would result in the present case. Prohibition proceedings under the NOC Regulations do not prevent patentees from enforcing their patent rights through actions for patent infringement in accordance

[39] Dans l'arrêt *S.C.F.P.*, aux paragraphes 52 et 53, la juge Arbour fait remarquer qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles l'équité prescrit qu'une remise en cause ne doit pas être jugée abusive :

La révision de jugements par la voie normale de l'appel, en revanche, accroît la confiance dans le résultat final et confirme l'autorité du processus ainsi que l'irrévocabilité de son résultat. D'un point de vue systémique, il est donc évident que la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et qu'il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Il peut en effet y avoir des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple : (1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, (2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, (3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte. C'est ce que notre Cour a dit sans équivoque dans l'arrêt *Danyluk*, précité, par. 80.

Les facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne produise des effets injustes, jouent également en matière d'abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables. Il existe de nombreuses circonstances où l'interdiction de la remise en cause, qu'elle découle de l'autorité de la chose jugée ou de la doctrine de l'abus de procédure, serait source d'inéquité. Par exemple, lorsque les enjeux de l'instance initiale ne sont pas assez importants pour susciter une réaction vigoureuse et complète alors que ceux de l'instance subséquente sont considérables, l'équité commande de conclure que l'autorisation de poursuivre la deuxième instance servirait davantage l'administration de la justice que le maintien à tout prix du principe de l'irrévocabilité. Une incitation insuffisante à opposer une défense, la découverte de nouveaux éléments de preuve dans des circonstances appropriées, ou la présence d'irrégularités dans le processus initial, tous ces facteurs peuvent l'emporter sur l'intérêt qu'il y a à maintenir l'irrévocabilité de la décision initiale (*Danyluk*, précité, par. 51; *Franco*, précité, par. 55). [Non souligné dans l'original.]

[40] Bien qu'il soit important dans chaque affaire de s'assurer que l'application de la doctrine de l'abus de procédure n'est pas source d'iniquité dans les circonstances, à mon avis ce ne serait pas le cas en l'espèce. Les demandes d'interdiction déposées en vertu du Règlement n'empêchent pas les brevetés de faire respecter leurs droits de brevet en engageant une action

with the *Patent Act*. Moreover, the findings from any such prohibition proceedings have no bearing on patent infringement actions.

[41] Sanofi-Aventis and Schering argue that a finding of abuse of process is inappropriate in this case because relitigation alone is insufficient to give rise to abuse of process, because they have adduced new evidence in these proceedings not before Mactavish J. that warrants a different result, and because the scheme of the NOC Regulations permits repetitive applications against different generics. I am not persuaded by these submissions.

[42] Sanofi-Aventis and Schering first challenged the test laid out above for dismissing an application under paragraph 6(5)(b). They argue that relitigation alone can never be enough to give rise to abuse of process. Rather, they say that there must be some additional element of misconduct before a court will render a proceeding abusive. For this proposition they cite the following passage from the English Court of Appeal's decision in *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), at pages 1492-1493 (*Bradley*):

In my judgment, mere "re"-litigation, in circumstances not giving rise to cause of action or issue estoppel, does not necessarily give rise to abuse of process. Equally, the maintenance of a second claim which could have been part of an earlier one, or which conflicts with an earlier one, should not, per se, be regarded as an abuse of process. Rules of such rigidity would be to deny its very concept and purpose. As Kerr L.J. and Sir David Cairns emphasised in *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132, 137, 138-139 respectively, the courts should not attempt to define or categorise fully what may amount to an abuse of process; see also per Stuart-Smith L.J. in *Ashmore v. British Coal Corporation* [1990] 2 Q.B. 338, 352. Sir Thomas Bingham M.R. underlined this in *Barrow v. Bankside Agency Ltd.* [1996] 1 W.L.R. 257, stating, at 263b, that the doctrine should not be "circumscribed by unnecessarily restrictive rules" since its purpose was the prevention of abuse and it should not endanger the maintenance of genuine claims; see also

en contrefaçon de brevet conformément à la *Loi sur les brevets*. En outre, les conclusions que l'on tire de toute demande d'interdiction de ce genre n'ont aucune incidence sur les actions en violation de brevet.

[41] Sanofi-Aventis et Schering font valoir qu'il n'est pas approprié en l'espèce de tirer une conclusion d'abus de procédure, et ce, pour les raisons suivantes : une remise en cause à elle seule n'est pas suffisante pour donner lieu à un abus de procédure, elles ont produit en l'espèce des éléments de preuve nouveaux qui n'ont pas été soumis à la juge Mactavish et qui justifient un résultat différent, et le régime établi par le Règlement permet de présenter des demandes répétées contre des fabricants de médicaments génériques différents. Je ne suis pas convaincu du bien-fondé de ces arguments.

[42] Sanofi-Aventis et Schering ont tout d'abord contesté le critère susmentionné pour rejeter une demande en vertu de l'alinéa 6(5)b). Une remise en cause, soutiennent-elles, n'est jamais suffisante à elle seule pour donner lieu à un abus de procédure, et il doit plutôt y avoir un élément additionnel d'inconduite pour qu'un tribunal puisse considérer qu'une instance est abusive. À l'appui de cette thèse, elles citent le passage suivant, tiré de la décision que la Cour d'appel d'Angleterre a rendue dans l'affaire *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 (C.A.), aux pages 1492 et 1493 (*Bradley*) :

[TRADUCTION] À mon sens, une simple remise en cause, dans des circonstances ne donnant pas ouverture à une irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action ou à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, ne donne pas forcément lieu à un abus de procédure. Dans le même ordre d'idées, le maintien d'une seconde demande qui aurait pu faire partie d'une première, ou qui entre en conflit avec une demande antérieure, ne devrait pas, en soi, être considéré comme un abus de procédure. Des règles d'une telle rigidité équivalraient à nier l'objet et la notion mêmes de la doctrine. Comme l'ont souligné le lord-juge Kerr et Sir David Cairns dans *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132, aux pages 137, 138 et 139 respectivement, les tribunaux ne devraient pas tenter de définir ou de catégoriser en détail ce qui peut équivaloir à un abus de procédure; voir aussi les propos du lord-juge Stuart-Smith dans *Ashmore v. British Coal Corporation* [1990] 2 Q.B. 338, à la page 352. Le maître des rôles Sir Thomas Bingham a souligné ce point dans la

per Saville L.J., at 266d-e.

Some additional element is required, such as a collateral attack on a previous decision (see e.g. *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police* [1982] A.C. 529; *Bragg's case* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132, per Kerr L.J. and Sir David Cairns, at pp. 137 and 139 respectively; and *Ashmore's case* [1990] 2 Q.B. 338), some dishonesty (see e.g. per Stephenson L.J. *Bragg's case*, at p. 139; and Potter L.J. in *Morris v. Wentworth-Stanley* [1999] 2 W.L.R. 470, 480 and 481; or successive actions amounting to unjust harassment (see e.g. *Manson v. Vooght*, The Times, 20 November 1998; Court of Appeal (Civil Division) Transcript No. 1610 of 1998, per May L.J.). [Emphasis added.]

[43] However, in *C.U.P.E.*, Arbour J. considered whether there was a collateral attack on the earlier judgment. She found that there was no such collateral attack. Furthermore, in the *C.U.P.E.* case, although Arbour J. noted that it was important to take into account such considerations as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice, she found no additional element of misconduct so as to come within the requirements of *Bradley*. Nevertheless, Arbour J. found there to be abuse of process. Consequently it cannot be said that any additional element of misconduct is required to find abuse of process in Canada.

[44] In my view, even if the requirement of an element additional to relitigation was required in Canada, it does not lie in the mouths of Sanofi-Aventis and Schering to suggest that they have not attempted to attack collaterally the decision of Mactavish J. and the approval of that decision by the Federal Court of Appeal. In oral argument, Schering counsel stressed that Sanofi-Aventis' application was not an abuse of process because in these proceedings Sanofi-Aventis and Schering have tendered evidence that was not before Mactavish J. in the *Apotex* proceeding and that would lead a trier of fact to reach the opposite conclusion on the issue of sound prediction. Sanofi-Aventis and Schering say that in the previous proceeding, they were

décision *Barrow v. Bankside Agency Ltd.* [1996] 1 W.L.R. 257, où il a déclaré, à la page 263b qu'il ne faudrait pas que la doctrine soit « circonscrite par des règles inutilement restrictives » car son objet est la prévention des abus et elle ne devrait pas mettre en péril le maintien des demandes véritables; voir aussi les propos du lord-juge Saville, à 266d-e.

Il faut qu'il y ait un élément additionnel, comme une attaque indirecte contre une décision antérieure (voir, p. ex., *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police* [1982] A.C. 529; *Bragg* [1982] 2 Lloyd's Rep. 132, le lord-juge Kerr et Sir David Cairns, aux pages 137 et 139 respectivement, et *Ashmore* [1990] 2 Q.B. 338), une certaine malhonnêteté (voir, p. ex., le lord-juge Stephenson, dans *Bragg*, à la page 139, et le lord-juge Potter dans *Morris v. Wentworth-Stanley* [1999] 2 W.L.R. 470, aux pages 480 et 481, ou des actes successifs équivalant à un harcèlement injuste (voir, p. ex., *Manson v. Vooght*, The Times, 20 novembre 1998; Cour d'appel (Chambre civile) transcription n° 1610 de 1998, le lord-juge May). [Non souligné dans l'original.]

[43] Cependant, dans l'arrêt *S.C.F.P.*, la juge Arbour a examiné s'il y avait eu une attaque indirecte contre le jugement antérieur. Elle a conclu que non. En outre, dans cet arrêt, même si la juge Arbour a fait remarquer qu'il était important de prendre en compte les principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice, elle a jugé qu'il n'y avait pas d'élément additionnel d'inconduite, ainsi qu'il est exigé dans l'arrêt *Bradley*. Elle a néanmoins conclu à un abus de procédure. On ne peut donc pas dire que, pour conclure à l'existence d'un abus de procédure au Canada, il faut qu'il y ait un élément additionnel d'inconduite.

[44] À mon avis, même s'il faut un élément de plus qu'une simple remise en cause, il n'appartient pas à Sanofi-Aventis et à Schering de laisser entendre qu'elles n'ont pas tenté d'attaquer indirectement la décision de la juge Mactavish, ni l'approbation, par la Cour d'appel fédérale, de cette décision. Dans sa plaidoirie, l'avocat de Schering a souligné que la demande de Sanofi-Aventis ne constituait pas un abus de procédure car, dans la présente instance, Sanofi-Aventis et Schering ont produit des éléments de preuve qui n'avaient pas été soumis à la juge Mactavish dans *Apotex* et qui amèneraient un juge des faits à tirer la conclusion contraire à propos de question de la prédiction valable. Sanofi-Aventis et Schering disent que, dans l'instance

not put on notice that Apotex would be challenging the predictability of the chirality of the bridgehead carbons in the compounds covered by the '206 patent, an issue that became a critical factor in Mactavish J.'s conclusion that the compounds disclosed in the '206 patent were not soundly predicted. Consequently, they say it would be unjust to prevent them from tendering additional evidence on that issue in the present proceedings. In their view, the additional evidence adduced in these proceedings establishes that the chirality of the bridgehead carbons was soundly predicted and accordingly, the patent is not invalid for lack of sound prediction.

[45] This argument is itself a collateral attack on Justice Mactavish's decision. In the *Apotex* case, the parties fully argued whether the Apotex NOA was sufficient with respect to the issue of sound prediction. Mactavish J. concluded that it was and went on to dispose of the case based on the allegations made in the NOA. Sanofi-Aventis and Schering attempted to challenge Mactavish J.'s conclusion as to the sufficiency of the Apotex NOA on appeal to this Court and their argument was rejected. On this issue, Mactavish J. held as follows, at paragraphs 102, 105-108:

Aventis asserts that Apotex's NOA is deficient as it relates to the issue of sound prediction. Aventis says that the sum total of Apotex's argument that Schering did not have a sound basis for its prediction as contained in its NOA was its assertion that Schering failed to provide test data. According to Aventis, subsequent to serving the NOA, Apotex amplified its argument to argue that Schering should have demonstrated utility by testing in order to establish matters such as potency, toxicity, bioavailability, selectivity and so on.

...

A review of Apotex's NOA reveals that Apotex put Aventis on notice that it would be arguing that Schering failed to conduct the tests necessary to establish that the compounds covered by the '206 patent possessed the requisite level of activity and the requisite pharmacological and toxicological

antérieure, elles n'ont pas été avisées qu'Apotex contesterait la prévisibilité de la chiralité des carbones en tête de pont figurant dans les composés visés par le brevet '206, un point qui est devenu un facteur crucial dans la conclusion de la juge Mactavish selon laquelle les composés révélés dans le brevet '206 ne faisaient pas l'objet d'une prédiction valable. Il serait donc injuste, disent-elles, de les empêcher de fournir des éléments de preuve additionnels sur ce point dans la présente instance. À leur avis, les éléments de preuve additionnels qui sont présentés en l'espèce établissent que la chiralité des carbones en tête de pont a été prédite valablement et que, de ce fait, le brevet n'est pas invalide pour cause d'absence de prédiction valable.

[45] Cet argument constitue en soi une attaque indirecte contre la décision de la juge Mactavish. Dans *Apotex*, les parties ont débattu pleinement de la question de savoir si l'avis d'allégation d'Apotex était suffisant au sujet de la question de la prédiction valable. La juge Mactavish a conclu que oui, et elle a ensuite tranché l'affaire en se fondant sur les allégations formulées dans l'avis d'allégation. En appel devant la présente Cour, Sanofi-Aventis et Schering ont tenté de contester la conclusion de la juge Mactavish quant au caractère suffisant de l'avis d'allégation d'Apotex, et leur argumentation a été rejetée. À ce sujet, la juge Mactavish a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 102, 105 à 108 de sa décision :

Suivant Aventis, l'avis d'allégation d'Apotex est entaché d'irrégularités pour ce qui est de la question de la prédiction valable. Aventis affirme que le seul argument qu'Apotex a invoqué pour affirmer que Schering n'avait aucun motif valable de faire la prédiction contenue dans son avis d'allégation était son assertion que Schering n'avait pas fourni de données de tests. Suivant Aventis, après la signification de l'avis d'allégation, Apotex a développé son argumentation en expliquant que Schering aurait dû faire la preuve de l'utilité au moyen de tests pour établir des paramètres comme l'activité, la toxicité, la biodisponibilité, la sélectivité et ainsi de suite.

[. . .]

Il ressort de l'avis d'allégation d'Apotex que celle-ci a avisé Aventis qu'elle plaiderait que Schering n'avait pas effectué les tests nécessaires pour établir que les composés visés par le brevet '206 possédaient le niveau d'activité exigé et le profil pharmacologique et toxicologique requis. Que

profile. What do these terms mean? Clearly the ‘level of activity’ relates to the potency of the compounds in question. The use of the phrase ‘toxicological profile’ clearly puts Aventis on notice that the issue of toxicity was in issue. Finally, the ‘requisite pharmacological profile’ can be reasonably understood to relate to issues such as bioavailability and selectivity.

Moreover, a review of Aventis’ Notice of Application reveals that it understood Apotex’s position in relation to these issues, as it responds to it.

Finally, it should be noted that no affidavit was filed on behalf of Aventis asserting that it was not in a position to decide whether to challenge Apotex’s NOA in relation to this issue because of the statement’s lack of specificity: see *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.*, [2005] F.C.J. No. 842 (QL), 2005 F.C.A. 183, 39 C.P.R. (4th) 289, para. 13.

In these circumstances, I am therefore satisfied that Aventis was sufficiently aware of the basis on which Apotex was claiming that the ‘206 patent was invalid as it related to the first two elements of the test for sound prediction

[46] On appeal, Chief Justice Richard stated the following at paragraphs 11-12, 16-17:

Aventis/Schering contend that Justice Mactavish erred by finding that Apotex’s NOA, with respect to sound prediction, was legally sufficient.

I am satisfied that Justice Mactavish properly determined the claim of sufficiency of Apotex’s NOA, based on the jurisprudence of this Court and on the evidentiary record.

...

Aventis/Schering specifically focus on the words “requisite level of activity” in the NOA. Justice Mactavish determined that “level of activity” relates to the potency of the compounds in question and therefore whether the compounds lacked any activity at all. In addition, Justice Mactavish considered the lack of an affidavit filed on behalf of Aventis with respect to the alleged lack of specificity in the Apotex NOA to be telling, as per *AstraZeneca AB*.

The decision of Justice Mactavish was supported by the evidentiary record. As Justice Mactavish made no palpable and overriding error, her determination with respect to the sufficiency of Apotex’s NOA should not be interfered with.

signifient ces termes? De toute évidence, par « niveau d’activité », il faut entendre la concentration des composés en question. L’emploi de l’expression « profil toxicologique » signale nettement à Aventis que la question de la toxicité est en cause. Enfin, l’expression « profil pharmacologique requis » peut raisonnablement être interprétée comme se rapportant à des questions de biodisponibilité et de sélectivité.

Qui plus est, il ressort de son avis de demande qu’Aventis a bien compris la position d’Apotex sur ces questions, car elle y répond.

Finalement, il convient de signaler qu’aucun affidavit n’a été produit pour le compte d’Aventis pour indiquer que celle-ci n’était pas en mesure de décider si elle contesterait l’avis d’allégation d’Apotex en raison du manque de spécificité (voir *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, [2005] A.C.F. n° 842, 2005 CAF 183, au paragraphe 13).

Dans ces conditions, je suis convaincue qu’Aventis était suffisamment informée des motifs pour lesquels Apotex affirmait que le brevet ‘206 était invalide pour ce qui est des deux premiers volets du critère de la prédiction valable.

[46] En appel, le juge en chef Richard a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 11, 12, 16 et 17 :

Aventis et Schering allèguent que la juge Mactavish a commis une erreur en concluant que l’avis d’allégation d’Apotex concernant le caractère valable de la prédiction était juridiquement suffisant.

J’estime que la juge Mactavish a correctement statué sur la suffisance de l’avis d’allégation d’Apotex, compte tenu de la jurisprudence de notre Cour et de la preuve au dossier.

[. . .]

Aventis et Schering se sont attardées à l’expression « niveau d’activité exigé » dans l’avis d’allégation. La juge Mactavish a estimé que le « niveau d’activité » vise la concentration des composés en cause et, par conséquent, la question de la possibilité d’inactivité totale des composés. En outre, la juge Mactavish a considéré que le fait qu’Aventis n’ait pas déposé d’affidavit en ce qui concerne l’absence de spécificité dans l’avis d’allégation d’Apotex était révélateur, tout comme dans l’affaire *AstraZeneca AB*.

La décision de la juge Mactavish était étayée par la preuve au dossier. Étant donné qu’elle n’a commis aucune erreur manifeste et dominante, il n’y a pas lieu de modifier ses conclusions en ce qui concerne la suffisance de l’avis d’allégation d’Apotex.

[47] In any event, the additional evidence adduced by Sanofi-Aventis and Schering in these proceedings does not change the fact that in the circumstances, they cannot attempt to relitigate a claim they have already made. Sanofi-Aventis and Schering were required to put their best foot forward in the earlier proceedings. They can have no relief in these new proceedings for having failed to do so. The doctrine of abuse of process calls for the innovator to bring forth all its evidence on each ground of invalidity raised. It should not be allowed to hold back evidence and then use that as a ground for allowing a second application to proceed. Even though in *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 16, at paragraph 16, the two cases involved the same parties, nevertheless the quote of Hansen J. is apposite:

In *Hoffman[sic]-LaRoche, supra*, the factors that led Rothstein J. to conclude there was an abuse of process are analogous to the facts before me. The applicants and the patents are the same in both proceedings, the Notices of Allegation are in all material respects identical, and the issues were fully litigated in the first proceeding. The only distinguishing aspect between the first and current applications is that Glaxo believes it has a better evidentiary basis on which to litigate the issues. Litigants who have already litigated a matter, but lost, should not be permitted to re-litigate because they have acquired new evidence. This, in my view, is an abuse of the Court's process. [Emphasis added.]

[48] Another argument relied upon by Sanofi-Aventis and Schering is that the scheme of the NOC Regulations suggests that generics are not entitled to rely upon prior findings of justified allegations in respect of NOAs previously issued by other generics. Had the drafters of the regulations intended to bar duplicative proceedings, Sanofi-Aventis and Schering argue, they would have included a scheme under which later generics could rely on successful allegations made previously by other generics, such as by de-listing the patent. In making this argument, what Sanofi-Aventis and Schering fail to appreciate is that the NOC Regulations have provided a way for subsequent generics to rely on the successful NOAs of earlier generics. By enacting paragraph 6(5)(b), the Governor in Council has signaled the

[47] Quoi qu'il en soit, les éléments de preuve additionnels que Sanofi-Aventis et Schering ont produits en l'espèce ne changent pas le fait que, dans les circonstances, elles ne peuvent pas tenter de débattre à nouveau une demande qu'elles ont déjà présentée. Dans l'instance antérieure, elles étaient tenues de présenter leurs meilleurs arguments. Dans la nouvelle instance, elles n'ont droit à aucune mesure corrective pour avoir omis de le faire. La doctrine de l'abus de procédure exige de l'innovateur qu'il produise la totalité des éléments de preuve qu'il détient sur chaque motif d'invalidité invoqué. Il ne faudrait pas qu'il puisse retenir des éléments de preuve et, ensuite, s'en servir comme motif pour permettre le dépôt d'une seconde demande. Même si dans la décision *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 16, au paragraphe 16, les deux affaires mettaient en cause les mêmes parties, il n'empêche que la citation de la juge Hansen est pertinente :

Dans l'affaire *Hoffman [sic]-LaRoche*, précitée, les facteurs qui ont conduit le juge Rothstein à conclure qu'il y avait un abus de procédure sont analogues aux faits qui ont été portés à ma connaissance en l'espèce. Les demanderesse et les brevets sont les mêmes dans les deux instances, les avis d'allégation sont pratiquement identiques et les questions en litige ont été débattues et tranchées dans le cadre de la première instance. Les plaideurs qui ont déjà plaidé et perdu un procès ne devraient pas être autorisés à introduire un nouveau procès sur la même question parce qu'ils ont obtenu de nouveaux éléments de preuve. Il s'agit là, à mon sens, d'un abus de procédure. [Non souligné dans l'original.]

[48] Un autre argument qu'ont invoqué Sanofi-Aventis et Schering est que le régime du Règlement donne à penser que les fabricants de médicaments génériques n'ont pas le droit de se fonder sur des conclusions antérieures d'allégations justifiées à l'égard d'avis d'allégation que d'autres fabricants de médicaments génériques ont délivrés antérieurement. Selon Sanofi-Aventis et Schering, si les rédacteurs du Règlement avaient voulu interdire les instances faisant double emploi, ils auraient inclus un mécanisme permettant aux fabricants de médicaments génériques ultérieurs de se fonder sur les allégation fructueuses que d'autres fabricants de médicaments génériques auraient faites antérieurement, par exemple, en radiant le brevet du registre. En formulant cet argument, Sanofi-Aventis

importance of curtailing redundant proceedings that threaten the integrity of the adjudicative process. Generics can invoke this provision where other generics have successfully made allegations the subsequent generics seek to make.

[49] Sanofi-Aventis and Schering also emphasize that proceedings under the NOC Regulations are of a preliminary nature and are accompanied by limited procedural safeguards. While this argument may be sufficient to establish that decisions made in the context of the NOC Regulations should not be binding on judges adjudicating actions for patent infringement or declarations of patent invalidity, it does not change the fact that relitigation by a first person of an issue already decided against it within the context of the NOC Regulations is generally not permissible. As I have already said, the possibility of different judges adjudicating equivalent proceedings concerning the same issue reaching different results threatens the integrity of the adjudicative process. The nature of the proceedings does not change this reality.

[50] Finally, Sanofi-Aventis and Schering argue that a finding of abuse of process in this case will lead to unfairness. They say that while first persons will not be permitted to defend against allegations by subsequent generics after the same allegation made by an earlier generic has been found to be justified, subsequent generics will be permitted to repeat allegations already made earlier by other generics even if the earlier allegations were found to be unjustified. However, there is no unfairness in this scenario. All parties are held to the same standard: they must each put forward their entire case, complete with all relevant evidence, at first instance. The innovator is prevented from relitigating an issue already decided in a proceeding to which it was a party with the aid of additional evidence it chose not to adduce in the earlier proceedings. Generics likewise must put forward their full case at the first opportunity.

et Schering ne comprennent pas que le Règlement offre aux fabricants de médicaments génériques ultérieurs la possibilité de se fonder sur les avis d'allégation fructueux de fabricants antérieurs. En adoptant l'alinéa 6(5)b), le gouverneur en conseil signale l'importance d'éviter les instances redondantes qui menacent l'intégrité du processus décisionnel judiciaire. Les fabricants de médicaments génériques peuvent invoquer cette disposition lorsque d'autres fabricants ont formulé avec succès des allégations que tentent de formuler les fabricants ultérieurs.

[49] Sanofi-Aventis et Schering soulignent aussi que les instances engagées en vertu du Règlement sont de nature préliminaire et assorties de mesures de protection procédurales limitées. Bien que cet argument suffise pour établir que les décisions prises dans le contexte du Règlement ne devraient pas lier les juges chargés de statuer sur une action en contrefaçon de brevet ou une déclaration d'invalidité de brevet, il n'en demeure pas moins qu'il n'est généralement pas permis à une première personne de débattre à nouveau une question qui a déjà été tranchée en sa défaveur dans le contexte du Règlement. Comme je l'ai déjà dit, la possibilité que des juges différents saisis d'instances équivalentes portant sur une même question arrivent à des résultats différents menace l'intégrité du processus décisionnel judiciaire. Il s'agit là d'une réalité que la nature de l'instance ne change pas.

[50] Enfin, Sanofi-Aventis et Schering soutiennent qu'en l'espèce, une conclusion d'abus de procédure serait source d'iniquité. Elles affirment que, bien qu'il soit interdit aux premières personnes de se défendre contre les allégations que font des fabricants ultérieurs après que l'on a conclu que l'allégation identique faite par un fabricant antérieur est justifiée, les fabricants ultérieurs sont autorisés à répéter les allégations déjà faites antérieurement par d'autres fabricants, et ce, même s'il a été conclu que les allégations antérieures étaient injustifiées. Cependant, il n'y a aucune iniquité dans ce scénario. Toutes les parties sont tenues de respecter la même norme : chacune est tenue de présenter tous ses arguments, ainsi que tous les éléments de preuve pertinents, en première instance. Cela empêche l'innovateur de débattre à nouveau une question déjà tranchée dans une instance à laquelle il était partie, en

Multiple NOAs issued by the same generic relating to a particular drug and alleging invalidity of a particular patent will generally not be permitted, even if different grounds for establishing invalidity are put forward in each. However, where one generic has made an allegation but has failed to put forward the requisite evidence and argument to illustrate the allegation is justified, it would be unjust to preclude a subsequent generic, who is apprised of better evidence or a more appropriate legal argument, from introducing it. Although this situation may give rise to the possibility of an inconsistent result, this concern is overridden by the potential for unfairness to the generic that is barred from bringing forward its case simply because another generic's approach was inadequate. In each situation, it is necessary to balance the effect of a proceeding on the administration of justice against the unfairness to a party from precluding it from bringing forward its case.

CONCLUSION

[51] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

SHARLOW J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[52] NADON J.A. (dissenting): I cannot agree with Sexton J.A. that the appellant's application for an order prohibiting the Minister of Health (the Minister) from issuing a notice of compliance (an NOC) to the respondent Novopharm Limited (the respondent) constitutes an abuse of process. As a result, I would allow the appeal.

s'appuyant sur des éléments de preuve additionnels qu'il avait décidé de ne pas produire à l'instance antérieure. De la même façon, les fabricants de médicaments génériques doivent faire valoir à la première occasion la totalité de leurs arguments. Les avis d'allégations multiples délivrés par le même fabricant en rapport avec un médicament particulier et alléguant l'invalidité d'un brevet particulier sont généralement interdits, même si l'on invoque des motifs d'invalidité différents dans chaque cas. Cependant, dans le cas où un fabricant particulier a formulé une allégation mais a omis de présenter les arguments requis pour montrer que l'allégation en question était justifiée, il serait injuste d'empêcher un fabricant ultérieur, disposant de meilleurs éléments de preuve ou d'un argument juridique plus valable, de l'introduire. Cette situation peut donner lieu à un résultat contradictoire, mais cette préoccupation cède le pas au risque de faire preuve d'iniquité à l'endroit du fabricant à qui l'on interdit de faire valoir ses arguments juste parce que la démarche d'un autre fabricant était inadéquate. Il est nécessaire dans chaque cas de mettre en équilibre l'effet d'une instance sur l'administration de la justice et l'iniquité que l'on cause à une partie en l'empêchant de faire valoir ses arguments.

CONCLUSION

[51] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

* * *

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

[52] LE JUGE NADON, J.C.A. (dissident) : Je ne puis souscrire à la position du juge Sexton selon laquelle la demande de l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité à l'intimée Novopharm Limitée (l'intimée) constitue un abus de procédure. En conséquence, je ferais droit à l'appel.

[53] The relevant facts and the proceedings below are carefully reviewed by Sexton J.A. in his reasons and I need not refer to them, except to make clear one matter. As Sexton J.A. explains at paragraph 3 of his reasons, the appellant herein is Sanofi-Aventis Canada Inc. and the owner of the patent at issue, named as a respondent, is Schering Corporation. Since Schering's interests in this appeal are the same as those of Sanofi-Aventis, I will, for ease of reference, simply refer to these parties as "the appellant."

[54] As Sexton J.A. makes clear at the outset of his reasons, the issue before us arises by reason of paragraph 6(5)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations), which allows a second person, i.e. a generic drug manufacturer, to seek the dismissal of a patentee's application for an order of prohibition on the ground that the application is, *inter alia*, an abuse of process.

[55] In seeking to obtain such an order against the appellant, the respondent says that the allegations of invalidity, i.e. that the inventors did not have a sound basis for predicting the utility of their invention, concerning the appellant's patent 1341206 (the '206 patent) found in its notice of allegation (NOA) are, for all intents and purposes, indistinguishable from those made by Apotex Inc. which Mactavish J., in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161 (F.C.), found to be justified. Mactavish J.'s decision was upheld by this Court in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2006), 265 D.L.R. (4th) 308 (F.C.A.).

[56] At paragraph 1 of his reasons, Sexton J.A. frames the issue as being "whether the holder of a pharmaceutical patent, having failed to establish that an allegation of invalidity made by one generic drug manufacturer [Apotex] is not justified, abuses the NOC process by seeking to relitigate the same allegation of invalidity when it is made by a second generic company [the respondent Novopharm]."

[53] Dans ses motifs, le juge Sexton examine avec soin les faits pertinents et les instances antérieures, et il n'est pas nécessaire d'y faire référence, sauf pour clarifier un point en particulier. Comme l'explique le juge Sexton au paragraphe 3 de ses motifs, l'appelante en l'espèce est Sanofi-Aventis Canada Inc. et la titulaire du brevet en litige, désignée en tant qu'intimée, est Schering Corporation. Les intérêts de Schering dans le présent appel étant les mêmes que ceux de Sanofi-Aventis, pour faciliter les choses, je qualifierai simplement les parties d'« appelante ».

[54] Comme l'indique clairement le juge Sexton au début de ses motifs, la question dont nous sommes saisis découle de l'alinéa 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), qui permet à une seconde personne, c'est-à-dire un fabricant de médicaments génériques, de solliciter le rejet d'une demande d'un breveté en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction au motif que la demande constitue, notamment, un abus de procédure.

[55] En tentant d'obtenir une telle ordonnance contre l'appelante, l'intimée déclare que les allégations d'invalidité, à savoir que les inventeurs n'avaient pas un fondement valable pour prédire l'utilité de leur invention, relativement au brevet 1341206 (le brevet '206) de l'appelante qui figure dans son avis d'allégation, sont à toutes fins pratiques indissociables de celles qui ont été faites par Apotex Inc. et que la juge Mactavish, dans la décision *Aventis Pharma Inc. c. Apotex*, 2005 CF 1283, a considérées comme justifiées. La décision de la juge Mactavish a été confirmée par la présente Cour, dans l'arrêt *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 64.

[56] Au premier paragraphe de ses motifs, le juge Sexton expose la question en litige en ces termes : « si le titulaire d'un brevet pharmaceutique, qui n'est pas parvenu à établir qu'une allégation d'invalidité formulée par un fabricant de médicaments génériques [Apotex] n'est pas justifiée, abuse du processus des avis de conformité en tentant de débattre à nouveau la même allégation d'invalidité lorsqu'elle est formulée par un second fabricant de médicaments génériques [l'intimée Novopharm] ».

[57] The appellant frames the question in a different manner at paragraph 1 of its memorandum of fact and law:

1. This appeal raises the novel question of whether a finding that one generic's allegation of invalidity is justified bars litigation of the same allegation against all other generic manufacturers, thereby exhausting a first person's rights under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* ("Regulations") and effectively delisting the patent at issue.

[58] I begin by setting out those points in regard to which I am in agreement with Sexton J.A.

[59] First, I am in agreement with Sexton J.A. that the NOC Regulations do not require a second person to allege, in its NOA, the issues of *res judicata*, issue estoppel or abuse of process.

[60] Second, I am satisfied that the respondent's NOA and that of Apotex in *Aventis Pharma* [cited as *Apotex* by Sexton J.A.], in similar allegations with respect to the validity of the '206 patent. I would, however, add that the evidence on which the appellant relies in the present matter is, in some respects, different from that adduced before Mactavish J. in *Aventis Pharma*.

[61] Third, I am also of the view that Tremblay-Lamer J. erred in concluding that she was bound by the decision of Mactavish J. in *Aventis Pharma*. In disposing of this issue, Sexton J.A., at paragraphs 30-31 of his reasons, makes the following remarks:

While I agree with the motions Judge that Sanofi-Aventis' application is an abuse of process, I must respectfully disagree with her conclusion that the reason for this finding is that Mactavish J.'s decision, which was upheld by the Federal Court of Appeal, would be binding on the applications Judge. The issue in this case, as in the proceeding before Mactavish J., is whether the invention in the '206 patent was soundly

[57] L'appelante, au premier paragraphe de son mémoire des faits et du droit, formule la question de manière différente :

[TRADUCTION]

1. Le présent appel soulève la question nouvelle de savoir si une conclusion portant que l'allégation d'invalidité d'un fabricant de médicaments génériques est justifiée empêche de débattre à nouveau la même allégation contre tous les autres fabricants de médicaments génériques, ce qui épuise donc les droits dont jouit une première personne en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) et radie de manière effective le brevet en litige du registre.

[58] Je commencerai par énumérer les points sur lesquels je suis d'accord avec le juge Sexton.

[59] Premièrement, je conviens avec le juge Sexton que le Règlement n'exige pas qu'une seconde personne allègue, dans son avis d'allégation, les questions d'autorité de la chose jugée, de la préclusion pour même question en litige ou d'abus de procédure.

[60] Deuxièmement, je suis convaincu que l'avis d'allégation de la défenderesse et celui d'Apotex, dans l'affaire *Aventis Pharma*, [le juge Sexton fait référence à l'affaire *Apotex*] comportent des allégations semblables au sujet de la validité du brevet '206. J'ajouterais cependant que la preuve sur laquelle se fonde l'appelante en l'espèce est, à certains égards, différente de celle qui a été soumise à la juge Mactavish dans l'affaire *Aventis Pharma*.

[61] Troisièmement, je suis également d'avis que la juge Tremblay-Lamer a commis une erreur en concluant qu'elle était liée par la décision de la juge Mactavish dans l'affaire *Aventis Pharma*, précitée. En tranchant cette question, le juge Sexton, aux paragraphes 30 et 31 de ses motifs, fait les remarques suivantes :

Je suis d'accord avec la juge de la requête que la demande de Sanofi-Aventis constitue un abus de procédure, mais je ne souscris malheureusement pas à sa conclusion selon laquelle ce résultat s'explique par le fait que la décision de la juge Mactavish, que la Cour d'appel fédérale a confirmée, lierait le juge qui entendrait la demande. La question qui est en litige en l'espèce, comme dans le cas de l'instance soumise à la juge

predicted. Sound prediction is a question of fact (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153, at paragraph 71). Factual questions are to be determined by triers of fact based on the evidence before them. Unlike questions of law, in regards to which lower courts are bound by the conclusions of appellate courts, questions of fact must be resolved based on the information adduced before each trier of fact. This principle was explained by this Court in *J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322 (F.C.A.), at page 330 as follows:

While a finding of fact in another proceeding, approved by an appellate court whose judgments are binding, may call for particular reflection before a contrary finding is made, it remains that the question is whether the second finding is supportable on the evidence properly before the second trial judge.

Mactavish J.’s holding [in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*] would therefore not be binding on the proceedings respecting the Novopharm NOA. Consequently, it cannot be said that the application, if allowed to proceed, would be “clearly futile” or that it is “plain and obvious” that it would have no chance of success. Nevertheless, I think Sanofi-Aventis’ application must be held to be an abuse of process within the meaning of paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations. [Emphasis added.]

[62] Although he concludes that Tremblay-Lamer J. was wrong in holding that the appellant’s application was an abuse of process because it was “clearly futile” and that it was “plain and obvious” that it could not succeed, Sexton J.A. nonetheless concludes, on other grounds, that the appellant’s application “must be held to be an abuse of process within the meaning of paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations”.

[63] Sexton J.A. reaches this conclusion after a careful review of the Supreme Court of Canada’s decision in *Toronto (City) v. C.U.P.E. Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77. Specifically, Sexton J.A. takes note of paragraphs 37 and 51 of the Supreme Court’s decision, emphasizing those passages where Arbour J., writing for the Court, opined that abuse of process was a flexible doctrine, not restricted by concepts such as issue

Mactavish, consiste à savoir si l’invention contenue dans le brevet ‘206 était valablement prédite. Une prédiction valable est une question de fait (*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, au paragraphe 71), et les questions de fait doivent être tranchées par les juges des faits en se fondant sur les éléments de preuve qui leur sont soumis. Contrairement aux questions de droit, à l’égard desquelles les tribunaux d’instance inférieure sont liés par les conclusions des tribunaux d’appel, les questions de fait doivent être tranchées sur la base des renseignements soumis à chaque juge des faits. La présente Cour a expliqué ce principe dans l’arrêt *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1991] A.C.F. n° 503 (C.A.) (QL), à la page 20 :

Alors qu’une conclusion sur les faits tirée dans une autre instance et confirmée par une juridiction d’appel dont les décisions font jurisprudence, peut forcer à réfléchir avant de tirer une conclusion contraire, il demeure qu’il faut examiner si celle-ci est défendable à la lumière des preuves régulièrement administrées devant le second juge de première instance.

La conclusion de la juge Mactavish [dans *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*] n’aurait donc pas force obligatoire sur l’instance relative à l’avis d’allégation de Novopharm. Par conséquent, on ne peut pas dire que la demande, s’il était permis de la poursuivre, serait « manifestement futile » ou qu’elle serait à ce point « évidente et manifeste » qu’elle n’aurait aucune chance de succès. Je crois néanmoins qu’il faut considérer que la demande de Sanofi-Aventis constitue un abus de procédure au sens de l’alinéa 6(5)(b) du Règlement. [Non souligné dans l’original.]

[62] Même s’il conclut que la juge Tremblay-Lamer a commis une erreur en concluant que la demande de l’appelante constituait un abus de procédure parce qu’elle était « manifestement futile » et qu’il était « évident et manifeste » que la demande n’aurait aucune chance de succès, le juge Sexton conclut néanmoins, pour d’autres motifs, qu’« il faut considérer que la demande de [l’appelante] constitue un abus de procédure au sens de l’alinéa 6(5)(b) du Règlement ».

[63] Le juge Sexton arrive à cette conclusion après avoir examiné avec soin la décision de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77. Plus précisément, il prend note des paragraphes 37 et 51 de cet arrêt, en soulignant les passages où la juge Arbour, rédigeant la décision au nom de la Cour, exprime l’opinion que l’abus de procédure est une doctrine souple, non

estoppel, and that one of the circumstances where the doctrine had been applied was where proceedings constituted an attempt to relitigate a point already decided by the courts.

[64] Applying these principles to the matter before us leads Sexton J.A. to the conclusion that the appellant's application falls within the ambit of the doctrine of abuse of process. First, my colleague points to the real possibility of inconsistent decisions with regard to whether the inventors of the '206 patent lacked a sound basis for predicting the utility of the invention. Thus, should conflicting decisions be rendered by the Court, notwithstanding the similarity of the allegations found in the respective NOAs, the Minister would issue an NOC to one generic drug manufacturer but would refuse it to another. Hence, in Sexton J.A.'s view, such a scenario would threaten the credibility of the judicial process.

[65] Sexton J.A. then goes on to say that, in such circumstances, allowing a second application for an order of prohibition to proceed to a hearing does not constitute an efficient use of scarce judicial resources. He makes the point that disposing of the appellant's application in the manner which he proposes does not bring about unfairness to the appellant, as the NOC Regulations do not prevent it from enforcing its rights by way of an action for infringement against either Apotex or another generic drug manufacturer.

[66] At paragraphs 44-47 of his reasons, Sexton J.A. dismisses an argument by the appellant to the effect that since part of the evidence adduced in these proceedings was not before Mactavish J. in *Aventis Pharma*, which evidence could lead a trier of fact to a conclusion different from that reached by the learned Judge, there is no basis for the application of the doctrine of abuse of process.

[67] In dismissing the appellant's argument, my colleague remarks that such additional evidence is of no

restreinte par des notions telles que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, et qu'une des circonstances dans lesquelles la doctrine a été appliquée est celle où une instance constituait une tentative pour débattre à nouveau un point que les tribunaux avaient déjà tranché.

[64] L'application de ces principes à l'affaire dont nous sommes saisis amène le juge Sexton à conclure que la demande de l'appelante tombe sous le coup de la doctrine de l'abus de procédure. Premièrement, mon collègue fait état de la réelle possibilité que l'on rende des décisions contradictoires à propos de la question de savoir si les inventeurs du brevet '206 n'avaient pas de fondement valable pour prédire l'utilité de l'invention. C'est donc dire que s'il fallait que la Cour rende des décisions contradictoires, malgré la similitude des allégations relevées dans les avis d'allégation respectifs, le ministre délivrerait un avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques mais refuserait de le faire à un autre. Selon le juge Sexton, un tel scénario mettrait en péril la crédibilité du processus judiciaire.

[65] Le juge Sexton ajoute ensuite que, dans de telles circonstances, le fait d'accueillir une seconde demande en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction de procéder à une audition ne constitue pas une utilisation efficace de ressources judiciaires limitées. Il fait remarquer que le fait de trancher la demande de l'appelante comme il le propose ne cause aucune iniquité à cette dernière, car le Règlement n'empêche pas celle-ci de faire valoir ses droits en intentant une action en contrefaçon contre Apotex ou contre un autre fabricant de médicaments génériques.

[66] Aux paragraphes 44 à 47 de ses motifs, le juge Sexton rejette un argument de l'appelante selon lequel, étant donné qu'une partie des éléments de preuve produits en l'espèce n'ont pas été soumis à la juge Mactavish dans l'affaire *Aventis Pharma* lesquels éléments pourraient amener un juge des faits à tirer une conclusion différente de celle de la juge, il n'est pas fondé d'appliquer la doctrine de l'abus de procédure.

[67] En rejetant l'argument de l'appelante, mon collègue fait remarquer que ces éléments de preuve

help to the appellant because it cannot relitigate a claim already decided by the courts. In his view, the appellant was bound to make its best case with respect to the issue of the validity of the '206 patent in *Aventis Pharma*, and that it cannot now attempt to improve its lot by commencing a new application for prohibition. At paragraph 47, Sexton J.A. says:

The doctrine of abuse of process calls for the innovator to bring forward all its evidence on each ground of invalidity raised. It should not be allowed to hold back evidence and then use that as a ground for allowing a second application to proceed.

[68] Finally, in Sexton J.A.'s view, the appellant's application herein amounts to a collateral attack on Mactavish J.'s decision in *Aventis Pharma*.

[69] Before setting out my specific reasons for dissent and before addressing Sexton J.A.'s grounds for concluding in favour of the application of the doctrine of abuse of process, a brief review of the principles enunciated by the courts with respect to that doctrine will be helpful. I accept, as I must, the guidelines given by the Supreme Court in *C.U.P.E.*, and particularly those that Sexton J.A. has reproduced in his reasons, namely, paragraphs 37, 51, 52 and 53 of Arbour J.'s reasons.

[70] The common-law doctrines of abuse of process and collateral attack are interrelated and in many cases more than one doctrine may support a particular outcome. However, although a collateral attack may properly be viewed as a particular application of a broader doctrine of abuse of process, the two are not always entirely interchangeable (see: *C.U.P.E.*, at paragraph 22).

[71] The doctrine of abuse of process seeks to prevent relitigation in situations where the strict requirements of issue estoppel are not met, but where permitting the litigation to proceed would be contrary to the integrity of the court's process and to the good administration of

additionnels ne sont d'aucune utilité pour l'appelante car cette dernière ne peut pas débattre à nouveau une demande sur laquelle les tribunaux ont déjà statué. À son avis, l'appelante était tenue de présenter ses meilleurs arguments au sujet de la question de la validité du brevet '206 dans l'affaire *Aventis Pharma* et elle ne peut pas tenter maintenant d'améliorer son sort en introduisant une nouvelle demande d'interdiction. Comme l'indique le juge Sexton au paragraphe 47 :

La doctrine de l'abus de procédure exige de l'innovateur qu'il produise la totalité des éléments de preuve qu'il détient sur chaque motif d'invalidité invoqué. Il ne faudrait pas qu'il puisse retenir des éléments de preuve et, ensuite, s'en servir comme motif pour permettre le dépôt d'une seconde demande.

[68] Enfin, de l'avis du juge Sexton, la demande de l'appelante dont il est question en l'espèce équivaut à une attaque indirecte contre la décision que la juge Mactavish a rendue dans l'affaire *Aventis Pharma*.

[69] Avant d'exposer mes motifs dissidents et de traiter des raisons pour lesquelles le juge Sexton s'est prononcé en faveur de l'application de la doctrine de l'abus de procédure, il serait utile de passer brièvement en revue les principes qu'ont énoncés les tribunaux à l'égard de cette doctrine. Je souscris, comme je le dois, aux directives que la Cour suprême a énoncées dans l'arrêt *S.C.F.P.*, et notamment à ceux que le juge Sexton a reproduits dans ses motifs, c'est-à-dire les paragraphes 37, 51, 52 et 53 des motifs de la juge Arbour.

[70] Les doctrines de common law de l'abus de procédure et de l'attaque indirecte sont étroitement liées et, dans bien des cas, plus d'une doctrine peut étayer une issue particulière. Cependant, même si l'on peut considérer à juste titre qu'une attaque indirecte est une application particulière de la doctrine plus vaste de l'abus de procédure, les deux ne sont pas toujours tout à fait interchangeables (voir l'arrêt *S.C.F.P.*, au paragraphe 22).

[71] La doctrine de l'abus de procédure vise à empêcher une remise en cause dans les situations où les strictes exigences de la règle de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne sont pas remplies et où il serait contraire à l'intégrité des procédures du tribunal

justice (see: Doherty J.A.'s reasons in *Toronto (City) v. Canada Union of Public Employees, Local 791* (2001), 55 O.R. (3d) 541 (C.A.), at paragraph 65; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33 (H.C.J.), at pages 48-49; affd (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.); *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), at page 536; *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Stevenson v. Bomac Construction*, [1986] 5 W.W.R. 21 (Sask. C.A.); and *Bjarnarson v. Manitoba (Government of)* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (Man. Q.B.); affd (1987), 45 D.L.R. (4th) 766 (Man. C.A.)).

[72] The concept of abuse of process was described at common law as proceedings “unfair to the point that they are contrary to the interest of justice” (see: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at page 616) and as “oppressive treatment” (see: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at page 1667). McLachlin J. (as she then was) expressed it this way in *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at page 1007:

... abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. [Emphasis added.]

[73] In *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, the Supreme Court held, at paragraph 80, that there may be instances where relitigation will enhance rather than impeach the integrity of the judicial system, for example: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context. Those discretionary factors apply to prevent the doctrine of abuse of process from operating in an unjust or unfair way.

et à la bonne administration de la justice de permettre de poursuivre le litige (voir les motifs du juge d'appel Doherty dans *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 791* (2001), 55 O.R. (3d) 541 (C.A.), au paragraphe 65; *Demeter v. British Pacific Life Insurance Co.* (1983), 43 O.R. (2d) 33 (H.C.J.), aux pages 48 et 49; conf. par (1984), 48 O.R. (2d) 266 (C.A.); *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), à la page 536; *Franco v. White* (2001), 53 O.R. (3d) 391 (C.A.); *Stevenson v. Bomac Construction*, [1986] 5 W.W.R. 21 (C.A. Sask.); *Bjarnarson v. Manitoba (Government of)* (1987), 38 D.L.R. (4th) 32 (B.R. Man.); conf. par (1987), 45 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Man.)).

[72] Le concept de l'abus de procédure a été décrit en common law comme englobant des procédures « injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice » (voir *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la page 616) et un « traitement oppressif » (voir *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la page 1667). La juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef) a exprimé le concept en ces termes dans l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, à la page 1007 :

En résumé, l'abus de procédure peut avoir lieu si : (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. [Non souligné dans l'original.]

[73] Dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, la Cour suprême du Canada a décrété, au paragraphe 80, qu'il peut y avoir des cas dans lesquels une remise en cause améliorera l'intégrité du système judiciaire, plutôt que le contraire; par exemple : 1) lorsque la première instance est entachée par une fraude ou de la malhonnêteté; 2) lorsque des éléments de preuve nouveaux, qui n'étaient pas disponibles antérieurement, mettent en doute de manière concluante les résultats initiaux; ou 3) lorsque l'équité prescrit que le résultat initial ne devrait pas avoir force exécutoire dans le nouveau contexte. Ces facteurs discrétionnaires s'appliquent de façon à empêcher que la doctrine de l'abus de procédure ait un effet injuste ou inéquitable.

[74] Because the main purpose of the doctrine of abuse of process is focused on the integrity of the adjudicative process, the motive or interest of the party who seeks to relitigate, whether as a plaintiff or a defendant, cannot be decisive factors in determining if relitigation should be permitted.

[75] I now turn to a brief review of English case law which, in my view, provides helpful guidance in resolving the issue before us. In *Johnson v Gore Wood & Co*, [2001] 2 WLR 72, the House of Lords thoroughly reviewed the doctrine of abuse of process as enunciated and applied by English courts. At pages 89-90 of his reasons, Lord Bingham of Cornhill, with whom the other law lords agreed on this point, summarized the doctrine in the following terms:

It may very well be, as has been convincingly argued (Watt, “The Danger and Deceit of the Rule in *Henderson v Henderson*: A new approach to successive civil actions arising from the same factual matter” (2000) 19 CLJ 287), that what is now taken to be the rule in *Henderson v Henderson* has diverged from the ruling which Wigram V-C made, which was addressed to res judicata. But *Henderson v Henderson* abuse of process, as now understood, although separate and distinct from cause of action estoppel and issue estoppel, has much in common with them. The underlying public interest is the same, that there should be finality in litigation and that a party should not be twice vexed in the same matter. This public interest is reinforced by the current emphasis on efficiency and economy in the conduct of litigation, in the interests of the parties and the public as a whole. The bringing of a claim or the raising of a defence in later proceedings may, without more, amount to abuse if the court is satisfied (the onus being on the party alleging abuse) that the claim or defence should have been raised in the earlier proceedings if it was to be raised at all. I would not accept that it is necessary, before abuse may be found, to identify any additional elements such as a collateral attack on a previous decision or some dishonesty, but where those elements are present the later proceedings will be much more obviously abusive, and there will rarely be a finding of abuse unless the later proceeding involves what the court regards as unjust treatment of a party. It is, however, wrong to hold that because a matter could have been raised in early proceedings it should have been, so as to render the raising of it in later proceedings necessarily abusive. That is to adopt too dogmatic an approach to what

[74] Comme l’objet premier de la doctrine de l’abus de procédure est axé sur l’intégrité du processus décisionnel, le motif ou l’intérêt de la partie qui tente de débattre à nouveau une question, soit à titre de demandeur soit à titre de défendeur, ne peuvent être des facteurs décisifs pour ce qui est de déterminer s’il convient d’autoriser cette remise en cause.

[75] Voici maintenant un bref survol de la jurisprudence anglaise qui, selon moi, est utile pour trancher la question qui nous est soumise. Dans l’arrêt *Johnson v Gore Wood & Co*, [2001] 2 WLR 72, la Chambre des lords a analysé en détail la doctrine de l’abus de procédure, telle qu’énoncée et appliquée par les tribunaux anglais. Aux pages 89 et 90 de ses motifs, lord Bingham of Cornhill, avec lequel les autres lords juristes ont exprimé leur accord sur ce point, a résumé comme suit la doctrine :

[TRADUCTION]

Il se peut fort bien, comme il a été plaidé de manière convaincante (Watt, « The Danger and Deceit of the Rule in *Henderson v Henderson* : A new approach to successive civil actions arising from the same factual matter » (2000) 19 CLJ 287), que ce que l’on considère aujourd’hui comme la règle dans *Henderson v Henderson* diverge de la décision qu’a rendue le vice-chancelier Wigram, laquelle avait trait à la théorie de la chose jugée. Mais l’abus de procédure dont il est question dans *Henderson v Henderson*, tel qu’on le conçoit aujourd’hui, même s’il est nettement distinct de l’irrecevabilité résultant de l’identité des causes d’action et de l’irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige, a bien des choses en commun avec elles. L’intérêt public sous-jacent est le même, il doit y avoir une finalité dans le litige et une partie ne devrait pas être pénalisée deux fois dans la même affaire. Cet intérêt public est renforcé par l’accent mis actuellement sur l’efficacité et l’économie dans la conduite d’un litige, et ce, dans l’intérêt des parties et du public dans son ensemble. Le fait d’engager une demande ou de soulever une défense dans une instance ultérieure peut, sans plus, équivaloir à un abus si le tribunal est convaincu (le fardeau reposant sur les épaules de la partie qui allègue cet abus) que la demande ou la défense aurait dû être soulevée dans l’instance antérieure, s’il y avait lieu de le faire. Je ne suis pas d’accord qu’il est nécessaire, avant de pouvoir conclure à un abus, d’identifier n’importe quel élément additionnel comme une attaque indirecte contre une décision antérieure ou une malhonnêteté quelconque, mais si ces éléments sont présents une instance sera abusive de façon nettement plus évidente, et l’on conclura rarement à un abus

should in my opinion be a broad, merits-based judgment which takes account of the public and private interests involved and also takes account of all the facts of the case, focusing attention on the crucial question whether, in all the circumstances, a party is misusing or abusing the process of the court by seeking to raise before it the issue which could have been raised before. As one cannot comprehensively list all possible forms of abuse, so one cannot formulate any hard and fast rule to determine whether, on given facts, abuse is to be found or not. Thus while I would accept that lack of funds would not ordinarily excuse a failure to raise in earlier proceedings an issue which could and should have been raised then, I would not regard it as necessarily irrelevant, particularly if it appears that the lack of funds has been caused by the party against whom it is sought to claim. While the result may often be the same, it is in my view preferable to ask whether in all the circumstances a party's conduct is an abuse than to ask whether the conduct is an abuse and then, if it is, to ask whether the abuse is excused or justified by special circumstances. Properly applied, and whatever the legitimacy of its descent, the rule has in my view a valuable part to play in protecting the interests of justice. [Emphasis added.]

[76] One of the cases reviewed by Lord Bingham in *Johnson*, is the English Court of Appeal's decision in *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482, to which Sexton J.A. makes reference, at paragraph 42 of his reasons. Specifically, my colleague quotes the remarks which Auld L.J. made, at pages 1492 and 1493, to the effect that abuse of process does not arise by reason of mere litigation where the circumstances of the case do not give rise to cause of action or issue estoppel. In such circumstances, according to Auld L.J., "[S]ome additional element is required, such as a collateral attack on the previous decision . . . some dishonesty . . . or successive actions amounting to unjust harassment . . .".

à moins que l'instance ultérieure ne comporte ce que le tribunal considère comme un traitement injuste à l'endroit d'une partie. Il est toutefois erroné de conclure qu'étant donné qu'un point aurait pu être soulevé dans une instance antérieure, il aurait fallu qu'il le soit, de façon à rendre nécessairement abusif le fait de soulever le point en question dans l'instance ultérieure. C'est là adopter une approche par trop dogmatique à l'égard de ce qui, selon moi, devrait être un jugement de grande portée, fondé sur le mérite, qui tient compte des intérêts public et privé en cause et également de tous les faits de l'espèce, en mettant l'accent sur la question cruciale de savoir si, dans toutes les circonstances, une partie utilise à mauvais escient ou à titre abusif les procédures du tribunal en tentant de soulever devant ce dernier le point qui aurait pu être soulevé auparavant. Comme il est impossible d'énumérer toutes les formes possibles d'abus, nul ne peut formuler une règle bien précise pour déterminer si, au vu de faits donnés, il y a lieu de conclure ou non à l'abus. Ainsi, j'accepterais qu'un manque de fonds n'excuse habituellement pas le fait de n'avoir pas invoqué, dans une instance antérieure, une question qui aurait pu être soulevée à ce moment-là et qui aurait dû l'être, mais je ne considérerais pas cela comme nécessairement dénué de pertinence, surtout s'il semble que le manque de fonds soit imputable à la partie visée par la demande. Le résultat sera souvent le même, mais il est préférable selon moi de se demander si, dans toutes les circonstances, la conduite d'une partie constitue un abus que de se demander si la conduite en question constitue un abus et ensuite, si c'est le cas, s'il y a des circonstances spéciales qui excusent ou justifient cet abus. Convenablement appliquée, et quelle que soit la légitimité de son origine, la règle a d'après moi un rôle précieux à jouer dans la protection des intérêts de la justice. [Non souligné dans l'original.]

[76] L'une des causes que lord Bingham a examinées dans l'arrêt *Johnson*, est la décision que la Cour d'appel d'Angleterre a rendue dans l'affaire *Bradford & Bingley Building Society v. Seddon*, [1999] 1 W.L.R. 1482 et à laquelle le juge Sexton fait référence au paragraphe 42 de ses motifs. Plus précisément, mon collègue cite les remarques que le lord-juge Auld a faites aux pages 1492 et 1493 du recueil, à savoir qu'une simple mise en cause ne crée aucun abus de procédure lorsque les circonstances de l'affaire ne donnent pas ouverture à une irrecevabilité résultant de l'identité des causes d'action ou à une irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige. Dans de telles circonstances, selon le lord-juge Auld, [TRADUCTION] « [i] faut qu'il y ait un élément additionnel, comme une attaque indirecte contre une décision antérieure [. . .] une certaine malhonnêteté [. . .] ou des actes successifs équivalant à un harcèlement injuste ».

[77] In making these remarks in *Bradford & Bingley*, Auld L.J. refers with approval to the following words of Sir David Cairns found at pages 138 and 139 of his reasons in *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. and C.E. Heath & Co. (Marine) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 132 (C.A.):

I do not accept the proposition advanced by Counsel for the appellant Heath that when an issue has already been decided in proceedings between A and B it is prima facie an abuse of the process of the Court for B to seek to have the issue decided afresh in proceedings between himself and C and that in such circumstances there is an onus on B to show some special reason why he should be allowed to raise the issue against C.

On the contrary, I consider that it is for him who contends that the retrial of the issue is an abuse of process to show some special reason why it is so. Since the cases in which the retrial of an issue (in the absence of an estoppel) has been disallowed as an abuse of process are so few in number, it would be dangerous to attempt to define fully what are the circumstances which should lead to a finding of abuse of process. Features tending that way clearly include the fact that the first trial was before the most appropriate tribunal or between the most appropriate parties for the determination of the issue, or that the purpose of the attempt to have it retried is not the genuine purpose of obtaining the relief sought in the second action, but some collateral purpose.

It would in my judgment be a most exceptional course to strike out the whole or part of a defence in a commercial action, or to refuse leave to amend a defence in such an action, simply because the issue raised or sought to be raised had been decided in another commercial action brought against the same defendant by a different plaintiff. The facts that the first action had been fairly conducted and that the issue had been the subject of lengthy evidence and argument would not, in my view, be sufficient in themselves to deprive the defendant of his normal right to raise any issue which he is not estopped from raising.

If further the defendant was at some disadvantage in the earlier proceedings from which he would be free in the later ones, that is a positive reason why he should not be deprived of the opportunity of raising the issue afresh. [Emphasis added.]

[77] En formulant ces remarques dans l'arrêt *Bradford & Bingley*, le lord-juge Auld renvoie, en y souscrivant, aux propos suivants de Sir David Cairns, aux pages 138 et 139 de ses motifs dans *Bragg v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd. and C.E. Heath & Co. (Marine) Ltd.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 132 (C.A.) :

[TRADUCTION] Je ne souscris pas à la thèse de l'avocat de l'appellant Heath, savoir que lorsqu'une question a déjà été tranchée dans une instance entre A et B, le fait que B tente de faire trancher à nouveau la question dans une instance qui l'oppose à C constitue à première vue un abus des procédures de la Cour et que, dans de telles circonstances, il incombe à B de faire état d'une raison spéciale pour laquelle il devrait être en droit de soulever la question contre C.

Au contraire, je suis d'avis qu'il incombe à la partie soutenant que la remise en cause de la question constitue un abus de procédure d'indiquer pour quelle raison spéciale c'est le cas. Comme il y a si peu d'affaires dans lesquelles la remise en cause d'une question (en l'absence d'une préclusion) a été rejetée parce qu'il s'agissait d'un abus de procédure, il serait dangereux de tenter de définir en détail quelles sont les circonstances qui mèneraient à une conclusion d'abus de procédure. Les caractéristiques qui tendent à produire ce résultat comprennent clairement le fait que le premier procès a eu lieu devant le tribunal le plus approprié ou entre les parties les plus appropriées pour trancher la question, ou que l'objet de la tentative de remise en cause n'est pas le véritable motif pour lequel on tente d'obtenir le redressement demandé dans la seconde action, mais plutôt une fin indirecte.

Il s'agirait, selon moi, d'un geste des plus exceptionnels que de radier la totalité ou une partie d'une défense dans une action commerciale, ou de refuser de donner l'autorisation de modifier la défense dans une telle action, juste parce que la question qui est soulevée ou que l'on tente de soulever a été tranchée dans une autre action commerciale engagée contre le même défendeur, mais par un demandeur différent. Le fait que la première action a été conduite équitablement et que la question en litige a fait l'objet de longs témoignages et arguments ne serait pas, selon moi, suffisant en soi pour priver le défendeur de son droit normal de soulever une question quelconque que rien ne l'empêche de soulever.

Par ailleurs, si, dans l'instance antérieure, le défendeur se trouvait dans une situation désavantageuse avec laquelle il ne serait pas aux prises dans les instances ultérieures, c'est là une raison concrète pour ne pas le priver de la possibilité de soulever à nouveau la question. [Non souligné dans l'original.]

[78] In his separate reasons in *Bragg*, Stephenson L.J. also concluded that the attempt by one of the defendants to put forward amendments to its defence before trial did not constitute an abuse of process. At page 139, he states:

It would be a strong thing for a Judge to refuse to allow a party to put forward by amendment before trial a clearly arguable defence to a plaintiff's claim, and to refuse it as an abuse of the process of the Court on the single ground that it had already been litigated and decided against the party in earlier proceedings brought by another plaintiff. It would be a still stronger thing for an appeal Court to reverse a Judge's decision, in the exercise of his discretion to allow amendments, that the defendant was not abusing the process of the Court.

Yet it is the duty of the Judge and the Court of Appeal to shut out the defence if it is an abuse of the Court's procedure to repeat it, in accordance with decisions of this Court. . . . Every repetition of a defence (or claim) may be said to amount to a collateral attack on a previous judicial decision, and to invite those derogatory references to "a side wind" or "a back door" which are in favour with advocates whose clients are not open to a frontal attack. But in my judgment it is only those defences (or claims) that are sham and not honest and not bona fide which abuse the process of the Court and call for the exercise of its inherent jurisdiction to prevent such abuse . . . [Emphasis added.]

[79] The third member of the *Bragg* panel, Kerr L.J., at page 137, summed up the authorities as follows:

To take the authorities first, it is clear that an attempt to relitigate in another action issues which have been fully investigated and decided in a former action *may* constitute an abuse of process, quite apart from any question of *res judicata* or issue estoppel on the ground that the parties or their privies are the same. It would be wrong to attempt to categorize the situations in which such a conclusion would be appropriate. However, it is significant that in the cases to which we were referred, where this conclusion was reached, the attempted relitigation had no other purpose than what Lord Diplock described as:

[78] Dans les motifs distincts qu'il a rendus dans l'arrêt *Bragg*, le lord-juge Stephenson a conclu aussi que la tentative faite par l'une des défenderesses pour présenter des modifications à sa défense avant le procès ne constituait pas un abus de procédure. À la page 139, il déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Il serait excessif de la part d'un juge de refuser de permettre à une partie de présenter, par voie de modification avant le procès, une défense manifestement plausible contre une demande d'un demandeur, et de rejeter cette défense, en tant qu'abus des procédures de la Cour, pour le seul motif que la question a déjà été mise en cause et tranchée à l'encontre de cette partie dans une instance antérieure engagée par un autre demandeur. Il serait plus excessif encore de la part d'une cour d'appel d'annuler la décision qu'un juge a prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'autoriser des modifications et selon laquelle le défendeur n'abusait pas des procédures de la Cour.

Pourtant, il incombe au juge et à la Cour d'appel d'exclure la défense si le fait de la répéter constitue un abus des procédures de la Cour, conformément aux décisions de la présente Cour [. . .] On peut dire que chaque répétition d'une défense (ou d'une demande) est assimilable à une attaque indirecte contre une décision judiciaire antérieure, et qu'elle donne ouverture aux références dérogatoires à ce genre d'attaque que privilégient les avocats dont les clients ne pas en faveur d'une attaque directe. Mais, selon moi, ce ne sont que les défenses (ou les demandes) fictives, malhonnêtes et de mauvaise foi qui constituent un abus des procédures de la Cour et qui exigent que celle-ci exerce sa compétence inhérente pour prévenir de tels abus. [Non souligné dans l'original.]

[79] Le troisième membre de la Cour saisie de l'affaire *Bragg*, le lord-juge Kerr, résume comme suit la jurisprudence, à la page 137 :

[TRADUCTION] Si l'on examine tout d'abord la jurisprudence, il est évident qu'une tentative de débattre à nouveau dans une autre instance des questions qui ont été pleinement examinées et tranchées dans une instance antérieure *peut* constituer un abus de procédure, indépendamment de toute question relative à l'exception de la chose jugée ou à l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige au motif que les parties ou leurs intérêts sont les mêmes. Il serait erroné de tenter de catégoriser les situations dans lesquelles une telle conclusion s'appliquerait. Cependant, il est important que dans les causes auxquelles on nous a renvoyés, et où cette conclusion a été tirée, la tentative de remise en cause n'avait pas de fin autre que celle que lord Diplock a décrite comme suit :

. . . mounting a collateral attack upon a final decision . . . which has been made by another court of competent jurisdiction in previous proceedings in which . . . (the party concerned) had a full opportunity of contesting the decision of the court by which it was made.

[80] What clearly stands out from the authorities is that there is no hard and fast rule for the application of the doctrine of abuse of process. Whether or not the doctrine will find application in a given case depends on the particular facts of that case. I would, however, add that the remarks of Auld L.J. in *Bradford & Bingley*—to the effect that “mere ‘re’-litigation, in circumstances not giving rise to cause of action or issue estoppel, does not necessarily give rise to abuse of process” (at page 1492) and that “[S]ome additional element is required, such as a collateral attack on a previous decision” (at page 1493)—must be correct.

[81] Needless to say, courts must be cautious in concluding that relitigation constitutes an abuse of process. At page 1496 in *Bradford & Bingley*, Auld L.J. dealt with that point in the following terms:

The need for caution

A further pointer in the direction of requiring the party raising the issue of abuse to establish it, and against that of obligating the claimant to persuade the court that there are “special circumstances for his “re”-litigation, is the need for caution before striking out claims without a full hearing on their merits and demerits. May L.J. said in *Manson v. Vooght* that “it is axiomatic that the court will only strike out a claim as an abuse after most careful consideration.” The following passage from Drake J.’s judgment in *North West Water Ltd. v. Binnie & Partners* [1990] 3 All E.R. 547, 561 is to like effect:

“I find it unreal to hold that the issues raised in two actions arising from identical facts are different *solely* because the parties are different or because the duty of

[. . .] lancer une attaque indirecte contre une décision finale [. . .] qui a été rendue par une autre cour compétente dans une instance antérieure dans laquelle [. . .] (la partie concernée) a eu amplement l’occasion de contester la décision de la Cour par laquelle elle a été rendue.

[80] Il ressort clairement de la jurisprudence qu’il n’existe aucune règle absolue concernant l’application de la doctrine de l’abus de procédure. La question de savoir si cette dernière s’appliquera dans une cause donnée ou non dépend des faits particuliers de cette dernière. J’ajouterais cependant que les remarques du lord-juge Auld, dans l’arrêt *Bradford & Bingley*—à savoir que : [TRADUCTION] « une simple remise en cause, dans des circonstances ne donnant pas ouverture à une irrecevabilité résultant de l’identité des causes d’action ou à une irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige, ne donne pas forcément lieu à un abus de procédure » (à la page 1492) et que [TRADUCTION] « il faut qu’il y ait un élément additionnel, comme une attaque indirecte contre une décision antérieure » (à la page 1493)—sont forcément correctes.

[81] Il va sans dire que les tribunaux doivent être prudents lorsqu’ils concluent qu’une remise en cause constitue un abus de procédure. Dans l’arrêt *Bradford & Bingley*, précité, à la page 1496, le lord-juge Auld traite de cette question en ces termes :

[TRADUCTION]

La nécessité de faire preuve de prudence

Un autre élément qui dénote qu’il est nécessaire que la partie qui soulève la question de l’abus établisse cette dernière, et qu’il ne faut pas obliger le demandeur à convaincre le tribunal qu’il y a « des circonstances spéciales à sa remise en cause », est la nécessité de faire preuve de prudence avant d’annuler une demande sans prendre entièrement connaissance du pour et du contre de cette dernière. Le lord-juge May a déclaré dans la décision *Manson c. Vooght* qu’il « est évident que le tribunal n’annulera une demande pour cause d’abus qu’après un examen des plus attentifs ». Le passage suivant, tiré du jugement du juge Drake dans la décision *North West Water Ltd. v. Binnie & Partners* [1990] 3 All E.R. 547, 561, dit à peu près la même chose :

« Il est irréal, selon moi, de déclarer que les questions soulevées dans deux actions découlant de faits identiques sont différentes uniquement parce que les parties sont

care owed to different persons is in law different. However, I at once stress my use of the word ‘solely.’ I think that great caution must be exercised before shutting out a party from putting forward his case on the grounds of issue estoppel or abuse of process. Before doing so the court should be quite satisfied that there is no real or practical difference between the issues to be litigated in the new action and that already decided, and the evidence which may properly be called on those issues in a new action.” [Emphasis added.]

[82] The question is then whether, in the circumstances of this case, the appellant should be stopped in its tracks. As the question cannot be answered without taking a close look at the NOC Regulations, I now move on to that task.

[83] As the appellant suggests—correctly, in my view—the NOC Regulations have features which distinguish them from other proceedings and, in particular, from actions on infringement or actions seeking a declaration that a patent is invalid. Proceedings under the NOC Regulations proceed by way of a notice of application. Discovery, either oral or documentary, is not available nor is *viva voce* evidence admissible. The NOA served upon the patentee by the generic manufacturer defines and limits the issues which will be before the Court.

[84] Another relevant feature of the NOC Regulations is the fact that a patentee has only 45 days from service of the NOA to commence its application for an order of prohibition and that the matter must be concluded within 24 months thereof. Further, the patentee has no right to file reply evidence, which approach is substantially different from that prevailing in infringement proceedings, where the party alleging invalidity has the burden of proof.

différentes ou parce que l’obligation de diligence envers des personnes différentes est différente en droit. Cependant, je souligne l’emploi que je fais du mot “uniquement”. Je crois qu’il convient de faire preuve d’une grande prudence avant d’empêcher une partie de présenter ses arguments pour cause de préclusion découlant d’une question déjà tranchée ou d’abus de procédure. Avant de ce faire, le tribunal doit être bien convaincu qu’il n’y a pas de différence réelle ou pratique entre, d’une part, les questions à trancher dans la nouvelle action et celles qui ont déjà été tranchées et, d’autre part, les éléments de preuve qui peuvent être produits à juste titre sur ces questions dans une nouvelle action. » [Non souligné dans l’original.]

[82] La question consiste donc à savoir si, dans les circonstances de l’espèce, il faudrait empêcher l’appelante de poursuivre l’affaire. Comme il est impossible de répondre à cette question sans examiner de près le Règlement, c’est donc ce que je vais faire maintenant.

[83] Comme le laisse entendre l’appelante—avec raison, selon moi—le Règlement comporte des caractéristiques qui le distinguent d’autres procédures et, en particulier, des actions en contrefaçon ou des actions sollicitant une déclaration d’invalidité d’un brevet. Les procédures visées par le Règlement sont engagées au moyen d’un avis de demande. Il ne peut pas y avoir d’interrogatoire préalable, donc on ne peut recueillir aucun témoignage, ni faire produire aucun document et les témoignages de vive voix ne sont pas admissibles non plus. L’avis d’allégation que signifie au breveté le fabricant de médicaments génériques définit et circonscrit les questions dont la Cour sera saisie.

[84] Une autre caractéristique pertinente du Règlement est le fait qu’un breveté ne dispose que d’un délai de 45 jours à compter de la date de signification de l’avis d’allégation pour présenter sa demande d’ordonnance d’interdiction et, en outre, que l’affaire doit être réglée dans les 24 mois suivants. Par ailleurs, le breveté n’a pas le droit de déposer des contre-preuves, et il s’agit là d’une approche nettement différente de celle qui prévaut dans les instances en contrefaçon, où le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la partie qui allègue l’invalidité.

[85] Hence, under the NOC Regulations, the Court must decide, on a summary basis, whether the Minister should be prohibited from issuing an NOC to a particular generic manufacturer for a particular product. That is precisely the order which Mactavish J. rendered in *Aventis Pharma*. She did not finally decide the issue of the validity of the '206 patent.

[86] It is of interest to point out that pursuant to paragraph 7(2)(b) of the NOC Regulations, where a declaration of non-infringement or invalidity is granted, the statutory stay is terminated. Thus, although the NOC Regulations recognize the link between proceedings under the NOC Regulations and those under an action, they are silent with respect to the consequences of a decision which allows a generic company to obtain an NOC. Accordingly, even if the Court concludes that an allegation of invalidity by a generic is justified, the NOC Regulations do not provide for nor permit the delisting of the patent. Furthermore, the NOC Regulations do not contain any provision permitting a generic to allege invalidity in its NOA on the ground that a similar allegation by another generic has been found to be justified.

[87] This Court, on a number of occasions, has held that a decision under the NOC Regulations does not finally determine the issues of the validity of the patent or the infringement thereof. In *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), Strayer J.A., writing for the Court, remarked as follows at pages 599-600:

It will be noted that the Regulations nowhere create or abolish any rights of action between the parties: instead they confer a right on the patentee to bring an application for prohibition against the Minister of National Health and Welfare. That is, the Regulations pertain to public law, not private rights of action. Of course the real adversary in such a prohibition proceeding is the generic company which served the notice of allegation.

[85] Par conséquent, en vertu du Règlement, la Cour doit décider, de façon sommaire, s'il faut interdire au ministre de délivrer à un fabricant de médicaments génériques particulier un avis de conformité concernant un produit particulier. C'est exactement l'ordonnance que la juge Mactavish a rendue dans la décision *Aventis Pharma*. Elle n'a pas tranché de façon définitive la question de la validité du brevet '206.

[86] Il est intéressant de signaler que, aux termes de l'alinéa 7(2)(b) du Règlement, lorsqu'une déclaration d'absence de contrefaçon ou d'invalidité est accordée, il est mis fin au sursis prévu par la loi. Par conséquent, même si le Règlement reconnaît le lien qui existe entre les procédures engagées dans le cadre du Règlement et celles qui sont engagées dans le cadre d'une action, rien n'y est dit au sujet des conséquences d'une décision qui permet à un fabricant de médicaments génériques d'obtenir un avis de conformité. De ce fait, même si la Cour conclut qu'une allégation d'invalidité de la part d'un fabricant de médicaments génériques est justifiée, le Règlement ne prévoit, ni ne permet la radiation du brevet du registre des brevets. En outre, il ne comporte aucune disposition permettant à un fabricant de médicaments génériques d'alléguer une invalidité dans son avis d'allégation au motif qu'il a été conclu qu'une allégation semblable, de la part d'un autre fabricant de médicaments génériques, était justifiée.

[87] La Cour a décrété à un certain nombre de reprises qu'une décision rendue en vertu du Règlement ne tranche pas de manière définitive les questions de validité du brevet ou de contrefaçon de ce dernier. Dans l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), le juge Strayer, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, fait remarquer ce qui suit, aux pages 599 et 600 :

Soulignons qu'aucune des dispositions du Règlement ne crée ni n'abolit les droits d'action des parties l'une contre l'autre : elles confèrent plutôt au breveté le droit de présenter une demande de prohibition contre le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. Le Règlement ressortit donc au droit public et ne vise pas les droits d'action privés. La véritable partie opposée dans le cadre d'une telle procédure en prohibition est évidemment la société générique qui a signifié l'avis d'allégation.

If the Governor in Council had intended by these Regulations to provide for a final determination of the issues of validity or infringement, a determination which would be binding on all private parties and preclude future litigation of the same issues, it surely would have said so. This Court is not prepared to accept that patentees and generic companies alike have been forced to make their sole assertion of their private rights through the summary procedure of a judicial review application. As the Regulations direct that such issues as may be adjudicated at this time must be addressed through such a process, this is a fairly clear indication that these issues must be limited or preliminary in nature. If a full trial of validity or infringement issues is required this can be obtained in the usual way of commencing an action. [Emphasis added.]

(See also the authorities referred to by Sexton J.A., at paragraph 36 *in fine* of his reasons.)

[88] In this regard, it is interesting to note that recently in *Janssen-Ortho v. Novopharm Ltd.* (2006), 57 C.P.R. (4th) 6, Hughes J. of the Federal Court concluded that the patent at issue was valid, notwithstanding that in the context of the NOC Regulations, Mosley J. (in *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2004), 35 C.P.R. (4th) 353 (F.C.)) had held that the generic manufacturer's allegations of invalidity regarding the same patent were justified. More particularly, in *Janssen-Ortho*, Mr. Justice Hughes, at paragraph 116, made the following remarks:

I appreciate that this finding is different than that arrived at by my brother, Mosley J., in the earlier NOC proceeding between these parties. He did not have the benefit of the extensive evidence that I now have before me, nor of seeing and hearing the witnesses in person.

[89] That is the context in which the appellant's application finds itself. In stating why I believe this case is not one where the doctrine of abuse of process should apply, I will deal with the grounds put forward by my colleague in reaching a different conclusion.

[90] It is not disputed that there is no *res judicata*, cause of action or issue estoppel in the present matter.

Si, en prenant ce Règlement, le gouverneur en conseil avait eu l'intention de prévoir le prononcé d'une décision définitive sur la validité et la contrefaçon d'un brevet, qui lierait toutes les parties privées et empêcherait tout litige ultérieur visant les mêmes questions, il l'aurait sûrement exprimée. Le tribunal n'est pas disposé à accepter l'hypothèse voulant que les brevetés et les sociétés génériques soient forcés de faire valoir leurs droits privés uniquement au moyen de la procédure sommaire de demande de contrôle judiciaire. Étant donné que le Règlement dispose que les questions qui peuvent être tranchées à cette étape seront examinées dans le cadre d'une telle procédure, il est donc assez clair que ces questions sont obligatoirement de nature limitée ou préliminaire. Si l'instruction complète des questions de validité et de contrefaçon est nécessaire, on peut procéder de la façon habituelle en intentant une action. [Non souligné dans l'original.]

(Voir aussi les décisions jurisprudentielles auxquelles le juge Sexton a fait référence au paragraphe 36 *in fine* de ses motifs.)

[88] À cet égard, il est intéressant de signaler que, récemment, dans la décision *Janssen-Ortho c. Novopharm Ltd.*, 2006 CF 1234, le juge Hughes, de la Cour fédérale, a conclu que le brevet en litige était valide, même si, dans le contexte du Règlement, le juge Mosley (dans *Janssen-Ortho c. Novopharm Ltd.*, 2004 CF 1631) avait décrété que les allégations d'invalidité du fabricant de médicaments génériques à propos du même brevet étaient justifiées. Plus précisément, dans la décision *Janssen-Ortho*, le juge Hughes fait remarquer ce qui suit, au paragraphe 116 :

Je reconnais que cette conclusion est différente de celle à laquelle mon frère le juge Mosley était arrivé dans le litige précédent d'avis de conformité entre ces deux parties. Il n'a pu bénéficier des nombreux témoignages qui sont maintenant devant moi, ni des témoignages en personne.

[89] Voilà le contexte dans lequel se situe la demande de l'appelante. En déclarant pourquoi je crois que cette affaire n'est pas du genre de celle qui devrait tomber sous le coup de la doctrine de l'abus de procédure, je traiterai des motifs qu'a invoqués mon collègue pour arriver à une conclusion différente.

[90] Nul ne conteste que, en l'espèce, les principes de l'autorité de la chose jugée ou de l'irrecevabilité

Further, as my colleague says in his reasons, the issue in this case is that of sound prediction, i.e. a question of fact. As a result, should this matter go to a hearing on the merits, the trier of fact would not be bound by the decision of Mactavish J. in *Aventis Pharma*, and consequently, could conclude in favour of the appellant. As this Court stated in *J.M. Voith GmbH v. Beloit Corp.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 322 (F.C.A.), at page 330:

While a finding of fact in another proceeding, approved by an appellate court whose judgments are binding, may call for particular reflection before a contrary finding is made, it remains that the question is whether the second finding is supportable on the evidence properly before the second trial judge.

[91] My review of the authorities satisfies me that the relitigating of an issue with a different party is not, *per se*, an abuse of process. There must be, in the words of Auld L.J. in *Bradford & Bingley*, “[s]ome additional element.” In my view, there is no such element present in this case.

[92] First, let me give two examples of what courts have found to be the “additional element” sufficient to bring about the application of the doctrine of abuse of process where a party was attempting to relitigate an issue. In *C.U.P.E.*, the issue before the Supreme Court was whether a labour arbitrator could, in the context of a grievance, reconsider the issue of guilt of a person convicted of sexual assault and, as a result, dismissed from his employment. In concluding that the person’s guilt could not be relitigated, the Supreme Court applied the doctrine because Mr. Oliver, a recreation instructor employed by the City of Toronto who had been found guilty of sexually assaulting a boy under his supervision, was attempting to adduce before the arbitrator evidence proving his innocence with respect to the charges for which he had been convicted to 15 months in prison.

résultant de l’identité des causes d’action ou des questions en litige ne s’appliquent pas. En outre, comme l’indique mon collègue dans ses motifs, la question en litige est celle de la prédiction valable, c’est-à-dire une question de fait. Par conséquent, si l’affaire était entendue sur le fond, le juge des faits ne serait pas lié par la décision de la juge Mactavish dans la décision *Aventis Pharma*, et, par conséquent, il pourrait se prononcer en faveur de l’appelante. Comme l’a déclaré la présente Cour dans l’arrêt *J.M. Voith GmbH c. Beloit Corp.*, [1991] A.C.F. n° 503 (C.A.) (QL), à la page 20 :

Alors qu’une conclusion sur les faits tirée dans une autre instance et confirmée par une juridiction d’appel dont les décisions font jurisprudence, peut forcer à réfléchir avant de tirer une conclusion contraire, il demeure qu’il faut examiner si celle-ci est défendable à la lumière des preuves régulièrement administrées devant le second juge de première instance.

[91] L’examen que j’ai fait de la jurisprudence me convainc que la remise en cause d’une question avec une partie différente ne constitue pas, en soi, un abus de procédure. Il doit y avoir, comme l’a indiqué le lord-juge Auld dans l’arrêt *Bradford & Bingley*, [TRADUCTION] « un élément additionnel ». Selon moi, ce n’est pas le cas en l’espèce.

[92] Premièrement, voici deux exemples de ce que les tribunaux ont considéré comme l’« élément additionnel » suffisant pour faire déclencher l’application de la doctrine de l’abus de procédure dans un cas où une partie tentait de débattre à nouveau une question. Dans l’arrêt *S.C.F.P.*, la Cour suprême avait à décider si un arbitre du travail pouvait, dans le contexte d’un grief, réexaminer la question de la culpabilité d’une personne reconnue coupable d’agression sexuelle et, qui, pour cette raison, fut congédiée. Concluant que l’on ne pouvait pas débattre à nouveau la question de culpabilité de la personne, la Cour suprême a appliqué la doctrine parce que M. Oliver, un instructeur en loisirs au service de la Ville de Toronto qui avait été reconnu coupable d’agression sexuelle à l’endroit d’un garçon qu’il supervisait, tentait de produire devant l’arbitre une preuve de son innocence à l’égard des accusations pour lesquelles il avait été condamné à une peine d’emprisonnement de 15 mois.

[93] After a careful review of the relevant case law on abuse of process, Arbour J. held, at paragraph 54 of her reasons that the considerations which arise in the case law “are particularly apposite when the attempt is to relitigate a criminal conviction. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter.” She goes on to say, at paragraphs 56-58:

I am of the view that the facts in this appeal point to the blatant abuse of process that results when relitigation of this sort is permitted. The grievor was convicted in a criminal court and he exhausted all his avenues of appeal. In law, his conviction must stand, with all its consequent legal effects. Yet as pointed out by Doherty J.A. (at para. 84):

Despite the arbitrator’s insistence that he was not passing on the correctness of the decision made by Ferguson J., that is exactly what he did. One cannot read the arbitrator’s reasons without coming to the conclusion that he was convinced that the criminal proceedings were badly flawed and that Oliver was wrongly convicted. This conclusion, reached in proceedings to which the prosecution was not even a party, could only undermine the integrity of the criminal justice system. The reasonable observer would wonder how Oliver could be found guilty beyond a reasonable doubt in one proceeding and after the Court of Appeal had affirmed that finding, be found in a separate proceeding not to have committed the very same assault. That reasonable observer would also not understand how Oliver could be found to be properly convicted of sexually assaulting the complainant and deserving of 15 months in jail and yet also be found in a separate proceeding not to have committed that sexual assault and to be deserving of reinstatement in a job which would place young persons like the complainant under his charge.

As a result of the conflicting decisions, the City of Toronto would find itself in the inevitable position of having a convicted sex offender reinstated to an employment position where he would work with the very vulnerable young people he was convicted of assaulting. An educated and reasonable public would presumably have to assess the likely correctness of one or the other of the adjudicative findings regarding the guilt of the convicted grievor. The authority and finality of judicial decisions are designed precisely to eliminate the need for such an exercise.

In addition, the arbitrator is considerably less well equipped than a judge presiding over a criminal court—or the

[93] Après avoir examiné avec soin la jurisprudence concernant les abus de procédure, la juge Arbour a déclaré, au paragraphe 54 de ses motifs, que les considérations qui se présentent dans la jurisprudence « revêtent une pertinence particulière s’agissant de la tentative de remettre en cause une déclaration de culpabilité. Mettre en doute la validité d’une déclaration de culpabilité est une action très grave ». Et, a-t-elle ajouté, aux paragraphes 56 à 58 :

À mon avis, les faits de la présente espèce illustrent l’abus flagrant de procédure qui résulte de l’autorisation de ce type de remise en cause. L’employé avait été déclaré coupable par un tribunal criminel et il avait épuisé toutes les voies d’appel. La déclaration de culpabilité était valide en droit, avec tous les effets juridiques en découlant. Pourtant, comme l’a signalé le juge Doherty (au par. 84) :

[TRADUCTION] Même si l’arbitre s’est défendu d’avoir examiné le bien-fondé de la décision du juge Ferguson, c’est exactement ce qu’il a fait. Il est impossible de ne pas conclure, à la lecture des motifs de l’arbitre, qu’il avait la conviction que l’instance criminelle était entachée de graves erreurs et qu’Oliver avait été condamné à tort. Cette conclusion tirée à l’occasion d’une instance à laquelle la poursuite n’était pas même partie ne peut porter atteinte à l’intégrité du système de justice criminel. Tout observateur sensé se demanderait comment il se peut qu’un tribunal ait conclu hors de tout doute raisonnable qu’Oliver était coupable, et qu’après confirmation du verdict par la Cour d’appel, il soit déterminé, dans une autre instance, qu’il n’a pas commis cette même agression. Cet observateur ne comprendrait pas non plus qu’Oliver ait pu à bon droit être reconnu coupable d’agression sexuelle contre le plaignant et condamné à quinze mois d’emprisonnement, mais qu’une autre instance donne lieu à la conclusion qu’il n’a pas commis l’agression sexuelle et qu’il doit être réintégré dans des fonctions où des jeunes comme le plaignant seraient placés sous sa surveillance.

Ces décisions contradictoires mettraient inévitablement la Ville de Toronto dans une situation où une personne condamnée pour agression sexuelle est rétablie dans un emploi qui la met en contact avec des jeunes très vulnérables comme la victime de l’agression dont elle a été déclarée coupable. On peut supposer que cela induirait le public informé et sensé à évaluer le bien-fondé de l’un ou l’autre des jugements relatifs à la culpabilité de l’employé. L’autorité et l’irrévocabilité des décisions de justice visent précisément à éliminer la nécessité d’un tel exercice.

De plus, l’arbitre est beaucoup moins en mesure de rendre une décision correcte sur la culpabilité que le juge président

jury —, guided by rules of evidence that are sensitive to a fair search for the truth, an exacting standard of proof and expertise with the very questions in issue, to come to a correct disposition of the matter. Yet the arbitrator's conclusions, if challenged, may give rise to a less searching standard of review than that of the criminal court judge. In short, there is nothing in a case like the present one that militates against the application of the doctrine of abuse of process to bar the relitigation of the grievor's criminal conviction. The arbitrator was required as a matter of law to give full effect to the conviction. As a result of that error of law, the arbitrator reached a patently unreasonable conclusion. Properly understood in the light of correct legal principles, the evidence before the arbitrator could only lead him to conclude that the City of Toronto had established just cause for Oliver's dismissal. [Emphasis added.]

[94] In my view, there is simply no possible comparison between the circumstances which led the Supreme Court in *C.U.P.E.*, to conclude that the doctrine of abuse of process applied and the circumstances in the present matter. In *C.U.P.E.*, the Supreme Court found that the arbitrator was bound, as a matter of law, to give effect to the criminal conviction. Hence, the arbitrator could not conclude that Mr. Oliver had not been dismissed for just cause. Further, Arbour J., at paragraph 56 of her reasons, cited with approval the words of Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal to the effect that the “reasonable observer” would find it odd that Mr. Oliver could be found guilty beyond a reasonable doubt in a criminal proceeding but found to be innocent in a labour arbitration of having committed the very act which led to his conviction.

[95] It is thus clear, in my view, on the facts which prevailed in *C.U.P.E.*, that no other conclusion was possible. The Supreme Court could not allow a finding by the arbitrator that Mr. Oliver had not committed the acts in respect of which he had been convicted in a criminal court.

[96] My second example is that found in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 251 (F.C.T.D.), where Sharlow J. (as she then was)

une instance criminelle—ou que le jury —, qui dispose pour le guider de règles de preuve axées sur la recherche équitable de la vérité ainsi que d'une norme de preuve exigeante, et qui a l'expérience des questions en cause. Qui plus est, la norme de contrôle applicable aux conclusions de l'arbitre, en cas de contestation, est moins exigeante que celle qui s'applique aux décisions des juges de cours criminelles. Bref, il n'y a rien, dans une affaire comme la présente espèce, qui milite contre l'application de la doctrine de l'abus de procédure pour interdire la remise en cause de la déclaration de culpabilité de l'employé. L'arbitre était juridiquement tenu de donner plein effet à la déclaration de culpabilité. L'erreur de droit qu'il a commise lui a fait tirer une conclusion manifestement déraisonnable. S'il avait bien compris la preuve et tenu compte des principes juridiques applicables, il n'aurait pu faire autrement que de conclure que la Ville de Toronto avait démontré l'existence d'un motif valable pour le congédiement d'Oliver. [Non souligné dans l'original.]

[94] À mon avis, il n'y a tout simplement aucune comparaison possible entre les circonstances qui ont amené la Cour suprême, dans l'affaire *S.C.F.P.*, à conclure que la doctrine de l'abus de procédure s'appliquait et les circonstances dont il question en l'espèce. Dans l'arrêt *S.C.F.P.*, la Cour suprême a conclu que l'arbitre était tenu, en droit, de donner effet à la condamnation au criminel. Ce dernier ne pouvait donc pas conclure que M. Oliver n'avait pas été congédié pour un motif valable. En outre, la juge Arbour, au paragraphe 56 de ses motifs, a cité, en y souscrivant, les propos du juge d'appel Doherty, de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lesquels tout « observateur sensé » trouverait curieux que M. Oliver puisse être trouvé coupable hors de tout doute raisonnable dans une instance criminelle, mais jugé innocent, dans une sentence arbitrale, d'avoir commis le geste même qui avait mené à sa condamnation.

[95] Il est donc clair, selon moi, au vu des faits prévalant dans l'arrêt *S.C.F.P.*, qu'il n'y avait aucune autre conclusion possible. La Cour suprême ne pouvait pas autoriser l'arbitre à conclure que M. Oliver n'avait pas commis les gestes pour lesquels il avait été condamné par un tribunal criminel.

[96] Mon second exemple est celui qui figure dans la décision *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL), où la juge Sharlow

dismissed, as an abuse of process, a patentee's application for an order of prohibition.

[97] Before Sharlow J., the generic drug manufacturer argued that the patentee's application was futile on the ground that on four prior occasions, on facts undistinguishable from those in the case before her, the patentee had failed to obtain an order of prohibition from the Court. On three of these attempts, the application was dismissed after a hearing on the merits. On the fourth one (see: *Hoffmann-La Roche v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 85 C.P.R. (3d) 50 (F.C.T.D.)), the application was dismissed by Rothstein J. (as he then was), whose view it was that the application was an abuse of process. At paragraph 14 of his reasons, Rothstein J. remarked as follows:

In view of the prior decisions involving Nu-Pharm and Apotex and the fact that the evidence filed by the applicants in this application adds nothing new to assist in the construction of the relevant words of the patent, the issue in this litigation is the exact same issue as in the Nu-Pharm and Apotex cases. The applicants for prohibition are the same, the patent at issue is the same, and the notice of allegations are virtually identical. This litigation is an abuse of the process in that it attempts to retry the same issue which has already been determined in three separate proceedings against the applicants. [Emphasis added.]

[98] It is important to note that Rothstein J. dismissed the patentee's application because the issue raised by the application was identical to the one raised in three prior matters in regard to which the evidence adduced "adds nothing new to assist in the construction of the relevant words of the patent". Not only was the issue before the Court one of law, i.e. patent construction, but the application constituted the patentee's fourth attempt to relitigate the same issue.

(maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) a rejeté, en tant qu'abus de procédure, la demande d'un breveté en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction.

[97] Devant la juge Sharlow, le fabricant de médicaments génériques a fait valoir que la demande du breveté était futile parce que, à quatre occasions antérieures, pour des faits impossibles à distinguer de ceux dont il était question dans l'affaire dont elle était saisie, le breveté n'était pas parvenu à obtenir de la Cour une ordonnance d'interdiction. À trois de ces quatre tentatives, la demande avait été rejetée après une audience sur le fond. À la quatrième tentative (voir *Hoffmann-La Roche c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] A.C.F. n° 1706 (1^{re} inst.) (QL)), la demande a été rejetée par le juge Rothstein (alors juge à la Cour fédérale), qui a exprimé l'avis que la demande constituait un abus de procédure. Au paragraphe 14 de ses motifs, le juge Rothstein a fait la remarque suivante :

Compte tenu des décisions déjà rendues au sujet de Nu-Pharm et d'Apotex et du fait que la preuve soumise par les demanderesse dans la présente demande n'ajoute aucun élément nouveau qui pourrait nous aider à interpréter les mots pertinents du brevet, la question en litige dans le présent procès est exactement la même que celle qui était en cause dans les affaires Nu-Pharm et Apotex. Les personnes qui demandent une ordonnance d'interdiction sont les mêmes, le brevet en litige est le même et l'avis d'allégation est pratiquement identique. Le présent procès constitue un abus de procédure, étant donné qu'on tente de faire instruire de nouveau une question qui a déjà été tranchée dans trois instances distinctes et au sujet de laquelle les demanderesse n'ont pas obtenu gain de cause. [Non souligné dans l'original.]

[98] Il est important de signaler que le juge Rothstein a rejeté la demande du breveté parce que la question soulevée par la demande était identique à celle qui avait été soulevée dans trois affaires antérieures à l'égard desquelles la preuve produite « n'ajoute aucun élément nouveau qui pourrait nous aider à interpréter les mots pertinents du brevet ». Non seulement la question soumise à la Cour était-elle une question de droit, c'est-à-dire l'interprétation d'un brevet, mais la demande constituait la quatrième tentative de la part du breveté pour débattre à nouveau la même question.

[99] It is therefore not surprising that Sharlow J. concluded that the patentee's further application was abusive. I do not believe that it was possible for Sharlow J., on the facts before her, to reach any other conclusion.

[100] Other examples could be given to show that there must be more than just relitigation of the same issue to lead to a conclusion of abuse of process. In my view, however, these two examples are sufficient to show that relitigation, *per se*, does not attract the application of the doctrine.

[101] I now proceed to address the grounds upon which Sexton J.A. relies to conclude that the application is an abuse of process. The grounds put forward by my colleague are the following:

a. the possibility of inconsistent decisions will threaten the credibility of the judicial process;

b. the result in the second proceeding will be no more accurate than that reached in the first one;

c. allowing the appellant, and patentees in general, to relitigate an issue fought in a first proceeding will use judicial resources already taxed by "voluminous proceedings brought under the regulations";

d. the appeal is a collateral attack on Mactavish J.'s decision in *Aventis Pharma*;

e. the appellant was obliged to submit all of its evidence regarding the allegations of invalidity of its patent in the first proceeding and cannot now be allowed to adduce additional or different evidence;

f. concluding that the application is an abuse of process does not cause any unfairness to the appellant because it is open to it to commence an infringement action against Apotex or other generic manufacturers who obtain a notice of compliance from the Minister.

[99] Il n'est donc pas surprenant que la juge Sharlow ait conclu que la nouvelle demande du breveté était abusive. Je ne crois pas que la juge Sharlow, au vu des faits dont elle disposait, pouvait tirer une conclusion autre que celle-là.

[100] Il y a d'autres exemples que je pourrais donner pour montrer qu'il doit y avoir plus qu'une simple remise en cause d'une même question pour que l'on tire une conclusion d'abus de procédure. Mais, selon moi, ces deux exemples suffisent pour montrer qu'une remise en cause ne déclenche pas, en soi, l'application de la doctrine.

[101] Voyons maintenant les motifs sur lesquels le juge Sexton se fonde pour conclure que la demande constitue un abus de procédure. Les motifs invoqués par mon collègue sont les suivants :

a. la possibilité que des décisions contradictoires mettent en péril la crédibilité du processus judiciaire;

b. le résultat obtenu dans la seconde instance ne sera pas plus précis que celui qui a été obtenu dans la première;

c. permettre à l'appelante, et aux brevetés en général, de débattre à nouveau une question débattue dans une première instance grèvera des ressources judiciaires déjà grevées par « de très nombreuses instances engagées en vertu du Règlement »;

d. l'appel est une attaque indirecte contre la décision que la juge Mactavish a rendue dans l'affaire *Aventis Pharma*;

e. l'appelante était tenue de produire la totalité de ses éléments de preuve concernant les allégations d'invalidité de son brevet lors de la première instance et on ne peut l'autoriser à produire des éléments additionnels ou différents;

f. le fait de conclure que la demande est un abus de procédure ne cause aucune iniquité à l'appelante parce qu'il est loisible à cette dernière d'engager une action en contrefaçon contre Apotex ou d'autres fabricants de médicaments génériques qui obtiennent du ministre un avis de conformité.

[102] I begin with the possibility of conflicting decisions. It cannot be denied that this is a real possibility and, in fact, there have already been conflicting decisions of the Federal Court on issues of infringement and validity where a patentee, in the context of the NOC Regulations, has litigated the same patent against different generics (see, for example: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [2002] 3 F.C. 221 (T.D.); *affd* (2002), 22 C.P.R. (4th) 1 (F.C.A.); *AB Hassle v. RhoxalPharma Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 298 (F.C.T.D.)).

[103] There is the further fact that patentees and generic manufacturers are not bound by the decisions rendered in the context of the NOC Regulations as concerns the validity of the patents or the infringement thereof.

[104] In my view, conflicting decisions have arisen and will arise on occasion because of the regulatory scheme in place. Under that scheme, judges of the Federal Court are asked to determine, on a summary basis, whether the Minister should be prohibited from issuing an NOC to a generic manufacturer for a specific product. On the evidence adduced in that context, the judge will either prohibit the Minister from issuing the NOC or he will refuse to do so. As a result, the generic manufacturer may or may not obtain an NOC. Such a decision will not, however, determine any other rights or questions. Further, as I pointed out earlier, the NOC Regulations do not allow a generic manufacturer to take advantage of another generic's successful litigation with respect to the same patent.

[105] Be that as it may, the real question, in my view, is whether the possibility of conflicting decisions, in the words of McLachlin J., in *R. v. Scott*, "violate[s] the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency" (at page 1007). This statement is in line with that made by Doherty J.A., quoted by Arbour J., at paragraph 56 of her reasons in *C.U.P.E.*, where he states that the "reasonable observer" would not likely understand how it could be that Mr. Oliver could be reinstated by a

[102] Examinons d'abord le risque de décisions contradictoires. On ne peut pas nier qu'il s'agit là d'une possibilité réelle et, en fait, la Cour fédérale a déjà rendu des décisions contradictoires au sujet de questions de contrefaçon et de validité dans lesquelles un breveté, dans le contexte du Règlement, a débattu le même brevet contre des fabricants de médicaments génériques différents (voir, par exemple : *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2002] 3 C.F. 221 (1^{re} inst.); (conf. par 2002 CAF 421), et *AB Hassle c. RhoxalPharma Inc.*, 2002 CFPI 780).

[103] Il y a par ailleurs le fait que les brevetés et les fabricants de médicaments génériques ne sont pas liés par les décisions que l'on rend dans le contexte du Règlement, relativement à la validité des brevets ou à la contrefaçon de ces derniers.

[104] À mon avis, en raison du régime réglementaire existant, il y a eu des décisions contradictoires et il y en aura d'autres à l'occasion. Selon ce régime, il est demandé aux juges de la Cour fédérale de décider de façon sommaire s'il convient d'interdire au ministre de délivrer à un fabricant de médicaments génériques un avis de conformité concernant un produit particulier. Au vu de la preuve produite dans ce contexte, le juge interdira au ministre de délivrer l'avis de conformité, ou il refusera de le faire. À cause de cela, le fabricant de médicaments génériques obtiendra peut-être—ou non—un avis de conformité. Cependant, cette décision ne tranchera aucun autre droit ou aucune autre question. En outre, comme je l'ai fait remarquer plus tôt, le Règlement ne permet pas à un fabricant de médicaments génériques de tirer avantage du gain de cause qu'a obtenu un autre fabricant de médicaments génériques quant au même brevet.

[105] Quoi qu'il en soit, la véritable question, selon moi, est de savoir si la possibilité de rendre des décisions contradictoires, comme l'a indiqué la juge McLachlin, dans l'arrêt *R. c. Scott*, « [viole] les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société » (à la page 1007). Cette déclaration concorde avec celle du juge Doherty, citée par la juge Arbour au paragraphe 56 de ses motifs dans l'arrêt *S.C.F.P.*, déclaration dans laquelle il affirme que tout « observateur sensé » ne comprendrait

labour arbitrator after having been found guilty beyond a reasonable doubt in criminal proceedings. If I have properly understood what the Supreme Court has said in *C.U.P.E.*, the labour arbitrator could not be allowed to consider Mr. Oliver's evidence concerning the commission of the acts in regard to which he was found guilty because that "would violate the community's sense of fair play and decency."

[106] With respect to the contrary opinion, I cannot see how one could come to a similar conclusion in the present matter, considering that the true cause of the occurrence of conflicting decisions is the regulatory scheme itself. I am therefore satisfied that the possibility of conflicting decisions in the present matter does not and will not threaten the credibility of the judicial process.

[107] The second ground relied upon by my colleague is that there is no likelihood that the second decision will be more accurate than the first one. In my view, that is not a relevant consideration. The second proceeding is litigation between parties which are not the same as in the first proceeding and the trier of fact will decide the issues on the basis of the evidence before him. The fact that the second decision might not be more accurate than the first one does not render the proceedings oppressive or vexatious and will not offend the community's sense of fair play and decency.

[108] The next ground pertains to the use of scarce judicial resources. My first remark is that the "voluminous proceedings" referred to by Sexton J.A., at paragraph 37 of his reasons, are a consequence of the regulatory scheme and not the result of misbehaviour on the part of patentees who are seeking to assert their rights under the NOC Regulations. As a result, I have difficulty with my colleague's proposal that we must stop patentees from relitigating an issue fought against a different generic manufacturer because it will drain our resources. Even if that were the case, it cannot justify a conclusion of abuse of process when the

vraisemblablement pas pourquoi il se pourrait que M. Oliver soit réintégré par un arbitre du travail après avoir été reconnu coupable, hors de tout doute raisonnable, dans une instance criminelle. Si j'ai bien saisi ce que la Cour suprême a déclaré dans l'arrêt *S.C.F.P.*, l'arbitre du travail ne pourrait pas prendre en considération la preuve de M. Oliver concernant la commission des actes à l'égard desquels il avait été reconnu coupable parce que cela violerait « les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société ».

[106] En ce qui concerne l'opinion contraire, je ne vois pas comment on pourrait arriver à une conclusion semblable en l'espèce, étant donné que la cause véritable de l'existence de décisions contradictoires est le régime réglementaire lui-même. Je suis donc convaincu que la possibilité de rendre des décisions contradictoires en l'espèce ne met pas en péril—et ne mettra pas en péril—la crédibilité du processus judiciaire.

[107] Le second motif sur lequel se fonde mon collègue est qu'il n'y a aucune possibilité que la seconde décision soit plus exacte que la première. À mon avis, ce n'est pas là une considération pertinente. La seconde instance est un litige entre des parties qui ne sont pas les mêmes que dans la première, et le juge des faits devra trancher les questions en se fondant sur les éléments de preuve qui lui sont soumis. Le fait que la seconde décision ne soit peut-être pas aussi exacte que la première n'a pas pour effet de rendre l'instance oppressive ou vexatoire et ne portera pas atteinte au sens de l'équité et de la décence de la société.

[108] Le motif suivant a trait à l'utilisation de ressources judiciaires limitées. Ma première remarque est que les « très nombreuses instances » dont fait état le juge Sexton, au paragraphe 37 de ses motifs, sont dues au régime réglementaire et non à un comportement irrégulier de la part de brevetés qui tentent de faire valoir leurs droits en vertu du Règlement. J'ai donc de la difficulté à souscrire à la proposition de mon collègue selon laquelle nous devons empêcher les brevetés de débattre à nouveau une question débattue contre un fabricant de médicaments génériques parce que cela drainera nos ressources. Même si c'était le cas, il est

proceedings are those which the NOC Regulations expressly provide for. Simply put, the NOC Regulations allow patentees to challenge a generic manufacturer's NOA and unless the exercise of their rights amounts to an abuse of process, they should be entitled to have their day in court.

[109] The next ground is that of collateral attack. In my view, the appellant's application does not constitute a collateral attack on the decision of Mactavish J. in *Aventis Pharma*. It must not be forgotten that the order made by Mactavish J. is the dismissal of the order of prohibition sought by the appellant with respect to the obtention by Apotex of an NOC from the Minister. The learned Judge did not dispose of the issues of the patent's validity or of its infringement.

[110] It cannot be said, in my view, that the appellant's application is an attempt to circumvent Mactavish J.'s decision in *Aventis Pharma*. At paragraph 34 of her reasons in *C.U.P.E.*, Arbour J. defined a prohibited collateral attack in the following terms:

Prohibited "collateral attacks" are abuses of the court's process. However, in light of the focus of the collateral attack rule on attacking the order itself and its legal effect, I believe that the better approach here is to go directly to the doctrine of abuse of process.

[111] I am satisfied that Arbour J. disposed of the issue in *C.U.P.E.*, on the ground of abuse of process because of her view that Mr. Oliver's attempt to introduce evidence of his innocence before the labour arbitrator did not constitute a collateral attack on the criminal court's decision.

[112] In the present matter, the appellant does not seek either a reversal, a variation or an annulment of Mactavish J.'s decision. Should this matter go to a hearing on the merits, a successful result for the appellant will not in any way impact on Mactavish J.'s

impossible de justifier une conclusion d'abus de procédure quand les instances sont celles que le Règlement prévoit expressément. Pour dire les choses simplement, le Règlement permet à des brevetés de contester l'avis d'allégation d'un fabricant de médicaments génériques et, à moins que l'exercice de leurs droits équivaille à un abus de procédure, les brevetés devraient avoir le droit d'être entendus en cour.

[109] Le motif suivant est celui de l'attaque indirecte. À mon avis, la demande de l'appelante n'est pas une attaque indirecte contre la décision que la juge Mactavish a rendue dans l'affaire *Aventis Pharma*. Il ne faut pas perdre de vue que l'ordonnance de la juge Mactavish est le rejet de l'ordonnance d'interdiction que l'appelante sollicitait à l'égard de l'obtention, par Apotex, d'un avis de conformité de la part du ministre. La juge n'a pas tranché les questions de validité du brevet ou de contrefaçon de ce dernier.

[110] On ne peut pas dire, selon moi, que la demande de l'appelante est une tentative pour contourner la décision que la juge Mactavish a rendue dans l'affaire *Aventis Pharma*. Au paragraphe 34 de ses motifs, dans l'arrêt *S.C.F.P.*, la juge Arbour définit comme suit ce qu'est une attaque indirecte interdite :

Les « contestations indirectes » prohibées constituent un abus du processus judiciaire. Or, comme la règle qui prohibe les contestations indirectes met l'accent sur la contestation de l'ordonnance elle-même et de ses effets juridiques, la meilleure façon d'aborder la question en l'espèce me paraît être de recourir directement à la doctrine de l'abus de procédure.

[111] Je suis convaincu que, dans l'arrêt *S.C.F.P.*, la juge Arbour a tranché la question en litige pour cause d'abus de procédure parce qu'elle était d'avis que la tentative de M. Oliver d'introduire une preuve de son innocence devant l'arbitre du travail ne constituait pas une attaque indirecte contre la décision de la cour criminelle.

[112] En l'espèce, l'appelante ne sollicite pas une annulation ou une modification de la décision de la juge Mactavish. S'il advient que cette affaire soit soumise à une audition sur le fond, le fait que l'appelante ait gain de cause n'aura aucune incidence sur la décision de la

decision which, I again point out, does not have any effect regarding the issues of validity and infringement.

[113] The next ground is that the patentee was obliged to adduce all of its evidence on the issues raised by Apotex NOA in the first proceeding and that, as a result, it cannot be allowed to relitigate these issues, even on the basis of additional or different evidence, in a second proceeding. In support of that assertion, Sexton J.A. relies on Hansen J.'s decision in *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2001 FCT 16, where the learned Judge held that parties should not be allowed to relitigate an issue by reason of new evidence. In Hansen J.'s view, such an attempt constitutes an abuse of process.

[114] First, I do not believe that Hansen J.'s decision is relevant to the issue before us in this appeal since the parties before her were Glaxo and Apotex, the same parties who had litigated the same issue on a previous occasion (see O'Keefe J.'s decision in *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 73 (F.C.T.D.); aff'd by the Federal Court of Appeal in (2001), 11 C.P.R. (4th) 73). Thus, in that context, I have no difficulty in accepting Hansen J.'s proposition that Glaxo, having litigated a first time the issue against Apotex, should not, as a matter of principle, be allowed to relitigate the same issue on a second occasion.

[115] With respect, however, I do not believe that Hansen J.'s assertion is a correct one where, as here, the parties are not the same as in the first proceeding. If Hansen J.'s view were correct with respect to the situation herein, it would mean that once a party has litigated an issue with A, it could never litigate that issue with B, C or D. That, in my view, cannot be correct.

[116] I now turn to the last ground, i.e. that the dismissal of its application will not cause any unfairness

juge Mactavish qui, je le souligne de nouveau, est sans effet quant aux questions de validité et de contrefaçon.

[113] Le motif suivant est que le breveté était tenu de produire la totalité des éléments de preuve dont il disposait sur les questions soulevées par l'avis d'allégation d'Apotex dans le cadre de la première instance et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de débattre à nouveau ces questions, même sur la foi d'éléments de preuve additionnels différents, dans le cadre d'une seconde instance. À l'appui de cette affirmation, le juge Sexton s'appuie sur la décision qu'a rendue la juge Hansen dans la décision *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2001 CFPI 16, où elle déclare que les parties ne devraient pas être autorisées à débattre à nouveau une question en raison d'éléments de preuve nouveaux. De l'avis de la juge Hansen, une telle tentative constitue un abus de procédure.

[114] Premièrement, je ne crois que pas que la décision de la juge Hansen soit pertinente en l'espèce car les parties qui ont comparu devant elle étaient Glaxo et Apotex, deux parties qui avaient débattu la même question lors d'une occasion précédente (voir la décision du juge O'Keefe dans *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 585 (1^{re} inst.) (QL); conf. par la Cour d'appel fédérale dans 2001 CAF 96). Par conséquent, dans ce contexte, je n'ai aucune difficulté à souscrire à la thèse de la juge Hansen : Glaxo, ayant débattu une première fois la question contre Apotex, ne devrait pas, par principe, être autorisée à débattre à nouveau la même question lors d'une seconde occasion.

[115] En toute déférence, je ne crois cependant pas que l'affirmation de la juge Hansen soit exacte quand, comme c'est le cas en l'espèce, les parties ne sont pas les mêmes que dans la première instance. S'il fallait que la juge Hansen ait raison au sujet de la situation dont il est question en l'espèce, cela voudrait dire qu'une fois qu'une partie aurait débattu une question avec A, jamais elle ne pourrait en faire de même avec B, C ou D. Cela, selon moi, est inexact.

[116] Examinons maintenant le dernier motif, c'est-à-dire que le rejet de la demande ne causera

to the appellant. I cannot agree with that view.

[117] First, the appellant will be deprived of the right given to it under the NOC Regulations to oppose and challenge the respondent's NOA. Second, I do not think that I can be accused of speculating when I say that there is a real possibility that the appellant has or will be commencing proceedings against Apotex with respect to the infringement of the '206 patent. Consequently, there will ultimately be a decision by the Federal Court, after a trial on the merits, with respect to the issues of infringement and validity. I cannot say whether the appellant will succeed or not, but that possibility exists. Hence, there may well be, in the near future, a declaration by the Federal Court that patent '206 is valid. Should that situation occur, would this Court still be of the view that the appellant's attempt to obtain an order prohibiting the Minister from issuing an NOC to a generic drug manufacturer in respect of the '206 patent amounts to abuse of process? With respect, I do not think so.

[118] Further, should the appellant succeed on an action for infringement against Apotex, it will have been deprived in the interval, by reason of the order which Sexton J.A. proposes we make, of its right to challenge NOAs received from generic drug manufacturers, including the one made by Novopharm.

[119] To sum up, I conclude that this is not a case where the doctrine of abuse of process should be applied. First, the parties to the proceedings herein are not the same as those that were before Mactavish J. in *Aventis Pharma*. Second, the issue herein and that before Mactavish J. is primarily one of fact and, as a result, it would be open to the trier of fact in this proceeding to come to a different conclusion. Third, the appellant, in seeking to prohibit the Minister from issuing an NOC to Novopharm, is simply exercising its rights under the NOC Regulations which, as I have explained, do not expressly or implicitly prevent a patentee from relitigating an issue previously litigated against another generic drug manufacturer. Fourth, there

aucune iniquité à l'appelante. Je ne souscris pas à cette opinion.

[117] Premièrement, l'appelante sera privée du droit que lui confère le Règlement de s'opposer à l'avis d'allégation de l'intimée et de le contester. Deuxièmement, je ne crois pas que l'on puisse m'accuser de faire une conjecture quand je dis qu'il y a une réelle possibilité que l'appelante a engagé ou engagera des procédures contre Apotex au sujet de la contrefaçon du brevet '206. Par conséquent, la Cour fédérale se prononcera en fin de compte, après un procès sur le fond, au sujet des questions de contrefaçon et de validité. Je ne puis dire si l'appelante aura gain de cause ou non, mais il est possible que oui. Il se peut donc fort bien que, dans l'avenir rapproché, la Cour fédérale déclare que le brevet '206 est valide. S'il fallait que cela arrive, la présente Cour serait-elle encore d'avis que la tentative de l'appelante visant l'obtention d'une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques au sujet du brevet '206 équivaut à un abus de procédure? En toute déférence, je ne le crois pas.

[118] En outre, s'il fallait que l'appelante ait gain de cause dans une action en contrefaçon contre Apotex, elle aura été privée dans l'intervalle, à cause de l'ordonnance que le juge Sexton se propose de rendre, de son droit de contester l'avis d'allégation reçu de fabricants de médicaments génériques, y compris l'avis d'allégation de Novopharm.

[119] En résumé, je conclus que nous n'avons pas affaire ici à une situation où il faudrait appliquer la doctrine de l'abus de procédure. Premièrement, les parties à la présente instance ne sont pas les mêmes que celles qui ont comparu devant la juge Mactavish dans l'affaire *Aventis Pharma*, précitée. Deuxièmement, la question qui est en litige en l'espèce et celle qui a été soumise à la juge Mactavish sont principalement des questions de fait et, par conséquent, il serait loisible au juge des faits dans la présente instance de tirer une conclusion différente. Troisièmement, en cherchant à interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à Novopharm, l'appelante exerce simplement les droits que lui accorde le Règlement, lequel, comme je l'ai

is no “additional element” in the present matter which would make of the appellant’s application an abuse of process. Contrary to the situation in *Hoffmann-La Roche*, it cannot be said that in litigating a second time the issue which it litigated against Apotex in *Aventis Pharma*, the appellant’s conduct calls for the application of the doctrine of abuse of process. Fifth, it cannot be concluded that the proceedings commenced by the appellant, following service of Novopharm’s NOA, are either oppressive or vexatious.

[120] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court dated September 25, 2006 and I would reinstate the order of Prothonotary Milczynski dated May 8, 2006 which dismissed Novopharm’s motion for summary dismissal of the appellant’s application for an order of prohibition. I would also allow the appellant (Sanofi-Aventis Canada Inc. and Schering Corporation) its costs on this appeal and in the proceedings below.

expliqué, n’empêche pas expressément ou implicitement un breveté de débattre à nouveau une question déjà plaidée contre un autre fabricant de médicaments génériques. Quatrièmement, il n’y a en l’espèce aucun « élément additionnel » qui ferait de la demande de l’appelante un abus de procédure. Contrairement à la situation dont il était question dans l’affaire *Hoffmann-La Roche*, on ne peut pas dire qu’en remettant en cause la question débattue contre Apotex dans l’affaire *Aventis Pharma*, la conduite de l’appelante déclenche l’application de la doctrine de l’abus de procédure. Cinquièmement, on ne peut pas conclure que l’instance engagée par l’appelante, à la suite de la signification de l’avis d’allégation de Novopharm, est oppressive ou vexatoire.

[120] Pour ces motifs, je suis d’avis de faire droit à l’appel, d’infirmar la décision de la Cour fédérale datée du 25 septembre 2006 et de rétablir l’ordonnance datée du 8 mai 2006 par laquelle la protonotaire Milczynski a rejeté la requête de Novopharm en vue du rejet sommaire de la demande d’ordonnance d’interdiction de l’appelante. J’accorderais également à l’appelante (Sanofi-Aventis Canada Inc. et Schering Corporation) les dépens qu’elle a engagés dans le cadre du présent appel et des instances inférieures.

A-107-06
2007 FCA 212

A-107-06
2007 CAF 212

Minister of Industry (Appellant)

Le ministre de l'Industrie (appellant)

v.

c.

Information Commissioner of Canada (Respondent)

Le commissaire à l'information du Canada (intimé)

INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF INDUSTRY) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DE L'INDUSTRIE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Décary and Evans J.J.A.—Ottawa, March 27 and June 1, 2007.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Décary et Evans, J.C.A.—Ottawa, 27 mars et 1^{er} juin 2007.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision ordering Chief Statistician to disclose to researcher investigating continuity of band membership for Algonquin bands census records for certain years — Access to Information Act, s. 24(1) prohibiting disclosure of record containing information, disclosure of which restricted by provision in Sch. II — Sch. II including Statistics Act, s. 17 — But s. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law — Privacy Act, s. 8(2)(k) permitting disclosure of personal information to any aboriginal government, association for purpose of researching claims — Relationship between Access to Information Act, Statistics Act, Privacy Act — Appeal dismissed, Evans J.A. dissenting.

Accès à l'information — Appel de la décision de la Cour fédérale enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés des recensements de certaines années au chercheur effectuant des recherches sur la continuité quant au nombre de membres de bandes algonquines — L'art. 24(1) de la Loi sur l'accès à l'information interdit la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'ann. II — L'art. 17 de la Loi sur la statistique figure à l'ann. II — Cependant, l'art. 17(2)d) énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit — L'art. 8(2)(k) de la Loi sur la protection des renseignements personnels prévoit la communication de renseignements personnels à tout gouvernement autochtone ou association d'autochtones en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones — Lien entre la Loi sur l'accès à l'information, la Loi sur la statistique et la Loi sur la protection des renseignements personnels — Appel rejeté, le juge Evans, J.C.A., dissident.

Privacy — Researcher mandated by Algonquin bands to research continuity of band membership requesting census records under Access to Information Act — Privacy Act, s. 8(2)(k) permitting disclosure of personal information to any aboriginal government, association for purpose of researching claims — Statistics Act, s. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law — Appellant's argument information sought subject to Statistics Act, s. 17 (prohibiting disclosure of census records) rejected as leading to endless circle of provisions — Requirements of s. 8(2)(k) met — Relationship between Privacy Act, Statistics Act, Access to Information Act — Access to information relating to research of land claims by Aboriginal people taking priority over personal information.

Protection des renseignements personnels — Un chercheur ayant été chargé par des bandes algonquines d'effectuer des recherches sur la continuité quant au nombre de membres de ces bandes a demandé, en vertu de la Loi sur l'accès à l'information, que lui soient communiqués des relevés de recensements — L'art. 8(2)(k) de la Loi sur la protection des renseignements personnels prévoit la communication de renseignements personnels à tout gouvernement autochtone ou association d'autochtones en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones — L'art. 17(2)d) de la Loi sur la statistique énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit — L'argument de l'appellant selon lequel les renseignements demandés étaient assujettis à l'art. 17 de la Loi sur la

statistique (qui interdit la communication de relevés de recensements) a été rejeté parce qu'il crée un cercle vicieux de dispositions — Il a été satisfait aux exigences imposées par l'art. 8(2)k — Lien entre la Loi sur la protection des renseignements personnels, la Loi sur la statistique et la Loi sur l'accès à l'information — Dans le cas de renseignements relatifs aux revendications territoriales autochtones, l'accès à l'information a priorité sur la protection des renseignements personnels.

Construction of Statutes — Statistics Act — S. 17(2)(d) providing Chief Statistician may authorize disclosure of information available to public under any statutory or other law — “Available”, “public”, “may” construed — Relationship between Privacy Act, Statistics Act, Access to Information Act — Words in s. 17(2)(d) interpreted to mean segment of population — Federal Court order requiring Chief Statistician to disclose certain census records to researcher investigating continuity of band membership for bands upheld, Evans J.A. dissenting.

Interprétation des lois — Loi sur la statistique — L'art. 17(2)d énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit — Interprétation des termes « mis à la disposition », « public » et « peut » — Lien entre la Loi sur la protection des renseignements personnels, la Loi sur la statistique et la Loi sur l'accès à l'information — Les mots employés à l'art. 17(2)d doivent être interprétés pour qu'ils désignent une partie de la population — Confirmation de l'ordonnance de la Cour fédérale enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés de recensements au chercheur effectuant des recherches sur la continuité quant au nombre de membres des bandes en cause; le juge Evans, J.C.A., dissident.

This was an appeal from a Federal Court decision ordering the Chief Statistician to disclose census records for certain years. A researcher mandated by a tribal council representing three Algonquin bands to investigate the continuity of membership of the bands, and their use and occupation of the lands claimed requested disclosure under the *Access to Information Act* of certain census records for areas relevant to the bands' land claims. The request was refused. *Access to Information Act*, section 4 gives every Canadian citizen a right to access to any record under the control of a government institution subject only to the *Access to Information Act* and notwithstanding any other Act of Parliament. This right is limited by subsection 24(1) which prohibits the disclosure of any record containing information the disclosure of which is restricted by any provision set out in Schedule II. Schedule II includes *Statistics Act*, section 17. The prohibition of disclosure of census returns in section 17 is modified by subsection 17(2) which provides that the Chief Statistician may authorize the disclosure of “(d) information available to the public under any statutory or other law”. *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k) provides that “Subject to any other Act of Parliament, personal information . . . may be disclosed . . . (k) to any aboriginal government, association . . . for the purpose of researching . . . claims . . . of any of the aboriginal peoples of Canada”. The Information Commissioner applied to the Federal Court for review of the Chief Statistician's refusal to disclose the requested information.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés des recensements de certaines années. Un chercheur chargé par un conseil tribal représentant trois bandes algonquines d'effectuer des recherches sur la continuité quant au nombre de membres de ces bandes et quant à l'utilisation et à l'occupation du territoire qu'ils revendiquent a demandé, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, que lui soient communiqués les relevés des recensements applicables aux régions en cause dans les revendications territoriales des bandes. Sa demande a été refusée. L'article 4 de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que les citoyens canadiens ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale, sous réserve de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais malgré toute autre loi fédérale. Ce droit est limité par le paragraphe 24(1), qui interdit la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II. L'article 17 de la *Loi sur la statistique* figure à l'annexe II. L'interdiction de communiquer les relevés de recensements prévue à l'article 17 est modifiée par le paragraphe 17(2), qui dispose que le statisticien en chef peut autoriser la communication des « d » renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit ». L'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* précise que « [s]ous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels [. . .] est autorisée dans les cas suivants [. . .] k) communication à tout

The issues were: whether the *Access to Information Act* applies to the disclosure of census returns, or whether the *Statistics Act* constitutes a complete code; whether *Statistics Act*, paragraph 17(2)(d) applies to *Privacy Act*, subsection 8(2); and if it does, whether it is “information available to the public under any statutory law” for the purpose of paragraph 17(2)(d) if a statute provides that the information may be disclosed to a section of the public.

Held (Evans J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

Per Richard C.J.: The appellant argued that “Subject to any other Act of Parliament” in *Privacy Act*, subsection 8(2) meant that the information sought is subject to *Statistics Act*, section 17. However this would lead to an endless circle of provisions as the *Statistics Act* allows for disclosure of information available under “any statutory or other law.” If *Privacy Act*, subsection 8(2) was subject to *Statistics Act*, section 17 then the exception at paragraph 8(2)(k) could never be invoked. Parliament could not have intended such an absurd result. The information requested clearly falls into a specific category of materials containing personal information the release of which is permitted. Parliament determined that, in the case of information relating to the research of land claims by Aboriginal people, access takes priority over personal information. This is the very reason for inclusion of paragraph 8(2)(k).

To give effect to *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k), “the public” under *Statistics Act*, paragraph 17(2)(d) must be interpreted to mean a segment of the population, such as Aboriginal groups, as opposed to the entire population. There is no requirement that the information be “already” in the public domain. If a provision allows for the disclosure of information to the public, then the information is “available.” The statutory requirements of paragraph 8(2)(k) were met herein.

gouvernement autochtone, association [. . .] en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones [. . .] ». Le Commissaire à l'information a sollicité le contrôle judiciaire du refus du statisticien en chef de communiquer les renseignements demandés auprès de la Cour fédérale.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique à la communication des relevés de recensements, ou si la *Loi sur la statistique* constitue un code complet; si l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* s'applique au paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*; et, s'il est répondu par l'affirmative à cette question, si des renseignements dont la communication à une partie du public est autorisée par une loi sont des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi » au sens de l'alinéa 17(2)d).

Arrêt (le juge Evans, J.C.A., dissident), l'appel doit être rejeté.

Le juge en chef Richard : L'appelant a soutenu que les mots « [s]ous réserve d'autres lois fédérales » paraissant au paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* signifie que les renseignements demandés sont assujettis à l'article 17 de la *Loi sur la statistique*. Cependant, cet argument créerait un cercle vicieux de dispositions puisque la *Loi sur la statistique* permet la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu « d'une loi ou de toute autre règle de droit ». Si le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* était assujéti à l'article 17 de la *Loi sur la statistique*, l'exception prévue à l'alinéa 8(2)(k) ne pourrait jamais être invoquée. L'intention du législateur n'était pas de créer une telle absurdité. Les documents demandés appartiennent clairement à une catégorie particulière de documents contenant des renseignements personnels dont la communication est permise. Le législateur a estimé que, dans le cas de renseignements relatifs aux revendications territoriales autochtones, l'accès à l'information a priorité sur la protection des renseignements personnels. C'est là la raison même de l'inclusion de l'alinéa 8(2)(k).

Pour que l'alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* puisse s'appliquer, les mots, « du public » de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* doivent être interprétés pour qu'ils désignent une partie de la population, comme les groupes autochtones, et non la population en entier. Il n'est pas nécessaire que ces renseignements soient « déjà » du domaine public. Si une disposition permet la communication de renseignements au public, alors les documents sont « mis à la disposition du public ». Il a été satisfait aux exigences législatives imposées par l'alinéa 8(2)(k) en l'espèce.

Paragraph 8(2)(k) states that personal information “may” be disclosed. While “may” is to be construed as permissive, there are situations in which the discretion granted must be exercised, such as where the conditions for disclosure have been met.

Per Décary J.A.: *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k) allows Indian bands access to personal information which was provided by present or past members of the bands. Parliament intended to ensure that privacy of information about individual members of Indian bands could be set aside for the purpose of enhancing the rights of the present and future members. It is a form of *quid pro quo* between the protection of the privacy of individual members and the enhancement of their collective rights. To the extent that privacy could stand in the way of the recognition of collective rights, it was expressly allowed to be lifted.

Per Evans J.A. (dissenting): *Access to Information Act*, subsection 24(1) imposes an unqualified duty on the head of a government institution to “refuse to disclose any record requested under this Act” which contains information, the disclosure of which is “restricted” by a provision listed in Schedule II. When subsections 17(1) and (2) are read together, they restrict, without prohibiting entirely, the disclosure of information contained in census returns. The plain language of subsection 24(1) prohibits the Chief Statistician from disclosing information within the scope of section 17 when it is requested under the *Access to Information Act*. Since the requested census returns fall within section 17, the Chief Statistician was bound by subsection 24(1) to refuse to disclose them because they were requested under the *Access to Information Act*.

The introductory words of subsection 8(2), “Subject to any other Act of Parliament”, do not apply to section 17 since this provision expressly permits the disclosure of information which another statute makes “available to the public.” Paragraph 17(2)(d) negates the idea that disclosure under the *Statistics Act* is governed by a self-contained code and permits of no reference to other legislation.

Information which may be disclosed under *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k) is not thereby “available to the public” within the meaning of *Statistics Act*, paragraph 17(2)(d). Applying the ordinary meaning of the noun “public”, information is “available to the public” when anyone may

L’alinéa 8(2)(k) précise que les renseignements personnels « peuvent » être communiqués. Bien que le mot « peut » exprime essentiellement l’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés, dans certaines situations, la permission prévue doit être accordée, notamment lorsqu’il a été satisfait aux conditions de communication.

Le juge Décary, J.C.A. : L’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permet aux bandes indiennes d’avoir accès à des renseignements personnels qui ont été fournis par des membres actuels et des anciens membres des bandes. L’intention du législateur était d’autoriser que la confidentialité des renseignements concernant certains membres des bandes indiennes puisse être mise de côté afin de faire valoir les droits des membres actuels et futurs. Il s’agit d’une forme d’équilibre entre la protection des renseignements personnels des membres individuels et l’amélioration de leurs droits collectifs. Dans la mesure où la confidentialité des renseignements personnels nuit à l’établissement de droits collectifs, il a été expressément autorisé d’y passer outre.

Le juge Evans, J.C.A. (dissent) : Le paragraphe 24(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* impose une obligation non qualifiée au responsable d’une institution fédérale de « refuser la communication de documents » contenant des renseignements dont la communication est « restreinte » en vertu d’une disposition figurant à l’annexe II. Quand les paragraphes 17(1) et (2) sont examinés ensemble, ils restreignent, sans l’interdire absolument, la communication des renseignements contenus dans les recensements. Le libellé clair du paragraphe 24(1) interdit au statisticien en chef de communiquer les renseignements visés à l’article 17 quand ils sont demandés en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*. Comme les relevés de recensements demandés étaient visés par l’article 17, le statisticien en chef était tenu par le paragraphe 24(1) d’en refuser la communication, car ils ont été demandés en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*.

Les premiers mots du paragraphe 8(2), « [s]ous réserve d’autres lois fédérales », ne s’appliquent pas à l’article 17 puisque cette disposition autorise expressément la communication de renseignements qu’une autre loi a « mis à la disposition du public ». L’alinéa 17(2)(d) réfute l’idée que la communication en vertu de la *Loi sur la statistique* est régie par un code complet en soi et ne permet aucun renvoi à d’autres lois.

Les renseignements qui peuvent être communiqués en vertu de l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne sont donc pas « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique*. En appliquant le sens ordinaire du mot

readily access or obtain it by virtue of being a member of the Canadian population. The phrase "available to the public" in paragraph 17(2)(d) should be interpreted in the broader context of the *Statistics Act*, particularly as it relates to the census. The data collected through the census are of the greatest importance in the planning of social and economic policies for the people of Canada, and in business planning. The importance of complete and accurate census information supports the view that paragraph 17(2)(d) should not be interpreted in a way that requires words to be implied. The plain and ordinary meaning of the words is consistent with Parliament's primary concern, namely to protect the integrity of the census. This interpretation does not undermine the utility of *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k) because it is still available to enable an Indian band or association to obtain for research purposes personal information, other than census records, held by a government institution.

« public », des renseignements sont « mis à la disposition du public » quand quiconque peut y accéder ou les obtenir du simple fait d'appartenir à la population canadienne. L'expression « mis à la disposition du public » de l'alinéa 17(2)d doit être interprétée dans le contexte global de la *Loi sur la statistique*, en particulier les dispositions ayant trait au recensement. Les données recueillies au moyen du recensement sont de la plus haute importance à la planification des politiques sociales et économiques pour la population du Canada et dans la planification des activités. L'importance d'obtenir des renseignements complets et exacts par le recensement vient appuyer l'opinion selon laquelle l'interprétation de l'alinéa 17(2)d ne doit pas nécessiter que des mots y soient sous-entendus. Le sens ordinaire des mots est conforme à l'objectif principal du législateur, c'est-à-dire protéger l'intégrité du recensement. Cette interprétation ne vient pas diminuer l'utilité de l'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* car une bande indienne ou une association d'autochtones peut quand même l'invoquer pour obtenir des renseignements personnels, autres que des recensements, en la possession d'une institution fédérale dans le but de l'établissement de ses droits.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1),(2), 4 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 2001, c. 27, s. 202), 18.1 (as enacted by S.C. 2005, c. 31, s. 1), 19(2), 24, 42, Sch. II.
- Access to Information Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. 1, s. 19(2).
- An Act to amend the Statistics Act*, S.C. 2005, c. 31, s. 1.
- Bill C-43, An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*, cl. 25.
- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 59 (as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 59(E)).
- Canada Pension Plan Investment Board Act*, S.C. 1997, c. 40, s. 50(2) (as am. by S.C. 2003, c. 5, s. 16).
- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 69(3).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 2.2(1)(b) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 2).
- Defence Production Act*, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 30.
- 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).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 59 (mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 59(A)).
- Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, art. 69(3).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.
- Loi modifiant la Loi sur la statistique*, L.C. 2005, ch. 31, art. 1.
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1),(2), 4 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 2001, ch. 27, art. 202), 18.1 (édicte par L.C. 2005, ch. 31, art. 1), 19(2), 24, 42, ann. II.
- Loi sur l'accès à l'information*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. 1, art. 19(2).
- Loi sur la production de défense*, L.R.C. (1985), ch. D-1, art. 30.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(1),(2)k (mod. par L.C. 2000, ch. 7, art. 26).
- Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19, art. 17 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 131), 18.1 (édicte par L.C. 2005, ch. 31, art. 1).
- Loi sur la statistique*, S.C. 1970-71-72, ch. 15, art. 16(3)d).
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art.

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8(1),(2)(k) (as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 26).
Statistics Act, R.S.C., 1985, c. S-19, ss. 17 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 131), 18.1 (as enacted by S.C. 2005, c. 31, s. 1).
Statistics Act, S.C. 1970-71-72, c. 15, s. 16(3)(d).

2.2(1)b) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 2).
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 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l'Office d'investissement du régime de pensions du Canada, L.C. 1997, ch. 40, art. 50(2) (mod. par L.C. 2003, ch. 5, art. 16).
 Projet de loi C-43, *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, clause 25.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) (2001), 15 C.P.R. (4th) 470; 213 F.T.R. 125; 2001 FCT 1202; affd (2002), 21 C.P.R. (4th) 575; 2002 FCA 414; *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 63; (1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (T.D.).

CONSIDERED:

Jennings v. Stephens, [1936] 1 Ch. 469 (C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police), [2003] 1 S.C.R. 66; (2003), 224 D.L.R. (4th) 1; 47 Admin. L.R. (3d) 1; 24 C.P.R. (4th) 129; 301 N.R. 41; 2003 SCC 8; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421; (2001), 45 Admin. L.R. (3d) 182; 14 C.P.R. (4th) 449; 282 N.R. 284; 2001 FCA 254.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "public".
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 52 (November 4, 1981).
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 10 (May 8, 1986).
 Canada. *Debates of the Senate*, 3rd Sess., 28th Parl., October 21, 1971 (Honorable Hédard Robichaud).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), 2001 CFPI 1202; conf. par 2002 CAF 414; *Commissaire à l'information (Canada) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 63 (1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE :

Jennings v. Stephens, [1936] 1 Ch. 469 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada), [2003] 1 R.C.S. 66; 2003 CSC 8; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421; 2001 CAF 254.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « public ».
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 52 (4 novembre 1981).
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 10 (8 mai 1986).
 Canada. *Débats du Sénat*, 3^e sess., 28^e lég. 21 octobre 1971 (Honorable Hédard Robichaud).

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford Univ. Press, 2004, “available”, “public”.
Dictionary of Canadian Law, by Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, “public”.
New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford: Clarendon Press, 1993, “public”.
Nouveau Petit Robert: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1996, “public”.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford Univ. Press, 2004, « available », « public ».
Dictionary of Canadian Law, par Daphne A. Dukelow and Betsy Nuse, 2^e éd. Scarborough, Ont. : Carswell, 1995, « public ».
New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles. Oxford : Clarendon Press, 1993, « public ».
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 1996, « public ».
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 4 F.C.R. 241; (2006), 43 Admin. L.R. (4th) 165; [2006] 2 C.N.L.R. 18; 287 F.T.R. 54; 2006 FC 132) requiring the Chief Statistician to disclose census records for certain years. Appeal dismissed, Evans J.A. dissenting.

APPEL de la décision de la Cour fédérale ([2006] 4 R.C.F. 241; 2006 CF 132) enjoignant au statisticien en chef de communiquer des relevés des recensements de certaines années. Appel rejeté, le juge Evans, J.C.A., dissident.

APPEARANCES:

Patrick D. Bendin for appellant.
Daniel Brunet and Diane Therrien for respondent.

ONT COMPARU :

Patrick D. Bendin pour l'appellant.
Daniel Brunet et Diane Therrien pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Commissariat à l'information du Canada, Ottawa, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] RICHARD C.J.: This is an appeal from an order of the Federal Court ([2006] 4 F.C.R. 241) which provides that the Chief Statistician shall disclose specific census records of 1921, 1931 and 1941 with respect to individual returns in eight specific districts and requested under the *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] in November 2001 on behalf of three Aboriginal bands for the exclusive purpose of researching or validating their Aboriginal claims as provided under paragraph 8(2)(k) [as am. by S.C. 2000, c. 7, s. 26] of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21].

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD : Il s'agit de l'appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale ([2006] 4 R.C.F. 241) enjoignant au statisticien en chef de communiquer certains renseignements personnels recueillis lors des recensements de 1921, 1931 et 1941, relativement à huit districts précis, laquelle communication a été demandée en novembre 2001, en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1], au nom de trois bandes autochtones, en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs, conformément à l'alinéa 8(2)k [mod. par L.C. 2000, ch.

7, art. 26] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21].

[2] I need not repeat the factual and legislative background to this proceeding which is found in Justice Evans' reasons. I also agree with the standard of review that he proposes.

[2] Il n'est pas nécessaire que je répète le contexte factuel et législatif de la présente procédure, lequel est exposé dans les motifs du juge Evans. Je suis également d'accord avec ce dernier pour ce qui est de la norme de contrôle.

[3] I would dismiss the appeal for the following reasons.

[3] Je rejetterais l'appel pour les motifs suivants.

[4] The broadly stated purpose of the *Access to Information Act* is to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principle that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraphs 16-17, Gonthier J.

[4] L'objet général de la *Loi sur l'accès à l'information* est de consacrer le principe du droit public à la communication des documents de l'administration fédérale, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées : *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, aux paragraphes 16 et 17, les motifs du juge Gonthier.

[5] Section 4 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F); 2001, c. 27, s. 202] of the *Access to Information Act* provides that every citizen has a right of access to any record under the control of a government institution, subject only to the *Access to Information Act* and notwithstanding any other Act of Parliament. This general right of access to information is limited by subsection 24(1) of the *Access to Information Act*, which requires the head of a government institution to refuse to disclose any record requested under the *Access to Information Act* that contains information the disclosure of which is restricted pursuant to any provision set out in Schedule II of the *Access to Information Act*. Schedule II lists section 17 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 131] of the *Statistics Act* [R.S.C., 1985, c. S-19].

[5] L'article 4 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F); 2001, ch. 27, art. 202] de la *Loi sur l'accès à l'information* prévoit que les citoyens ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale, sous réserve des dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information*, mais nonobstant toute autre loi fédérale. Ce droit général à l'accès à l'information est limité par le paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, selon lequel le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II de la *Loi sur l'accès à l'information*. L'article 17 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 131] de la *Loi sur la statistique* [L.R.C. (1985), ch. S-19] figure à l'annexe II.

[6] The appellant submits that the mere inclusion of section 17 of the *Statistics Act* in Schedule II prohibits disclosure of the census information. I cannot agree. In my opinion, section 17 must be read as a whole to determine whether or not disclosure is "restricted."

[6] L'appelant soutient que la simple mention de l'article 17 de la *Loi sur la statistique* dans l'annexe II interdit la communication des renseignements recueillis lors d'un recensement. À mon sens, il faut interpréter l'article 17 dans son ensemble afin d'établir si la communication est « restreinte » ou non.

[7] This reasoning is consistent with the decision of *Siemens Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 470 (F.C.T.D.), at paragraphs 12, 13 and 20; aff'd by (2002), 21 C.P.R. (4th) 575 (F.C.A.), where the Federal Court considered the interplay between section 24 of the *Access to Information Act* and section 30 of the *Defence Production Act* [R.S.C., 1985, c. D-1], a provision listed in Schedule II of the *Access to Information Act*. The Federal Court stated that section 24 has the effect of incorporating section 30 of the *Defence Production Act* into the *Access to Information Act*. It then considered whether the requirements and exceptions provided under section 30 of the *Defence Production Act* were met. Thus, when a provision is listed in Schedule II, the head of the government institution is required to determine whether disclosure can take place under that provision.

[8] In this particular case, Schedule II lists section 17 of the *Statistics Act*. Although subsection 17(1) is a general prohibition against the disclosure of information, subsection 17(2) provides a list of exceptions to this general prohibition. Specifically, paragraph 17(2)(d) grants the Chief Statistician the discretionary power to authorize the disclosure of information "available to the public under any statutory or other law." Accordingly, consideration must be given to the exception at paragraph 17(2)(d) to determine whether or not disclosure is "restricted."

[9] Paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* states: "The Chief Statistician may, by order, authorize the following information to be disclosed: . . . (d) information available to the public under any statutory or other law." In this case, the exception at paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* brings into play paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

[10] Section 8 of the *Privacy Act* outlines the circumstances under which personal information under the control of a government institution may be disclosed. Paragraph 8(2)(k) states: "Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a

[7] Ce raisonnement est conforme à la décision *Siemens Canada Ltée c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2001 CFPI 1202, aux paragraphes 12, 13 et 20; conf. par 2002 CAF 414, où la Cour fédérale s'est penchée sur l'effet réciproque de l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information* et de l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* [L.R.C. (1985), ch. D-1], une disposition figurant à l'annexe II de la *Loi sur l'accès à l'information*. La Cour fédérale a affirmé que l'article 24 avait pour effet d'incorporer l'article 30 de la *Loi sur la production de défense* à la *Loi sur l'accès à l'information*. Elle a ensuite examiné s'il était satisfait aux exigences et exceptions prévues à l'article 30 de la *Loi sur la production de défense*. Par conséquent, lorsqu'une disposition figure à l'annexe II, le responsable de l'institution fédérale est tenu d'établir si cette disposition permet la communication.

[8] En l'espèce, l'article 17 de la *Loi sur la statistique* figure à l'annexe II. Bien que le paragraphe 17(1) constitue une interdiction générale de communiquer des renseignements, le paragraphe 17(2) présente une liste d'exceptions à cette interdiction générale. Précisément, l'alinéa 17(2)d) accorde au statisticien en chef le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la révélation de renseignements « mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit ». Par conséquent, il faut prendre en considération l'exception prévue à l'alinéa 17(2)d) afin d'établir si la communication est « restreinte » ou non.

[9] L'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* prévoit ceci : « Le statisticien en chef peut, par arrêté, autoriser la révélation des renseignements suivants : [. . .] d) les renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit ». En l'espèce, l'exception énoncée à l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* fait entrer en jeu l'alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[10] L'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit les circonstances dans lesquelles les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale peuvent être communiqués. L'alinéa 8(2)k) est rédigé ainsi : « Sous

government institution may be disclosed: . . . (k) to any aboriginal government, association of aboriginal people . . . for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada.”

[11] The appellant points to the opening words of subsection 8(2) of the *Privacy Act*, which subjects permissible disclosures of information to “any other Act of Parliament” and argues that the information sought is subject to section 17 of the *Statistics Act*. However, as the applications Judge noted, this argument leads to an endless circle of provisions. While disclosure under subsection 8(2) of the *Privacy Act* is subject to any other Act of Parliament, the *Statistics Act* allows for disclosure of information available under “any statutory or other law.”

[12] The applications Judge concluded at paragraph 49 that:

. . . the exemption at paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is obviously “statutory law”, and the intent of Parliament in enacting this law is obvious, namely personal information under the control of a government institution may be disclosed to an Indian band for the purpose of researching or validating a land claim. Accordingly, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is “statutory law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

I agree. If subsection 8(2) of the *Privacy Act* was subject to section 17 of that *Statistics Act*, as opposed to the other way around, then the exception at paragraph 8(2)(k) could never be invoked to allow disclosure of personal information to Aboriginal people for the purpose of research or claims because section 17 would always prohibit disclosure. Obviously, Parliament would not have intended such an absurd result.

réserve d’autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants : [. . .] k) communication à tout gouvernement autochtone, association d’autochtones [. . .] en vue de l’établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs ».

[11] L’appelant souligne les mots par lesquels commence le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, lequel permet la communication de renseignements sous réserve « d’autres lois fédérales », et soutient que les renseignements demandés sont assujettis à l’article 17 de la *Loi sur la statistique*. Cependant, comme l’a noté le juge qui a entendu la demande, cet argument crée un cercle vicieux de dispositions. Bien que la communication en vertu du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* soit assujettie à d’autres lois fédérales, la *Loi sur la statistique* permet la communication de renseignements mis à la disposition du public en vertu « d’une loi ou de toute autre règle de droit ».

[12] Le juge qui a entendu la demande a conclu, au paragraphe 49, que :

[. . .] l’exception prévue à l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* relève manifestement de la « loi », et l’intention du législateur en adoptant cette disposition légale est évidente, à savoir permettre que des renseignements personnels relevant d’une institution fédérale puissent être communiqués à une bande indienne en vue de l’établissement des droits de ses membres. Par conséquent, l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est une « loi » au sens de l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique*.

Je suis d’accord. Si le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* était assujetti à l’article 17 de la *Loi sur la statistique*, plutôt que l’inverse, alors l’exception prévue à l’alinéa 8(2)(k) ne pourrait jamais être invoquée pour permettre la communication de renseignements personnels aux Autochtones en vue de l’établissement de leurs droits ou du règlement de leurs griefs, car l’article 17 en interdirait la communication. De toute évidence, l’intention du législateur n’était pas de créer une telle absurdité.

[13] This is a case where the information requested clearly falls into a specific category of materials containing personal information the release of which is permitted. Parliament turned its mind to this very situation and determined that, in the case of information relating to the research of land claims by Aboriginal people, access takes priority over personal information. This is the very reason for inclusion of paragraph 8(2)(k) in the *Privacy Act*.

[14] Paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* provides that the Chief Statistician may authorize the disclosure of information “available to the public” under any statutory or other law. Paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* allows the disclosure of personal information to “any aboriginal government, association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of such government, association, band, institution or part thereof.” Does this limited segment of the population amount to “public” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*? The applications Judge concluded that it does and I agree.

[15] The applications Judge held that the word “public” in the phrase “available to the public” is a noun, which, according to the *Canadian Oxford Dictionary*, has three meanings, referring to either the entirety of the community, to members of the community, or to a section of the community sharing a common status or interest. The applications Judge concluded that “[e]ach of these meanings is sufficient to meet the definition of public in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*” (paragraph 53). With respect to the words “information available to the public” [underlining added], the applications Judge stated that these words denote “records capable of being obtained by the entire general public, or by members or sections thereof” (paragraph 54). Based on this interpretation, the applications Judge concluded that the census information requested by the Algonquin bands “is exactly the type of information which Parliament intended under [paragraph 8(2)(k) of] the *Privacy Act* may be disclosed to an Aboriginal people or Indian

[13] Il s’agit d’une situation où les documents demandés appartiennent clairement à une catégorie particulière de documents contenant des renseignements personnels dont la communication est permise. Le législateur s’est penché très précisément sur ce cas de figure et a estimé que, dans le cas de renseignements relatifs aux revendications territoriales autochtones, l’accès à l’information a priorité sur la protection des renseignements personnels. C’est là la raison même de l’inclusion de l’alinéa 8(2)(k) dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[14] L’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* énonce que le statisticien en chef peut autoriser la communication de renseignements « mis à la disposition du public » en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit. L’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permet la divulgation de renseignements personnels à « tout gouvernement autochtone, association d’autochtones, bande d’Indiens, institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ou à leur représentant ». Ce segment précis de la population constitue-t-il le « public » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*? Le juge qui a entendu la demande a conclu par l’affirmative et je souscris à cette conclusion.

[15] Le juge qui a entendu la demande a conclu que le mot « public » dans l’expression « mis à la disposition du public » était un nom qui, selon le *Canadian Oxford Dictionary*, a trois sens, lesquels peuvent désigner la collectivité dans son ensemble, les membres de la collectivité ou une partie de la collectivité ayant une situation ou des intérêts communs. Le juge qui a entendu la demande a conclu que « [c]haque de ces sens est suffisant pour définir le mot “public” à l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* » (paragraphe 53). Pour ce qui est des mots « renseignements mis à la disposition du public » [soulignement ajouté] (« *information available to the public* ») [soulignement ajouté], le juge qui a entendu la demande a estimé que ces mots s’appliquaient à « des dossiers pouvant être obtenus par le public en général, ou par des membres ou des parties du public » (paragraphe 54). En se fondant sur cette interprétation, le juge qui a entendu la demande a conclu que les renseignements contenus dans les recensements demandés par les bandes algonquines « sont exactement

band” (paragraph 56).

[16] The appellant submits that the term “available to the public” refers “to the community at large.” In making this submission, the appellant argues that “disclosure in accord[ance] with paragraph 8(2)(k)—which only contemplates discretionary disclosure to certain people for a specific purpose—cannot be the same as ‘public availability’ within the meaning of paragraph 19(2)(b) [of the *Access to Information Act*]” adding that “[t]here is no reason why the concept of “available to the public” should be interpreted differently in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* than in subsection 19(2) of the [*Access to Information Act*].”

[17] The respondent submits that there are compelling reasons why the concept of the public may vary in scope in these two legislative provisions. The respondent points out that the statutory language is not identical in both provisions: while paragraph 19(2)(b) of the *Access to Information Act* contemplates disclosure “if . . . the information is publicly available / *dans les cas où [. . .] le public y a accès*”, paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*, in turn, authorizes disclosure of “information available to the public under any statutory or other law / *les renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit*.” The respondent further submits that the meaning of “the public” under paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* can be contrasted with subsection 2(2) of the *Access to Information Act* where the wording is “available to the general public” [underlining added] (“à la disposition du grand public”) [underlining added]. This demonstrates that when Parliament intended to limit the scope of the noun “the public” to mean only the public in its entirety rather than particular segments of it, it used legislative language that clearly demonstrates this intent.

du même type que ceux dont le législateur voulait permettre la divulgation à une population autochtone ou à une bande indienne en vertu [de l’alinéa 8(2)(k)] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* » (paragraphe 56).

[16] L’appelant prétend ensuite que l’expression « mis à la disposition du public » vise [TRADUCTION] « la collectivité dans son ensemble ». À l’appui de cette observation, il soutient que [TRADUCTION] « la communication de renseignements dont il est question à l’alinéa 8(2)(k)—lequel ne permet la divulgation qu’après l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire et à certaines personnes dans un but précis—ne peut être équivalente à l’expression “le public y a accès” de l’alinéa 19(2)(b) [de la *Loi sur l’accès à l’information*] » et ajoute que [TRADUCTION] « [i]l n’y a aucune raison pour que le concept de “mis à la disposition du public” soit interprété différemment à l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique* et au paragraphe 19(2) de la [*Loi sur l’accès à l’information*] ».

[17] L’intimé soutient qu’il existe de bonnes raisons pour lesquelles le concept de public peut avoir une portée différente dans ces deux dispositions législatives. L’intimé fait observer que le libellé des deux dispositions n’est pas identique : alors que l’alinéa 19(2)(b) de la *Loi sur l’accès à l’information* prévoit la divulgation « dans les cas où [. . .] le public y a accès / *if . . . the information is publicly available* », l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique*, par contre, autorise la communication des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit / *information available to the public under any statutory or other law* ». L’intimé prétend en outre que, pour en dégager la signification, le mot « public » à l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique* peut être comparé au paragraphe 2(2) de la *Loi sur l’accès à l’information*, qui est libellé ainsi : « à la disposition du grand public » [soulignement ajouté] (« *available to the general public* ») [soulignement ajouté]. Cette différence prouve que, lorsque le législateur a l’intention de limiter la portée du nom « public » pour qu’il ne vise que le public dans son entier plutôt que certains segments du public, il emploie dans la loi des termes qui démontrent clairement cette intention.

[18] In my view, even if paragraph 19(2)(b) of the *Access to Information Act* and paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* were interpreted to mean the same thing, as the appellant suggests, not much turns on the argument. What still needs to be determined is the scope intended by the use of the word “public.” In that respect, I agree with the applications Judge that, to give effect to paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*, the words “available to the public” under paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* must be interpreted to mean a segment of the population, such as Aboriginal groups, as opposed to the entire population.

[19] The appellant further submits that the discretion under paragraph 17(2)(b) of the *Statistics Act* can only be exercised to disclose information to which the public already has a right of access from another source. In support of this submission, the appellant compares the English and French versions of paragraph 17(2)(d): the English version refers to any “information available to the public under any statutory or other law” whereas the French version refers to “*les renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit.*” In the appellant’s view, the exception, especially when considering the words “*mis à la disposition du public en vertu d’une loi*” in the French version, requires the information to be already accessible or obtainable.

[20] In reading the English and French versions of paragraph 17(2)(d), I can see the subtle distinction the appellant is trying to make but, from a practical point of view, the argument cannot stand. The appellant is reading the statutory provision as requiring the information to be “already” accessible, as opposed to simply being accessible. In my opinion, if a statutory provision allows for the disclosure of information to the public, as does paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*, then the information is “available” to the public or “*mis à la disposition du public*”. There is no requirement that the information be “already” in the public domain.

[18] À mon avis, même si l’alinéa 19(2)b) de la *Loi sur l’accès à l’information* et l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* étaient interprétés de manière à ce qu’ils signifient la même chose, comme le propose l’appelant, cet argument a peu de conséquences. Il reste encore à déterminer quelle portée le législateur voulait accorder au mot « public ». À cet égard, je conviens avec le juge qui a entendu la demande que, pour que l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* puisse s’appliquer, les mots « mis à la disposition du public » de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* doivent être interprétés pour qu’ils désignent une partie de la population, comme les groupes autochtones, et non la population en entier.

[19] L’appelant soutient de plus que le pouvoir discrétionnaire conféré par l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* ne peut être exercé que pour communiquer des renseignements dont le public dispose en raison d’un droit conféré par une autre loi. À l’appui de cette observation, l’appelant compare les versions anglaise et française de l’alinéa 17(2)d) : dans la version anglaise, il est question de « *information available to the public under any statutory or other law* » alors que la version française fait référence à « les renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit ». Selon l’appelant, pour que l’exception s’applique, particulièrement si l’on prend en considération les mots « mis à la disposition du public en vertu d’une loi » utilisés dans la version française, le public doit déjà avoir les renseignements à sa disposition ou pouvoir les obtenir.

[20] Après lecture des versions anglaise et française de l’alinéa 17(2)d), je peux voir la distinction subtile que l’appelant tente d’établir, mais, en pratique, l’argument ne peut être retenu. L’appelant interprète la disposition législative de manière à ce qu’il soit nécessaire que les renseignements soient « déjà » à la disposition du public, par opposition à ce qu’ils soient simplement à la disposition du public. À mon avis, si une disposition législative permet la communication de renseignements au public, comme le fait l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, alors les renseignements sont « mis à la disposition du public » ou « *available* ». Il n’est pas

[21] In light of the foregoing, it is my view that the statutory requirements imposed under paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* have been met: the census information is requested by Aboriginal groups for the purposes of research and claims. It therefore follows that the statutory requirements of paragraph 17(2)(b) have also been met: the information requested, i.e. the census information, is available to the public in another statute by application of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

[22] The appellant submits that, even if the requirements of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* have been met, the Chief Statistician nonetheless retains discretion in deciding whether or not to disclose the requested information.

[23] In response, the respondent argues that, once the statutory exception provided for under paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* has been met, the appellant retains no discretion not to disclose the information requested. I would agree with the respondent that, though the word “may” is to be construed as permissive, as provided for in section 11 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], there are situations in which the discretion granted must be exercised. As explained by Professor Sullivan, “the use of ‘may’ implies discretion, but it does not preclude obligation” since oftentimes a duty arises to exercise the power once the conditions of exercise have been met. This is because “[o]therwise the purpose of the legislation would be thwarted.” *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002, at pages 58-59.

[24] In *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,

nécessaire que ces renseignements soient « déjà » du domaine public.

[21] Compte tenu de ce qui précède, je suis d’avis qu’il a été satisfait aux exigences législatives imposées par l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* : les groupes autochtones demandent des renseignements contenus dans les recensements en vue d’établir leurs droits. Il s’ensuit donc qu’il a également été satisfait aux exigences législatives imposées par l’alinéa 17(2)d : les renseignements demandés, c’est-à-dire les renseignements contenus dans les recensements, sont mis à la disposition du public en vertu d’une autre loi par l’application de l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur les renseignements personnels*.

[22] L’appelant soutient que, même s’il a été satisfait aux exigences de l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il revient néanmoins au statisticien en chef de décider de communiquer ou non les renseignements demandés.

[23] En réponse, l’intimé prétend que, une fois qu’il a été satisfait aux exigences de l’exception prévue par l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’appelant n’a plus le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements demandés. Je conviendrais avec l’intimé que, bien que le mot « peut » exprime essentiellement l’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés, selon l’article 11 de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], dans certaines situations, la permission prévue doit être accordée. Comme l’explique le professeur Sullivan, [TRADUCTION] « l’utilisation du mot “peut” sous-entend l’existence d’un pouvoir discrétionnaire, mais elle n’empêche pas l’existence d’une obligation » puisqu’il en découle l’obligation d’exercer ce pouvoir discrétionnaire lorsqu’il a été satisfait aux conditions. Il en est ainsi parce que [TRADUCTION] « faire autrement irait à l’encontre de l’objet de la loi » (*Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto : Butterworths, 2002, aux pages 58 et 59).

[24] Dans la décision *Commissaire à l’information (Canada) c. Canada (Ministre de l’Emploi et de*

[1986] 3 F.C. 63 (T.D.), at page 67, Jerome A.C.J. considered the discretion granted pursuant to subsection 19(2) of the *Access to Information Act* [S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I], which provides that the head of a government institution may disclose records requested that contain personal information if a certain condition is met, one of these conditions being when the individual to whom it relates consents to its disclosure. Jerome A.C.J. rejected the argument that subsection 19(2) established a discretion not to disclose information even though the conditions of the subsection have been met. He did so on the grounds that it was both contrary to the principles of statutory interpretation and that it ran “directly against the very purpose for which this legislation was enacted” (page 67). He further explained that once the conditions necessary to release personal information had been fulfilled, “it becomes tantamount to an obligation upon the head of the government institution to do so, especially where the purpose for which the statute was enacted is, as here, to create a right of access in the public” (page 67).

[25] The applications Judge concluded that the Crown’s duty to act honourably, in good faith and as a fiduciary are common-law duties that have been constitutionalized under section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] with respect to Aboriginal land claims and are “statutory and other law” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. In arriving at this conclusion, the applications Judge explained that:

- the Crown has a duty to act honourably with respect to the Algonquin Bands’ land claim, which means that the Crown must disclose the census records in the possession of the Crown as it may prove continuity of occupation between present and pre-sovereignty occupation—information required to prove Aboriginal land title (paragraph 43).

l’Immigration), [1986] 3 C.F. 63 (1^{re} inst.), à la page 67, le juge en chef adjoint Jerome a examiné le pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 19(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* [S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I], lequel prévoit que le responsable d’une institution fédérale peut communiquer des documents contenant des renseignements personnels s’il est satisfait à une des conditions qui y sont énumérées l’une d’entre elles étant que l’individu qu’ils concernent y consente. Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté l’argument selon lequel le paragraphe 19(2) établissait le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer les renseignements même s’il avait été satisfait aux conditions prévues par cette disposition. Il a conclu ainsi parce que cet argument était contraire tant aux principes d’interprétation des lois qu’au « but même pour lequel la législation a été édictée » (page 67). Il a de plus expliqué que, lorsqu’il a été satisfait aux conditions nécessaires à la divulgation de renseignements personnels, « le responsable de l’institution fédérale est tenu de communiquer ces renseignements surtout lorsque le but pour lequel la Loi a été édictée est, comme en l’espèce, de conférer au public le droit d’y avoir accès » (page 67).

[25] Le juge qui a entendu la demande a conclu que l’obligation de la Couronne d’agir honorablement, de bonne foi et en tant que fiduciaire est une obligation de common law qui a été constitutionnalisée par l’article 35 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]] pour ce qui est des revendications territoriales autochtones et constitue « une loi ou [une] règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)(d) de la *Loi sur la statistique*. Pour en arriver à cette conclusion, le juge qui a entendu la demande a expliqué ceci :

- la Couronne a le devoir d’agir honorablement relativement à la revendication territoriale des bandes algonquines, ce qui signifie qu’elle doit divulguer les dossiers de recensement en sa possession, car ils sont susceptibles de prouver la continuité de l’occupation depuis la période antérieure à l’affirmation de la souveraineté jusqu’à aujourd’hui—un élément de preuve requis pour établir l’existence du titre foncier aborigène (paragraphe 43).

• the honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty with respect to the census records being kept by the Crown. This duty, he explained, “requires that the Crown act with reference to the Aboriginal bands’ best interest and disclose these census records which relate to the Aboriginal rights in the territories at stake” (paragraph 44).

• “the honour of the Crown requires good faith negotiations leading to a just settlement of the Aboriginal claims” and this duty, “which is an implied part of section 35, means that the Crown disclose census records in the possession of the Crown which are relevant to the proof of Aboriginal title” (paragraph 45).

Both parties have made submissions in respect of this portion of the applications Judge’s decision. I would agree that section 35 of the *Constitution Act, 1982* is instructive in assessing the importance of Aboriginal land claims in Canada, but I do not think such an analysis is necessary in light of the applicability of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*.

[26] Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[27] DÉCARY J.A.: I had the benefit of reading in draft the reasons of my two colleagues. I find both of them quite compelling in their own way. In the end, I adopt the solution proposed by the Chief Justice.

[28] I agree with Evans J.A. with respect to what he identifies as issues 1 to 4.

[29] I agree, however, with the Chief Justice that the words “available to the public” in paragraph 17(2)(d) of

• l’honneur de la Couronne donne naissance à une obligation de fiduciaire par rapport à ces dossiers de recensement conservés par la Couronne. Cette obligation signifie, selon lui, « que la Couronne doit agir dans l’intérêt supérieur des bandes autochtones et divulguer les dossiers de recensement qui se rapportent à leurs droits sur les territoires en question » (paragraphe 44).

• « l’honneur de la Couronne commande qu’elle tienne des négociations de bonne foi menant à un règlement équitable des revendications autochtones » et cette obligation, « implicite dans l’article 35, signifie que la Couronne doit divulguer les dossiers de recensement qui sont en sa possession et qui sont pertinents pour établir l’existence du titre aborigène » (paragraphe 45).

Les deux parties ont soumis des observations au sujet de ces paragraphes de la décision rendue par le juge qui a entendu la demande. Je conviendrais que l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est instructif quand vient le temps d’évaluer l’importance des revendications territoriales autochtones au Canada, mais je ne crois pas qu’une telle analyse soit nécessaire à la lumière de l’applicabilité du paragraphe 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[26] Par conséquent, je rejeterais l’appel avec dépens.

* * *

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

[27] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : J’ai eu l’avantage de lire l’ébauche des motifs de mes deux collègues. J’estime qu’ils sont tous deux convaincants, chacun à leur manière. En fin de compte, j’adopte la solution proposée par le juge en chef.

[28] Je suis d’accord avec le juge Evans relativement à ce qu’il a nommé les questions 1 à 4.

[29] Cependant, je suis d’accord avec le juge en chef lorsqu’il affirme que les mots « mis à la disposition du

the *Statistics Act* may be read as meaning available to a segment of the population. I wish only to add a few observations.

[30] Kelen J. made an important finding of fact, which is unassailable at our level: access to the requested information is necessary for the Indian bands to establish continuity of membership as well as use and occupancy of the claimed lands.

[31] The impugned order does not allow census records to be examined for any purpose or by anybody. Nor does it allow the records to be disclosed to the general public. The Chief Statistician would only allow the information to be examined for the limited purpose set out in paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* and solely by a researcher engaged by the Indian bands. Furthermore, that researcher would undertake to keep confidential, personal information relating to non-Aboriginal persons. For all practical purposes the Chief Statistician retains a considerable margin of discretion over the disclosure of the personal information at issue.

[32] We are dealing here, as so clearly appears from the reasons of my two colleagues, with conflicting provisions of different statutes whose interpretation could easily result, to use the words of the Chief Justice at paragraph 11, in “an endless circle.”

[33] Provisions of three statutes are at issue: the *Access to Information Act*, the *Privacy Act* and the *Statistics Act*. They all seek legitimate and important objectives. In addition, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* introduces a fourth objective, recognized by the Constitution of Canada, i.e. the protection of Aboriginal rights.

[34] Of the provisions at issue, paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is the only one which addresses the

public » à l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* peuvent être interprétés de manière à signifier que les renseignements sont à la disposition d’une partie de la population. Je souhaite seulement ajouter quelques observations.

[30] Le juge Kelen a tiré une conclusion de fait importante, laquelle est irréfutable à notre niveau : il est nécessaire pour les bandes indiennes d’avoir accès aux renseignements demandés afin d’établir la continuité pour ce qui est du nombre de membres ainsi que de l’utilisation et de l’occupation du territoire revendiqué.

[31] L’ordonnance contestée n’autorise pas que les recensements soient examinés par n’importe qui ou pour n’importe quoi, pas plus qu’elle n’en autorise la divulgation au grand public. Le statisticien en chef permettrait seulement que les renseignements soient examinés dans le but précis prévu à l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et uniquement par un chercheur engagé par les bandes indiennes. En outre, le chercheur s’engagerait à protéger la confidentialité des renseignements personnels concernant les personnes qui ne sont pas autochtones. En pratique, le statisticien en chef conserve dans une large mesure son pouvoir discrétionnaire sur la communication des renseignements personnels en cause.

[32] Comme il ressort si clairement des motifs de mes deux collègues, nous avons à nous pencher en l’espèce sur des dispositions contradictoires de différentes lois dont l’interprétation pourrait facilement créer, pour reprendre les mots du juge en chef au paragraphe 11, « un cercle vicieux ».

[33] Les dispositions de trois lois sont en cause : la *Loi sur l’accès à l’information*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur la statistique*. Elles ont toutes trois un objet légitime et important. En outre, l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* introduit un quatrième objectif, reconnu par la Constitution du Canada, c’est-à-dire la protection des droits des Autochtones.

[34] De toutes les dispositions en cause, l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements*

specific concerns of an identified group of persons. It is significant that this paragraph allows Indian bands access to personal information which was provided by present or past members of the bands. Parliament intended to ensure that privacy of information about individual members of Indian bands could be set aside for the purpose of enhancing the rights of the present and future members. It is a form of *quid pro quo* between the protection of the privacy of individual members and the enhancement of their collective rights. To the extent that privacy could stand in the way of the recognition of collective rights, it was expressly allowed to be lifted. This is hardly a case of invasion of privacy. Nor is it a serious case of a threat posed to the sanctity of the confidentiality of census records.

[35] I dare say that in this modern world where hundreds and hundreds of statutes are enacted the “wisdom” imputed to Parliament of knowing the consequences of everything it does is a naive anachronism. The use, for example, of the “notwithstanding any other Act of Parliament” clause is perhaps not as necessarily determinative as it used to be, where provisions in different statutes are so clearly inconsistent that the obvious intent of Parliament in one statute would be clearly defeated if the notwithstanding clause in another statute was strictly adhered to. Legislative provisions should be allowed to survive despite words used by drafters in other statutes which, if constructed without regard to the global statutory context, would render these provisions meaningless.

[36] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A. (dissenting):

personnels est la seule qui porte sur les intérêts précis d’un groupe de personnes en particulier. Il faut noter que cet alinéa permet aux bandes indiennes d’avoir accès à des renseignements personnels qui ont été fournis par des membres actuels et des anciens membres des bandes. L’intention du législateur était d’autoriser que la confidentialité des renseignements concernant certains membres des bandes indiennes puisse être mise de côté afin de faire valoir les droits des membres actuels et futurs. Il s’agit d’une forme d’équilibre entre la protection des renseignements personnels des membres individuels et l’amélioration de leurs droits collectifs. Dans la mesure où la confidentialité des renseignements personnels nuit à l’établissement de droits collectifs, il a été expressément autorisé d’y passer outre. Il ne s’agit vraiment pas d’un cas d’atteinte à la vie privée, pas plus qu’il ne s’agit d’une grave menace à l’inviolabilité de la confidentialité des recensements.

[35] J’ose ajouter que, dans le monde moderne où nous vivons, où des centaines et des centaines de lois sont adoptées, attribuer au législateur la « sagesse » de connaître toutes les conséquences de ses actes est un anachronisme naïf. Par exemple, l’utilisation de l’expression « nonobstant toute autre loi fédérale » n’est peut-être plus nécessairement aussi importante que par le passé, alors que des dispositions dans des lois distinctes se contredisent si clairement que l’intention expresse du législateur dans une loi serait sans aucun doute neutralisée par l’application stricte d’une disposition d’exception énoncée dans une autre loi. Il devrait être permis aux dispositions législatives de demeurer applicables malgré la langue utilisée par les rédacteurs d’autres lois qui, si elles étaient interprétées sans égard à l’ensemble des lois en général, dépouilleraient ces dispositions de tout leur sens.

[36] Je rejetterais l’appel avec dépens.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissent) :

A. INTRODUCTION

[37] This is an appeal by the Minister of Industry from a decision of Justice Kelen of the Federal Court granting an application by the Information Commissioner of Canada to review a refusal by the Chief Statistician to disclose census records for certain years. The decision is reported as *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Industry)*, [2006] 4 F.C.R. 241.

[38] A request for these records was made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Access Act) by Peter Di Gangi, Director, Algonquin Nation Secretariat (ANS), a Tribal Council representing three Algonquin bands. He had been mandated by the ANS to research the continuity of membership of the bands, and their use and occupation of the lands which they claim.

[39] An important object of this research, which has been funded by the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), is to support Aboriginal land claims made pursuant to two DIAND policies: the comprehensive claims policy, which may ultimately lead to the conclusion of a lands claim treaty, and the specific claims policy for the investigation of allegations of particular breaches of Aboriginal rights.

[40] These reasons address the following three questions. First, does the Access Act apply to the disclosure of census returns, or do the specific disclosure provisions of the *Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19, constitute a complete code? Second, does the provision in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* permitting the Chief Statistician to disclose personal information from census returns which is “available to the public under any statutory or other law” apply to subsection 8(2) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21? Third, if it does, is it “information available to the public under any statutory law” for the purpose of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* if a statute

A. INTRODUCTION

[37] Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre de l'Industrie contestant une décision rendue par le juge Kelen de la Cour fédérale, laquelle accueille la demande de contrôle judiciaire présentée par le Commissaire à l'information visant le refus exprimé par le statisticien en chef de communiquer les relevés de recensements de certaines années. La référence de cette décision est *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2006] 4 R.C.F. 241.

[38] Peter Di Gangi, le directeur du Secrétariat de la nation algonquine (SNA), un conseil tribal représentant trois bandes algonquines, a demandé l'accès à des recensements en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Le SNA l'a mandaté pour effectuer des recherches sur la continuité quant au nombre de membres des bandes et quant à l'utilisation et à l'occupation du territoire qu'ils revendiquent.

[39] Un objectif important de cette recherche, financée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), est de soutenir les revendications territoriales autochtones présentées en vertu de deux politiques du MAINC : la politique des revendications globales, qui pourrait mener ultimement à la conclusion d'un traité de revendications territoriales, et la politique des revendications particulières, qui s'applique aux enquêtes sur les allégations de violations particulières de droits autochtones.

[40] Les présents motifs portent sur les trois questions suivantes. En premier lieu, la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique-t-elle à la communication des relevés de recensement, ou les dispositions de la *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19, portant précisément sur la communication, constituent-elles un code complet? En deuxième lieu, la disposition, à l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*, permettant au statisticien en chef de communiquer des renseignements personnels contenus dans les recensements qui sont « mis à la disposition du public en vertu d'une loi ou de toute autre règle de droit » s'applique-t-elle au paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des*

provides that it may be disclosed to a section of the public? Whether the appellants have a right to the records by virtue of section 35 of the *Constitution Act, 1982* is a question which I would decline to answer on the ground that it is premature.

B. FACTUAL BACKGROUND

[41] On November 2, 2001, Mr. Di Gangi submitted a request to the Chief Statistician under the Access Act for the disclosure of census records for 1911, 1921, 1931, and 1941, for the districts and sub-districts of eastern Ontario and northwestern Québec relevant to the bands' land claims. Mr. Di Gangi explained in his request the importance of these records as a source of the information needed to support the claims.

[42] In a letter dated November 23, 2001, Mary Ledoux, Chief, Access to Information and Privacy, Data Access and Control Services Division, Statistics Canada, notified Mr. Di Gangi that his request was refused. She gave three reasons.

[43] First, subsection 24(1) of the Access Act requires the head of a government institution to refuse to disclose any record requested under the Access Act which contains information, the disclosure of which is restricted by any statute listed in Schedule II of the Act. Second, section 17 of the *Statistics Act* is listed in Schedule II and restricts the disclosure of individual census returns. Third, the exceptions in subsection 8(2) of the *Privacy Act* to the general duty not to disclose personal information are "subject to any other Act of Parliament"; since the *Statistics Act* and its predecessors forbid the disclosure of census returns, subsection 8(2) is no assistance.

renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21? En troisième lieu, s'il est répondu par l'affirmative à cette question, des renseignements personnels dont la communication à une partie du public est autorisée par une autre loi constituent-ils des « renseignements mis à la disposition du public en vertu d'une loi » au sens du paragraphe 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*? Quant à la question de savoir si les demandeurs ont le droit de consulter les recensements en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je choisirais de ne pas y répondre, car elle est prématurée.

B. LE CONTEXTE FACTUEL

[41] Le 2 novembre 2001, M. Di Gangi a déposé une demande au statisticien en chef en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* afin que lui soient communiqués les relevés des recensements des années 1911, 1921, 1931 et 1941 concernant les districts et sous-districts de l'est de l'Ontario et du nord-ouest du Québec en cause dans les revendications territoriales des bandes. M. Di Gangi a expliqué dans sa demande l'importance qu'ont ces relevés en tant que source d'information nécessaire pour soutenir les revendications.

[42] Dans une lettre datée du 23 novembre 2001, Mary Ledoux, chef de l'Accès à l'information et protection des renseignements personnels, Division des services d'accès et de contrôle des données, Statistique Canada, a avisé M. Di Gangi que sa demande était refusée. Elle a fourni trois raisons.

[43] D'abord, aux termes du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la communication est restreinte en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II de la Loi. Ensuite, l'article 17 de la *Loi sur la statistique* figure à l'annexe II et restreint la communication des résultats des recensements. Finalement, les exceptions prévues au paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* à l'obligation générale de ne pas communiquer de renseignements personnels s'appliquent « sous réserve d'autres lois fédérales »; puisque la *Loi sur la statistique* et les lois qui l'ont précédée interdisent la

communication des relevés de recensements, le paragraphe 8(2) n'est pas pertinent.

[44] On December 11, 2001, Mr. Di Gangi, wrote to the Information Commissioner inviting him to investigate the Chief Statistician's refusal to release the requested census returns. He added that the refusal to disclose information relevant to land claims was particularly troubling in light of the Crown's fiduciary duties towards Aboriginal peoples.

[44] Le 11 décembre 2001, M. Di Gangi a écrit au commissaire à l'information pour l'inviter à enquêter sur le refus du statisticien en chef de divulguer les résultats des recensements demandés. Il a ajouté que le refus de divulguer les renseignements pertinents dans le cadre des revendications territoriales était particulièrement préoccupant compte tenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

[45] The Information Commissioner undertook an investigation of the complaint, and asked for representations from the Chief Statistician. In a letter dated September 18, 2002, Pamela White, Access to Information and Privacy Coordinator, Statistics Canada, responded. She stated that, since paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* only applies "Subject to any other Act of Parliament," including the prohibition of disclosure in subsection 17(1) of the *Statistics Act*, it did not confer any discretion on the Chief Statistician to disclose the census returns requested by Mr. Di Gangi. There followed further correspondence and meetings between officials of the Information Commissioner and of Statistics Canada. However, they could not reach a consensus on the issues.

[45] Le commissaire à l'information a commencé à instruire la plainte et a demandé au statisticien en chef de soumettre des observations. Dans une lettre datée du 18 septembre 2002, Pamela White, coordonnatrice, Programme d'accès à l'information et protection des renseignements personnels, Statistique Canada, a répondu. Elle a déclaré que, puisque l'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique uniquement « sous réserve d'autres lois fédérales », y compris l'interdiction de communication imposée par le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique*, le statisticien en chef ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire de communiquer les résultats de recensements demandés par M. Di Gangi. D'autres lettres ont suivi et des rencontres entre les représentants du commissaire à l'information et de Statistique Canada ont eu lieu. Cependant, il n'ont pas pu parvenir à un consensus sur les questions.

[46] On November 12, 2002, the Information Commissioner wrote to Ivan Fellegi, the Chief Statistician, expressing his provisional view that the requested census returns could be disclosed under paragraph 17(2)(d) of the Access Act by virtue of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*. He added that the fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal peoples required the Chief Statistician to avoid taking a narrow view of the discretion to disclose census records, to the prejudice of the ability of the Algonquin bands to establish their land claim.

[46] Le 12 novembre 2002, le commissaire à l'information a écrit à Ivan Fellegi, le statisticien en chef, pour exprimer, sous toute réserve, son opinion selon laquelle l'alinéa 17(2)d de la *Loi sur l'accès à l'information*, en vertu de l'alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, permettait la communication des résultats de recensements demandés. Il a ajouté que l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones faisait en sorte que le statisticien en chef devait éviter d'interpréter de manière restrictive son pouvoir discrétionnaire de communiquer les relevés de recensements, au détriment de la capacité des bandes algonquines d'établir leur revendication territoriale.

[47] In a letter dated December 5, 2002, Dr. Fellegi acknowledged the importance of the purposes for which Mr. Di Gangi wanted the census returns in question. However, he said, the use to which a requester under the Access Act intends to put the returns is immaterial. For the reasons already canvassed, he denied that paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* gave him a discretion to disclose and that Statistics Canada owed any fiduciary duty to Aboriginal peoples to provide the information requested.

[48] On December 3, 2003, the Information Commissioner wrote to Dr. Fellegi to report to his Minister, the Minister of Industry, the results of the investigation. For the reasons indicated in his letter of November 12, 2002, the Information Commissioner recommended disclosure. In particular, the information requested is “available to the public” because it could be disclosed to Aboriginal bands for the purpose of researching or validating claimed Aboriginal rights.

[49] On December 11, 2003, Dr. Fellegi replied that he did not accept the recommendations. For the reasons given in his letter of December 5, 2002, he was of the opinion that disclosure would be contrary to both the *Statistics Act* and the *Privacy Act*. He noted also that, as an alternative, the 1940 National Registration records could be disclosed, because, although under the custody of Statistics Canada, they are not subject to the *Statistics Act*.

[50] Mr. Di Gangi consented to an application to the Federal Court by the Information Commissioner under paragraph 42(1)(a) of the Access Act to review the Chief Statistician’s refusal to disclose the census returns.

[51] Disclosure of the census records for 1911 is no longer in issue. They became available to the ANS on

[47] Dans une lettre datée du 5 décembre 2002, M. Fellegi a reconnu l’importance des motifs pour lesquels M. Di Gangi souhaitait obtenir les relevés de recensements en question. Cependant, il a affirmé que l’usage que le demandeur souhaite faire des renseignements obtenus en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* n’est pas pertinent. Pour les raisons déjà exprimées, il n’a pas convenu que l’alinéa 8(2)(k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lui conférerait un pouvoir discrétionnaire de communiquer des renseignements ni que Statistique Canada avait l’obligation fiduciaire envers les peuples autochtones de leur fournir les renseignements demandés.

[48] Le 3 décembre 2003, le commissaire à l’information a écrit à M. Fellegi pour que celui-ci transmette à son ministre, le ministre de l’Industrie, les résultats de son enquête. Pour les motifs présentés dans sa lettre du 12 novembre 2002, le commissaire à l’information a recommandé que les renseignements soient communiqués. En particulier, les renseignements demandés sont « mis à la disposition du public », car il peuvent être communiqués aux bandes autochtones en vue de l’établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs.

[49] Le 11 décembre 2003, M. Fellegi a répondu qu’il n’avait pas suivi les recommandations. Pour les motifs exposés dans sa lettre du 5 décembre 2002, il était d’avis que la communication contreviendrait tant à la *Loi sur la statistique* qu’à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il a souligné que, comme solution de rechange, les Registres nationaux de 1940 pouvaient être communiqués parce que, bien qu’en la possession de Statistique Canada, ils ne sont pas assujettis à la *Loi sur la statistique*.

[50] M. Di Gangi a accepté que le commissaire à l’information demande à la Cour fédérale, en vertu de l’alinéa 42(1)(a) de la *Loi sur l’accès à l’information*, d’effectuer le contrôle judiciaire du refus par le statisticien en chef de communiquer les résultats des recensements.

[51] La communication des relevés du recensement de 1911 n’est plus en cause, puisque le SNA peut les

June 30, 2005, as result of *An Act to amend the Statistics Act*, S.C. 2005, c. 31, section 1. This amends the *Statistics Act* by adding subsection 18.1, which provides for the disclosure to the public of individual census returns after 92 years have elapsed since the information was collected and it has been transferred to care and control of the Library and Archives of Canada.

consulter depuis le 30 juin 2005, à la suite de la *Loi modifiant la Loi sur la statistique*, L.C. 2005, ch. 31, article 1. Cette loi modifie la *Loi sur la statistique* en y ajoutant l'article 18.1, lequel prévoit la communication au public des relevés des recensements 92 ans après que les renseignements ont été recueillis et le placement de ceux-ci sous la garde et la responsabilité de Bibliothèque et Archives du Canada.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[52] The application for review from which this appeal arises was brought under section 42 of the Access Act.

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

...

[53] The object of the Access Act is set out in subsection 2(1), and the right to access created to achieve it is contained in subsection 4(1).

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government

...

4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

(a) a Canadian citizen, or

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

C. LE CADRE LÉGISLATIF

[52] La demande de contrôle judiciaire qui a donné lieu au présent appel a été déposée en vertu de l'article 42 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour :

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

[. . .]

[53] L'objet de la *Loi sur l'accès à l'information* est énoncé au paragraphe 2(1) et le droit d'accès créé pour le réaliser se trouve au paragraphe 4(1).

2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

[. . .]

4. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi mais nonobstant toute autre loi fédérale, ont droit à l'accès aux documents relevant d'une institution fédérale et peuvent se les faire communiquer sur demande :

a) les citoyens canadiens;

b) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

Subsection 24(1) limits the broad scope of the right created by section 4. It appears under the heading “Statutory Prohibitions”.

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

[54] Schedule II lists sections of nearly 60 statutes, including section 17 of the *Statistics Act*. The prohibition of the disclosure of census returns in subsection 17(1) of the *Statistics Act* is modified by subsection 17(2). Paragraph 17(2)(d) is relevant to this appeal.

17. (1) Except for the purpose of communicating information in accordance with any conditions of an agreement made under section 11 or 12 and except for the purposes of a prosecution under this Act but subject to this section,

(a) no person, other than a person employed or deemed to be employed under this Act, and sworn under section 6, shall be permitted to examine any identifiable individual return made for the purposes of this Act; and

(b) no person who has been sworn under section 6 shall disclose or knowingly cause to be disclosed, by any means, any information obtained under this Act in such a manner that it is possible from the disclosure to relate the particulars obtained from any individual return to any identifiable individual person, business or organization.

(2) The Chief Statistician may, by order, authorize the following information to be disclosed:

...

(d) information available to the public under any statutory or other law;

[55] Paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is said by the Information Commissioner to be a law which makes “information available to the public” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*, and enables

Le paragraphe 24(1) limite la portée large du droit créé par l’article 4. Il se trouve sous la rubrique « Interdictions fondées sur d’autres lois ».

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

[54] L’annexe II énumère les dispositions de près de 60 lois, dont l’article 17 de la *Loi sur la statistique*. L’interdiction de communiquer les relevés des recensements prévue au paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique* est modifiée par le paragraphe 17(2). Dans le cadre du présent appel, l’alinéa 17(2)d) est pertinent.

17. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article et sauf pour communiquer des renseignements conformément aux modalités des accords conclus en application des articles 11 ou 12 ou en cas de poursuites engagées en vertu de la présente loi :

a) nul, si ce n’est une personne employée ou réputée être employée en vertu de la présente loi et qui a été assermentée en vertu de l’article 6, ne peut être autorisé à prendre connaissance d’un relevé fait pour l’application de la présente loi;

b) aucune personne qui a été assermentée en vertu de l’article 6 ne peut révéler ni sciemment faire révéler, par quelque moyen que ce soit, des renseignements obtenus en vertu de la présente loi de telle manière qu’il soit possible, grâce à ces révélations, de rattacher à un particulier, à une entreprise ou à une organisation identifiables les détails obtenus dans un relevé qui les concerne exclusivement.

(2) Le statisticien en chef peut, par arrêté, autoriser la révélation des renseignements suivants :

[. . .]

d) les renseignements mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit;

[55] L’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur l’accès à l’information*, selon le commissaire à l’information, est la disposition faisant en sorte que les renseignements sont « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa

the Chief Statistician to disclose the census returns requested by Mr. Di Gangi. It provides

8. . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

. . .

(k) to any aboriginal government, association of aboriginal people, Indian band, government institution or part thereof, or to any person acting on behalf of such government, association, band, institution or part thereof, for the purpose of researching or validating the claims, disputes or grievances of any of the aboriginal peoples of Canada;

D. FEDERAL COURT DECISION

[56] Justice Kelen allowed the Information Commissioner's application, set aside the Chief Statistician's refusal to disclose the census records for 1921, 1931 and 1941, and remitted the matter with a direction that they be disclosed to Dr. Morrison, a researcher engaged by the ANS, subject to his undertaking to keep confidential personal information in those records relating to non-Aboriginal persons. Justice Kelen based his decision on the following analysis.

[57] First, after conducting a pragmatic and functional analysis, he concluded that the Chief Statistician's refusal to disclose the requested census returns was reviewable on a standard of correctness.

[58] Second, he found as a fact that the census records were necessary for enabling the ANS "to properly document their land claim," and "probably the best evidence of the proof required to complete the evidence of their continued occupation of the territory in question": paragraph 28. He described (at paragraph 8) the meticulous, "on-the-ground" manner in which the census enumerators had gathered information in the

17(2)d) de la *Loi sur la statistique* et permettant au statisticien en chef de communiquer les relevés de recensements demandés par M. Di Gangi. Il est rédigé ainsi :

8. [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

[. . .]

k) communication à tout gouvernement autochtone, association d'autochtones, bande d'Indiens, institution fédérale ou subdivision de celle-ci, ou à leur représentant, en vue de l'établissement des droits des peuples autochtones ou du règlement de leurs griefs;

D. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[56] Le juge Kelen a accueilli la demande du commissaire à l'information, a annulé la décision du statisticien en chef de refuser la communication des recensements pour les années 1921, 1931 et 1941 et a renvoyé l'affaire en ordonnant que ces recensements soient communiqués à M. Morrison, un chercheur engagé par le SNA, à la condition qu'il s'engage à protéger la confidentialité des renseignements personnels qui s'y trouvent concernant des personnes qui ne sont pas autochtones. Le juge Kelen a fondé sa décision sur l'analyse suivante.

[57] Premièrement, après avoir procédé à une analyse pragmatique et fonctionnelle, il a conclu que le refus par le statisticien en chef de communiquer les relevés de recensements demandés était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[58] Deuxièmement, il a tiré la conclusion de fait que les relevés de recensements étaient nécessaires pour permettre aux bandes du SNA de « bien documenter leur revendication territoriale » et qu'ils « sont sans doute les meilleurs éléments de la preuve requise pour établir la continuité de leur occupation du territoire en question » : paragraphe 28. Il a décrit (au paragraphe 8) la manière méticuleuse « sur le terrain » qu'ont utilisée les

years in question, going from household to household with an interpreter.

The enumerators gathered information including the name, address or geographic location, the racial or tribal origin, the language, and other personal information from each person and family residing in that territory.

[59] In contrast, the national register, prepared in 1940 for conscription purposes and listing all persons over the age of 16, was inadequate for the purposes of the ANS. For example, the national register did not cover the entire time period of interest to the ANS; many young men likely avoided registration in order not to be conscripted; it did not include persons under the age of 16; and the information collection methodology was not as comprehensive or thorough as the census.

[60] Third, Justice Kelen rejected the argument that subsection 24(1) of the Access Act imposes an absolute duty on the Chief Statistician not to disclose information in census returns which reveal the identity of individuals. He held that this provision, in effect, incorporates section 17 of the *Statistics Act* into the Access Act, including the provisions of subsection 17(2) permitting the Chief Statistician to disclose census information in the circumstances that it describes.

[61] Fourth, section 35 of the *Constitution Act, 1982*, which entrenches the existing treaty and Aboriginal rights of the Aboriginal peoples of Canada, is an “other law” for the purpose of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. The honour of the Crown, and its associated fiduciary duties, requires the disclosure to the ANS of information in the possession of the government that is necessary for the validation of their land claims.

[62] Fifth, the *Privacy Act* is “statutory law” for the purpose of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. The

recenseurs pour recueillir les renseignements pour ces années en question, se rendant de ménage en ménage, accompagnés d’un interprète.

[Les recenseurs] ont recueilli des renseignements, notamment le nom, l’adresse ou le lieu géographique, l’origine raciale ou tribale, la langue et d’autres renseignements personnels concernant chaque personne et famille résidant sur ce territoire.

[59] En revanche, les Registres nationaux, préparés en 1940 pour la conscription et nommant toutes les personnes âgées d’au moins 16 ans, ne conviennent pas aux objectifs du SNA. Par exemple, les Registres nationaux ne couvrent pas toute la période visée par le SNA; de nombreux jeunes hommes se sont probablement soustraits à l’inscription afin d’éviter la conscription; les personnes de moins de 16 ans ne sont pas inscrites; la méthode utilisée pour recueillir les renseignements n’était pas aussi complète ou minutieuse que lors des recensements.

[60] En troisième lieu, le juge Kelen a rejeté l’argument selon lequel le paragraphe 24(1) de la *Loi sur l’accès à l’information* impose au statisticien en chef l’obligation absolue de ne pas communiquer les renseignements contenus dans les relevés de recensement qui permettent d’identifier des individus. Il a conclu que, en fait, cette disposition incorporait l’article 17 de la *Loi sur la statistique* à la *Loi sur l’accès à l’information*, y compris la disposition du paragraphe 17(2) qui permet au statisticien en chef, dans les circonstances décrites, de communiquer des renseignements recueillis dans des recensements.

[61] Quatrièmement, l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui constitutionnalise les droits existants—Ancestraux au issus de traités—des peuples autochtones du Canada, constitue une « autre règle de droit » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. L’honneur de la Couronne, et ses obligations fiduciaires connexes, exigent que le gouvernement communique au SNA les renseignements en sa possession nécessaires à l’établissement des revendications territoriales des bandes indiennes.

[62] Cinquièmement, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est « une loi » au sens de

power in paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* to disclose to individuals acting on behalf of Aboriginal associations information relevant to an Aboriginal land claim renders the information “available to the public” within the meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*.

[63] In order to reach this conclusion, the Judge made three further findings. (1) The fact that all the permissive provisions in subsection 8(2) of the *Privacy Act* are stated to be “Subject to any other Act of Parliament” does not remove subsection 8(2) from the category of “statutory law” which makes personal information “available to the public” under paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. In effect, he eliminated the potentially perpetual *renvoi* between the paragraphs 17(2)(d) and 8(2)(k) by interpreting the words, “Subject to any other Act of Parliament” as not including paragraph 17(2)(d). (2) Information is “available” when it is capable of being obtained. (3) In the present context “the public” should be interpreted broadly to include a section of the public or even an individual member of the public, and not limited the public as a whole.

[64] Sixth, Justice Kelen concluded (at paragraph 62) that if, contrary to his view, section 17 of the *Statistics Act* prohibits the Chief Commissioner from disclosing the census returns requested in this case, it is invalid because it denies rights protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. Such a statutory restriction on Aboriginal peoples’ right to obtain “their own census records necessary to prove their land title claims” would be unwarranted.

E. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Standard of review

[65] Questions relating to the interpretation of the Access Act by an institution head in refusing to disclose

l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. Le pouvoir conféré par l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de communiquer aux représentants d’associations d’autochtones les renseignements pertinents dans le cadre de revendication territoriales autochtones fait en sorte que les renseignements sont « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*.

[63] Pour en venir à cette conclusion, le juge a tiré trois autres conclusions. 1) Bien que les exceptions prévues au paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’appliquent « sous réserve d’autres lois fédérales », le paragraphe 8(2) n’est pas moins une « loi » faisant en sorte que les renseignements personnels sont « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. En effet, il a éliminé le risque de renvoi perpétuel entre les alinéa 17(2)d) et 8(2)k) en interprétant les mots « sous réserve d’autres lois fédérales » de manière à en exclure l’alinéa 17(2)d). 2) Les renseignements sont « mis à la disposition » du public quand celui-ci a la possibilité de les obtenir. 3) Dans le présent contexte, il faut donner une interprétation large au mot « public », de manière à ce qu’il inclue une partie du public ou même un seul membre du public, et non uniquement le public dans son ensemble.

[64] Sixièmement, le juge Kelen a conclu (au paragraphe 62) que si, contrairement à ce qu’il pense, l’article 17 de la *Loi sur la statistique* interdit au statisticien en chef de communiquer les relevés de recensements demandés en l’espèce, cette disposition serait invalide, car elle violerait les droits garantis par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il serait injustifié que la loi limite ainsi le droit des peuples autochtones d’obtenir « leurs propres dossiers de recensement nécessaires à l’établissement du bien-fondé de leurs revendications territoriales ».

E. LES QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question : La norme de contrôle

[65] Les questions relatives à la façon dont le responsable d’une institution interprète la *Loi sur*

records in response to an access request are reviewable on a standard of correctness, while the exercise of any statutory discretion under the Access Act is reviewable for unreasonableness *simpliciter*: see, for example, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraphs 14-19; *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, [2002] 1 F.C. 421 (F.C.A.), at paragraphs 28-47.

l'accès à l'information pour refuser de communiquer des dossiers en réponse à une demande d'accès sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, tandis que l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur l'accès à l'information* est susceptible de contrôle selon la décision déraisonnable *simpliciter* : voir, par exemple, *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, [2003] 1 R.C.S. 66, aux paragraphes 14 à 19; *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [2002] 1 C.F. 421 (C.A.F.), aux paragraphes 28 à 47.

Issue 2: Does the Access Act apply to section 17 of the *Statistics Act*?

Deuxième question : La *Loi sur l'accès à l'information* s'applique-t-elle à l'article 17 de la *Loi sur la statistique*?

[66] The answer to this question turns on the interpretation of subsection 24(1) of the Access Act. The Information Commissioner argues that subsection 24(1) only prevents the Chief Statistician from disclosing census returns when not permitted by section 17, but that, in other respects, the Access Act applies to information about individuals in census returns.

[66] La réponse à cette question dépend de l'interprétation du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le commissaire à l'information soutient que le paragraphe 24(1) n'empêche le statisticien en chef que de communiquer les relevés de recensements lorsque l'article 17 l'interdit, mais que, pour le reste, la *Loi sur l'accès à l'information* s'applique aux renseignements personnels contenus dans les recensements.

[67] Thus, a refusal by the Chief Statistician to disclose census records which may be disclosed under subsection 17(2) would be reviewable within the framework of the Access Act and, in particular, its objects and the general duty to disclose records in the control of a government institution. A refusal could be investigated by the Information Commissioner and, if the resulting recommendations were not accepted, he could make an application to the Federal Court under section 42.

[67] Par conséquent, le refus par le statisticien en chef de communiquer les relevés de recensements dont le paragraphe 17(2) autorise la communication serait susceptible de contrôle selon le cadre prévu par la *Loi sur l'accès à l'information* et, en particulier, selon l'objet de la Loi et l'obligation générale qu'elle crée de communiquer les dossiers en la possession d'une institution fédérale. Un refus peut faire l'objet d'une enquête par le commissaire à l'information et, si les recommandations qui en découlent ne sont pas suivies, celui-ci peut déposer une demande auprès de la Cour fédérale en vertu de l'article 42.

[68] In other words, the disclosure of information covered by provisions listed in Schedule II of the Access Act, including section 17 of the *Statistics Act*, is the subject of two regimes: the particular provisions in the statutes listed in Schedule II and the general scheme of the Access Act.

[68] En d'autres termes, la communication des renseignements visés par les dispositions énumérées à l'annexe II de la *Loi sur l'accès à l'information*, dont l'article 17 de la *Loi sur la statistique*, est assujettie à deux régimes : les dispositions particulières des lois figurant à l'annexe II et l'esprit général de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[69] In my opinion, this is not a correct interpretation of subsection 24(1) of the Access Act. This provision imposes an unqualified duty on the head of a government institution to “refuse to disclose any record requested under this Act” [underlining added] which contains information, the disclosure of which is “restricted” [underlining added] by a provision listed in Schedule II. When subsections (1) and (2) of section 17 of the *Statistics Act* are read together, they restrict, without prohibiting entirely, the disclosure of information contained in census returns.

[70] Hence, the plain language of subsection 24(1) prohibits the Chief Statistician from disclosing information within the scope of section 17 when it is requested under the Access Act. The legislative record supports the conclusion that the intention of Parliament was that information may not be disclosed under the Access Act if its disclosure is restricted under a provision listed in Schedule II.

[71] First, during the Parliamentary consideration of clause 25 of Bill C-43 [*An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*], which became section 24 of the Access Act, the Minister responsible for introducing the legislation, the Honourable Francis Fox, Secretary of State and Minister of Communications, moved an amendment to append Schedule II.

[72] Concern was expressed by Members and, in particular, by Mr. Svend Robinson, that the clause might go too far, because it could be interpreted as prohibiting the disclosure of information under the Access Act which the relevant listed statutory provision did not prohibit, but merely restricted: *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Committee on Justice and Legal Affairs, Issue No. 52 (November 4, 1981), at page 17. This observation would apply to section 17 of the *Statistics Act*.

[69] À mon avis, il ne s'agit pas d'une bonne interprétation du paragraphe 24(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cette disposition impose une obligation non qualifiée au responsable d'une institution fédérale de « refuser la communication de documents » [soulignement ajouté] contenant des renseignements dont la communication est « restreinte » [soulignement ajouté] en vertu d'une disposition figurant à l'annexe II. Quand les paragraphes (1) et (2) de l'article 17 de la *Loi sur la statistique* sont examinés ensemble, ils restreignent, sans l'interdire absolument, la communication des renseignements contenus dans les recensements.

[70] Par conséquent, le libellé clair du paragraphe 24(1) interdit au statisticien en chef de communiquer des renseignements visés par l'article 17 quand ils sont demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les comptes rendus législatifs viennent étayer la conclusion selon laquelle l'intention du législateur était d'interdire la communication de renseignements demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* si leur communication était restreinte par une des dispositions figurant à l'annexe II.

[71] En premier lieu, au cours de l'examen parlementaire de la clause 25 du projet de loi C-43 [*Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*], qui est devenu l'article 24 de la *Loi sur l'accès à l'information*, le ministre ayant introduit la loi, M. Francis Fox, secrétaire d'État et ministre des Communications, a fait adopter une modification pour adjoindre l'annexe II.

[72] Certains députés, dont M. Svend Robinson en particulier, ont affirmé craindre que la disposition aille peut-être trop loin, car elle pouvait être interprétée comme interdisant la communication de renseignements demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* alors que les dispositions figurant à la liste n'énonçaient pas une interdiction, mais seulement une restriction : Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la justice et des questions juridiques, fascicule n° 52 (4 novembre 1981),

page 17. Cette observation s'appliquerait à l'article 17 de la *Loi sur la statistique*.

[73] Mr. Robinson's understanding of clause 25 was endorsed by an official from the Privy Council Office, Mr. Robert Auger, who was in attendance with the Minister. After Mr. Robinson read the words of clause 25, "the head of a government institution shall refuse to disclose any record", Mr. Auger interjected, "When it is requested under access to information. That is part of the scheme": *ibid.*, at page 18. That is to say, the disclosure of information included in section 17 of the *Statistics Act* shall not be disclosed if requested under the Access Act.

[74] Second, in a subsequent review of the Access Act, the Honourable John Crosbie, Minister of Justice and Attorney General of Canada, explained the function of section 24 and the exemptions from the Access Act which it created (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Solicitor General, Issue No. 10 (May 8, 1986)*, at page 7:

The importance of those exemptions, of course, is twofold. First, by their very nature they are somewhat general, since they deal with the whole body of government information, and the specific provisions contained in individual pieces of legislation are crafted to deal with the particular problems associated with that legislation and therefore they are more precise. Secondly, such legislative schemes in any event require a particular type of protection of information they deal with which operates outside the *Access to Information Act*. It seems to me important from a practical point of view and from the point of view of consistency that one set of rules should apply rather than two. We would welcome your views on that.

[75] In short, these extracts support the conclusion that section 24 prohibits the disclosure under the Access Act of records governed by the statutory provisions listed in Schedule II, even if their disclosure is only restricted, but not prohibited, by a statute listed in Schedule II. If Parliament had intended only to prohibit the disclosure of information, the disclosure of which is

[73] Un représentant du Bureau du Conseil privé, M. Robert Auger, qui était présent avec le ministre, a souscrit à l'interprétation qu'a faite M. Robinson de la clause 25. Après lecture par M. Robinson du libellé de la clause 25 : « Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des documents », M. Auger a ajouté : « Lorsque la requête est faite en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Ceci fait partie des objectifs de la loi » : *ibid.*, page 18. C'est donc dire que les renseignements visés par l'article 17 de la *Loi sur la statistique* ne peuvent être divulgués s'ils sont demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*.

[74] En second lieu, lors d'un examen subséquent de la *Loi sur l'accès à l'information*, M. John Crosbie, ministre de la Justice et procureur général du Canada, a expliqué la fonction de l'article 24 et des exceptions à la *Loi sur l'accès à l'information* qu'il créait (Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 10 (8 mai 1986), à la page 7) :

L'importance de ces exceptions est évidemment double. Premièrement, de par leur nature, elles sont quelque peu générales, puisqu'elles renvoient à l'ensemble de l'appareil gouvernemental d'information, et que les dispositions particulières contenues dans chacune des lois sont modelées de manière à répondre aux problèmes particuliers visés par lesdites lois et sont donc plus détaillées. Deuxièmement, de telles dispositions législatives nécessitent de toute façon un système particulier de protection pour les renseignements qu'elles visent parallèlement à la *Loi sur l'accès à l'information*. Il me semble important aussi bien en termes pratiques qu'en termes de cohérence d'appliquer un seul ensemble de règles plutôt que deux. Nous serions heureux de connaître votre opinion à ce sujet.

[75] Bref, ces passages étayaient la conclusion selon laquelle l'article 24 interdit la communication, demandée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, de documents régis par une des dispositions législatives énumérées à l'annexe II, et ce, même si leur divulgation n'est que restreinte, et non interdite, par la disposition figurant à l'annexe II. Si le législateur avait eu

prohibited by a Schedule II statutory provision it could easily have said so. Moreover, since Parliament subjected the Schedule II exclusions to five-year reviews by a Parliamentary committee (Access Act, subsection 24(2)), it can readily make an exception for Indian bands if it so chooses.

[76] Nonetheless, it remains open for an individual to request the Chief Statistician, outside the Access Act, to disclose census information in accordance with subsection 17(2) of the Statistics Act.

Issue 3: Even though the Information Commissioner's application under section 42 was misconceived, should the Court nonetheless decide the other issues of statutory interpretation in dispute?

[77] Since the census returns requested by Mr. Di Gangi fall within section 17, the Chief Statistician was bound by subsection 24(1) to refuse to disclose them because they were requested under the Access Act. As counsel for the Minister put it at the hearing in this Court, the request for disclosure came through the "wrong door". He submitted that the Court should simply allow the appeal, leaving Mr. Di Gangi at liberty to approach the Chief Statistician through the "right door" by making a direct request to the Chief Statistician to disclose the census records for the years in question pursuant to paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. If this request were refused, Mr. Di Gangi could make an application for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 28, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[78] In the circumstances of this case, I do not agree that this would be an appropriate way to deal with the issue of whether the records requested are "information available to the public" under paragraph 17(2)(d) by virtue of the provision in paragraph 8(2)(k) of the

l'intention uniquement d'interdire la communication de l'information dont la divulgation est interdite par une disposition figurant à l'annexe II, il aurait facilement pu l'indiquer. En outre, puisque le législateur a ordonné qu'un comité parlementaire examine tous les cinq ans les exceptions prévues à l'annexe II (*Loi sur l'accès à l'information*, paragraphe 24(2)), il pourrait facilement faire une exception pour les bandes indiennes s'il le voulait.

[76] Néanmoins, un individu peut tout de même demander au statisticien en chef, sans utiliser la *Loi sur l'accès à l'information*, de communiquer des renseignements contenus dans les recensements, en vertu du paragraphe 17(2) de la *Loi sur la statistique*.

Troisième question : Même si la demande présentée par le commissaire à l'information en vertu de l'article 42 était erronée, la Cour devrait-elle néanmoins trancher les autres questions d'interprétation des lois en litige?

[77] Puisque les relevés de recensements demandés par M. Di Gangi sont visés par l'article 17, le statisticien en chef était tenu par le paragraphe 24(1) d'en refuser la communication, car ils ont été demandés en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Comme l'avocat du ministre l'a dit à l'audience devant la Cour, la demande de divulgation a été introduite par [TRADUCTION] « la mauvaise porte ». Il a soutenu que la Cour devrait accueillir l'appel et permettre à M. Di Gangi de présenter sa demande au statisticien en chef par [TRADUCTION] « la bonne porte », c'est-à-dire en demandant directement au statisticien en chef de communiquer les recensements des années en question en vertu de l'alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. Si cette demande était refusée, M. Di Gangi pourrait alors en demander le contrôle judiciaire en vertu de 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*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[78] Dans les circonstances en l'espèce, je ne crois pas que ce soit la bonne façon de trancher la question de savoir si les documents demandés sont des « renseignements mis à la disposition du public » au sens de l'alinéa 17(2)d) en vertu de l'alinéa 8(2)k) de la *Loi*

Privacy Act, which authorizes the disclosure of personal information requested by Aboriginal bands in connection with their claims. It would be unduly formalistic, unfair to those represented by the ANS, and wasteful of time and resources, to allow the appeal on the narrow jurisdictional ground urged by the Minister.

sur la protection des renseignements personnels, lequel autorise la communication de renseignements personnels demandés par des bandes autochtones relativement à leurs revendications. Accueillir l'appel sur le mince fondement juridique avancé par le ministre serait formaliste sans raison, causerait une injustice envers ceux qui sont représentés par le SNA et constituerait un gaspillage de temps et de ressources.

[79] Whether the Chief Statistician is authorized by statute to disclose the records sought on behalf of the ANS depends on the answers to the following two questions. First, is paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* a “statutory law” for the purpose of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*? Second, if it is, do the words “available to the public” in paragraph 17(2)(d) include information available to a section of the public?

[79] La réponse aux deux questions suivantes permettra de savoir si la loi permet au statisticien en chef de communiquer les dossiers demandés au nom du SNA. D’abord, l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est-il une « loi » aux fins de l’application de l’alinéa 17(2)d de la *Loi sur la statistique*? Ensuite, si c’est le cas, les mots « mis à la disposition du public » de l’alinéa 17(2)d incluent-ils les renseignements mis à la disposition d’une partie du public?

Issue 4: Do the words “statutory law” in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* include paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*?

Quatrième question : Le mot « loi » de l’alinéa 17(2)d de la *Loi sur la statistique* inclut-il le paragraphe 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*?

[80] The Minister argues that it is futile to consider paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* in order to determine whether the disclosure of personal information that it permits makes individual census returns “available to the public” and thus capable of disclosure under paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. This is because subsection 17(1) of the *Statistics Act* specifically prohibits the disclosure of census returns.

[80] Le ministre soutient qu’il est futile de prendre en compte l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour déterminer si la communication de renseignements personnels qu’il autorise fait en sorte que les recensements sont « mis à la disposition du public » et donc susceptibles d’être communiqués en vertu de l’alinéa 17(2)d de la *Loi sur la statistique*. Il en serait ainsi parce que le paragraphe 17(1) de la *Loi sur la statistique* interdit expressément la communication des relevés de recensements.

[81] The problem with this argument is that it disregards subsection 17(2) of the *Statistics Act*, which permits the Chief Statistician to disclose them in certain circumstances, including, of course, when they are available to the public by virtue of a statute. However, the Minister argues, a reference back to paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* pursuant to paragraph 17(2)(d) does not advance the requester’s case, but merely commences another trip around the circle.

[81] Le problème posé par cet argument est qu’il fait fi du paragraphe 17(2) de la *Loi sur la statistique*, lequel permet au statisticien en chef de communiquer les recensements dans certaines circonstances, y compris, de toute évidence, quand ils sont mis à la disposition du public en vertu d’une loi. Cependant, selon le ministre, un renvoi à l’alinéa 8(2)k de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en vertu de l’alinéa 17(2)d ne fait pas progresser la cause du demandeur, il ne fait qu’amorcer un autre tour du cercle.

[82] I disagree. Certainly, the two paragraphs of these statutes do not fit easily together. However, it would be unrealistic to assume that, when drafting one, the drafter had the other in mind. In my view, the applications Judge was correct to end the circularity by, in effect, concluding that the introductory words of subsection 8(2), “Subject to any other Act of Parliament,” do not apply to section 17, since this provision expressly permits the disclosure of information which another statute makes “available to the public”. Paragraph 17(2)(d) negates the idea that disclosure under the *Statistics Act* is governed by a self-contained code and permits of no reference to other legislation.

[83] I can see no rationale for the Minister’s interpretation. What justification could there be for prohibiting the Chief Statistician from disclosing personal information which the *Privacy Act* makes available to the public?

Issue 5: Is information “available to the public” for the purpose of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* when it is not available to everyone?

[84] Paragraph 17(2)(d) permits the disclosure of information which is “available to the public” under any statute. As an exception to the general prohibition on the disclosure of personal information under the control of a government institution in subsection 8(1) of the *Privacy Act*, paragraph 8(2)(k) permits its disclosure to, among others, Indian bands who require it for the purpose of researching aboriginal claims. It is conceded that the census returns at issue in the present appeal constitute personal information.

[85] Paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* provides that the Chief Statistician may disclose information “available to the public under any statutory or other law.” Since paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act* is “statutory law” for this purpose, the question is whether information which may be disclosed under this paragraph is thereby “available to the public” within the

[82] Je ne suis pas d’accord. Bien sûr, les alinéas en question de ces deux lois sont difficilement conciliables. Cependant, il ne serait pas réaliste de présumer que le rédacteur, lorsqu’il en a rédigé un, avait l’autre en tête. À mon avis, le juge qui a entendu la demande avait raison de mettre fin au cercle vicieux en concluant en fait que les premiers mots du paragraphe 8(2), « [s]ous réserve d’autres lois fédérales », ne s’appliquent pas à l’article 17 puisque cette disposition autorise expressément la communication de renseignements qu’une autre loi a « mis à la disposition du public ». L’alinéa 17(2)d) réfute l’idée que la communication en vertu de la *Loi sur la statistique* est régie par un code complet en soi et ne permet aucun renvoi à d’autres lois.

[83] Je ne vois aucun fondement à l’interprétation du ministre. Qu’est-ce qui justifierait d’interdire au statisticien en chef de communiquer des renseignements personnels que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* met à la disposition du public?

Cinquième question : Des renseignements sont-ils « mis à la disposition du public » aux fins de l’application de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* quand ils ne sont pas à la disposition de tous?

[84] L’alinéa 17(2)d) permet la communication de renseignements qui sont « mis à la disposition du public » en vertu d’une loi. À titre d’exception à l’interdiction générale de communiquer des renseignements personnels qui relèvent d’une institution fédérale, laquelle est énoncée au paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’alinéa 8(2)k) en autorise la divulgation entre autres aux bandes indiennes qui en ont besoin en vue de l’établissement de leurs droits. Les parties conviennent que les relevés de recensements en cause dans le présent appel constituent des renseignements personnels.

[85] L’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* prévoit que le statisticien en chef peut communiquer les renseignements « mis à la disposition du public en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit ». Puisque l’alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est une « loi » pour l’application de l’alinéa 17(2)d), la question est de

meaning of paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act*. In my opinion, it is not.

[86] As evidence of the ordinary meaning of this phrase, dictionaries define the words “the public” to include “the body politic,” “people collectively,” and “the members of the public” (*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, s.v. “public”) and “the community in general, or members of the community” (*The Canadian Oxford Dictionary*, s.v. “public”). Similarly, *Le Nouveau Petit Robert; Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (s.v. “public”) provides as the first two definitions of “public” when used as a noun, “L’État, la collectivité” and “Les gens, la masse de la population”.

[87] Hence, information is “available to the public” when anyone may readily access or obtain it by virtue of being a member of the Canadian population. The fact that members of Aboriginal bands, or persons acting on their behalf, may obtain it for the purpose of researching an Aboriginal claim would not seem to make it “available to the public,” since it is not available to the population as a whole; indeed, it is available to only a relatively small percentage of the population. In order to access information through paragraph 8(2)(k), a person must establish a connection with particular groups within the Canadian population: being a member of the community at large is not enough.

[88] However, the noun “public,” can also mean “a section of the community having a particular interest in or special connection with the person or thing specified (freq. w. possess. adj.):” *The New Shorter Oxford English Dictionary*. The *Canadian Oxford Dictionary* (s.v. “public”) illustrates this latter meaning: “the reading public” and “my public demands my loyalty”.

savoir si les renseignements qui peuvent être communiqués en vertu de l’alinéa 8(2)k) sont de ce fait « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique*. Selon moi, ils ne le sont pas.

[86] En tant que preuve du sens ordinaire de cette expression, les dictionnaires définissent les mots « le public » de façon à ce qu’ils désignent la société (« *the body politic* »), la population dans son ensemble (« *people collectively* ») et les membres du public (« *the members of the public* ») (*The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* s.v. « public ») ainsi que la collectivité en général ou les membres de la collectivité (« *the community in general, or members of the community* ») (*The Canadian Oxford Dictionary*, s.v. « public »). De manière semblable, *Le Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (s.v. « public ») attribue en premier au nom « public » les sens suivants : « L’État, la collectivité » et « Les gens, la masse de la population ».

[87] Par conséquent, des renseignements sont « mis à la disposition du public » quand quiconque peut y accéder ou les obtenir du simple fait d’appartenir à la population canadienne. Le fait que les membres de bandes autochtones, ou leurs représentants, puissent obtenir des renseignements en vue de l’établissement des droits des peuples autochtones ne semble pas en faire des renseignements « mis à la disposition du public », puisqu’ils ne sont pas mis à la disposition de la population dans son ensemble; en fait, ils sont mis uniquement à la disposition d’un pourcentage relativement faible de la population. Afin d’obtenir des renseignements par l’alinéa 8(2)k), une personne doit prouver qu’elle appartient à un groupe particulier au sein de la population canadienne : être membre de la collectivité en général ne suffit pas.

[88] Cependant, le nom « public » peut également désigner une partie de la population partageant un intérêt commun ou un lien particulier avec la personne ou la chose indiquée (« *a section of the community having a particular interest in or special connection with the person or thing specified (freq. w. possess. adj.)* ») : *The New Shorter Oxford English Dictionary*.

Similarly, *Le Nouveau Petit Robert* indicates that “public” may also refer to a group within the broader population, such as “L’ensemble des gens qui lisent, voient, entendent les œuvres (littéraires, artistiques, musicales), les spectacles”, and those whom someone wishes to reach: “il a son public”.

The Canadian Oxford Dictionary (s.v. « public ») donne deux exemples du mot utilisé en ce sens : « *the reading public* » et « *my public demands my loyalty* ». De façon semblable, selon *Le Nouveau Petit Robert*, le nom « public » peut aussi désigner un groupe au sein de la population générale, comme « L’ensemble des gens qui lisent, voient, entendent les œuvres (littéraires, artistiques, musicales), les spectacles », et la partie de la population qu’une personne souhaite toucher : « il a son public ».

[89] In my opinion, these latter meanings do not much help the ANS, since membership of the sections of the public included in these definitions is limited only by a common interest in an activity (listening to music or looking at art, for example). It is not limited to members of particular ethnic groups, for example, or to those who possess some analogous personal attribute or qualification.

[89] À mon avis, ces dernières définitions n’aident pas beaucoup le SNA, puisque l’appartenance aux sections du public dont il est question dans ces définitions n’est circonscrite que par un intérêt commun pour une activité (écouter de la musique ou regarder des œuvres d’art, par exemple). Il ne s’agit pas de membres d’un groupe ethnique particulier, par exemple, ou de personnes qui possèdent une quelconque qualité personnelle ou qualification commune.

[90] As for the use of “public” in the law, *Black’s Law Dictionary* defines “public,” when used as a noun, to mean, “The people of a nation or community as a whole.” However, Daphne Dukelow and Betsy Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1995) include the following salutary words of Lord Wright, M.R. in *Jennings v. Stephens*, [1936] 1 Ch. 469 (C.A.), at page 476, describing “public” as “a term of uncertain import it must be limited in every case by the context in which it is used.”

[90] Pour ce qui est de l’usage du mot « public » en droit, le *Black’s Law Dictionary* définit le nom « public » de manière à ce qu’il désigne la population d’une nation ou d’une collectivité dans son ensemble (« *The people of a nation or community as a whole* »). Cependant, Daphne Dukelow et Betsy Nuse, dans *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd., Scarborough, Ont. : Carswell, 1995), citent les paroles salutaires suivantes de Lord Wright, M.R., dans *Jennings v. Stephens*, [1936] 1 Ch. 469 (C.A.), à la page 476, lesquelles décrivent le mot « public » comme un terme dont la signification est incertaine et dont la portée doit être limitée chaque fois par le contexte dans lequel il est utilisé (« *a term of uncertain import it must be limited in every case by the context in which it is used* »).

[91] The phrase “available to the public” occurs in a number of federal statutes, including, for example, the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, section 59 [as am. by S.C. 1998, c. 26, s. 59(E)] (duty to make a copy of an arbitration decision award “available to the public”); *Canada Pension Plan Investment Board Act*, S.C. 1997, c. 40, subsection 50(2) [as am. by S.C. 2003, c. 5, s. 16] (duty to make financial statements “available to the public”); *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42,

[91] L’expression « *available to the public* » (« mis à la disposition du public » dans la *Loi sur la statistique*) figure dans un certain nombre de lois fédérales, dont le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, article 59 [mod. par L.C. 1998, ch. 26, art. 59(A)] (*duty to make a copy of an arbitration decision award* « *available to the public* » / obligation de rendre une copie de la décision d’un arbitre « accessible au public »); la *Loi sur l’Office d’investissement du régime*

paragraph 2.2(1)(b) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 2] (“publication” of sound recordings means making copies “available to the public”); *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, subsection 69(3) (guidelines issued under the Act shall be made “available to the public”).

de pensions du Canada, L.C. 1997, ch. 40, paragraphe 50(2) [mod. par L.C. 2003, ch. 5, art. 16] (*duty to make financial statements “available to the public”* / obligation de mettre les états financiers « à la disposition du public »); la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, alinéa 2.2(1)b) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 2] (*“publication” of sound recordings means making copies “available to the public”* / le terme « publication » est défini comme étant la « mise à la disposition du public » d’exemplaires d’un enregistrement sonore); la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, paragraphe 69(3) (*guidelines issued under the Act shall be made “available to the public”* / le ministre qui établit les directives « les rend publiques »).

[92] The function of the phrase “available to the public” in paragraph 17(2)(d) of the *Statistics Act* is to connote the range of those to whom personal information in census returns must be legally available before it may be disclosed as an exception to the prohibition on disclosure in subsection 17(1). Subsection 2(2) of the *Access Act* uses the phrase “normally available to the general public” [underlining added]. This could be taken to indicate that, in the context of legislation dealing with access to and restrictions on information, the availability of information to “the public” is not the same as its availability to “the general public.” However, since the *Access Act* does not apply to requests for information covered by the *Statistics Act*, I would not attach much weight to an argument based on any presumption of consistency in the use of legislative language.

[92] L’expression « mis à la disposition du public » à l’alinéa 17(2)d) de la *Loi sur la statistique* sert à préciser quelles personnes doivent avoir à leur disposition les renseignements personnels contenus dans les relevés de recensements avant qu’ils ne puissent être communiqués en tant qu’exception à l’interdiction générale de communication énoncée au paragraphe 17(1). Le paragraphe 2(2) de la *Loi sur l’accès à l’information* utilise l’expression « normalement à la disposition du grand public » [soulignement ajouté]. Ce libellé pourrait être interprété comme indiquant que, dans une loi portant sur l’accès aux renseignements et à leur protection, être à la disposition du « public » ne signifie pas la même chose qu’être à la disposition du « grand public ». Cependant, puisque la *Loi sur l’accès à l’information* ne s’applique pas aux demandes de renseignements visés par la *Loi sur la statistique*, je n’accorderais pas beaucoup d’importance à un argument fondé sur une présomption de constance dans la langue législative.

[93] The legislative record provides some indication of the purpose underlying paragraph 17(2)(d), which first appeared as paragraph 16(3)(d) of the *Statistics Act*, S.C. 1970-71-72, c. 15. Its purpose was said to be to ensure that information did not acquire a greater degree of secrecy when it came into the possession of Statistics Canada than it had with its source: Canada, *Debates of the Senate*, 3rd Sess., 28th Parl. (October 21, 1971), at page 38 (Honourable Hédard Robichaud).

[93] Les comptes rendus législatifs donnent un aperçu des objectifs sous-tendant l’alinéa 17(2)d), qui figurait à l’origine à l’alinéa 16(3)d) de la *Loi sur la statistique*, S.C. 1970-71-72, ch. 15. Cet alinéa visait à faire en sorte que les renseignements, à leur passage sous la responsabilité de Statistique Canada, ne fassent pas l’objet d’un degré plus élevé de confidentialité qu’à leur lieu d’origine : Canada, *Débats du Sénat*, 3^e session, 28^e législature (21 octobre 1971), à la page 38 (M. Hédard Robichaud).

[94] However, this rationale does not fit well when, as in the present case, the information in question was supplied to Statistics Canada by the individuals to whom it relates, and when it only becomes available (to some but not all members of the public) after it has been collected. These are probably not situations contemplated by the drafter of the *Statistics Act*. To be consistent with the legislative purpose described above, paragraph 17(2)(d) should have said that the Chief Statistician may disclose information to persons to whom it is available under any statutory or other law. But this is not what it says.

[95] Moreover, if information is “available to the public” under paragraph 17(2)(d) whenever it is available to a section of the public, the question would arise as to whether Chief Statistician could disclose census information to any member of the public who requested it, or only to those who are members of the section of the public to which the information is available under another statute. Paragraph 17(2)(d) would only correspond to its stated purpose if disclosure was limited to members of the relevant section of the public. However, this would require additional words to be implied into paragraph 17(2)(d).

[96] The phrase “available to the public” in paragraph 17(2)(d) should also be interpreted in the broader context of the *Statistics Act*, particularly as it relates to the census. The data collected through the census are of the greatest importance in the planning of social and economic policies for the people of Canada, and in business planning. The reliability of this information depends on two aspects of the Act: the legal obligation, on pain of penalty, of those questioned to supply the information requested, and the government’s obligation not to disclose information about particular individuals without their consent.

[97] The importance of complete and accurate census information supports the view that paragraph 17(2)(d) should not be interpreted in a way that requires words to

[94] Cependant, ce raisonnement s’applique difficilement lorsque, comme en l’espèce, les renseignements en question ont été donnés à Statistique Canada par les individus concernés et quand les renseignements deviennent disponibles (pour certains mais pas tous les membres du public) après qu’ils ont été recueillis. Il ne s’agit probablement pas de situations envisagées par les rédacteurs de la *Loi sur la statistique*. Afin de respecter l’objet de la loi décrit ci-dessus, l’alinéa 17(2)d) aurait dû préciser que le statisticien en chef peut communiquer des renseignements aux personnes les ayant à leur disposition en vertu d’une loi ou de toute autre règle de droit. Mais ce n’est pas ce qui est écrit.

[95] En outre, si les renseignements sont « mis à la disposition du public » au sens de l’alinéa 17(2)d) dès qu’ils sont mis à la disposition d’une partie du public, la question serait alors de savoir si le statisticien en chef pourrait communiquer les renseignements contenus dans les recensements à tout membre du public qui les demande ou seulement aux individus appartenant à la partie du public ayant les renseignements à sa disposition en vertu d’une autre loi. L’alinéa 17(2)d) ne remplirait son objectif que si la communication était limitée aux membres de la partie pertinente du public. Cependant, pour parvenir à ce résultat, il faudrait sous-entendre des mots additionnels à l’alinéa 17(2)d).

[96] L’expression « mis à la disposition du public » de l’alinéa 17(2)d) doit aussi être interprétée dans le contexte global de la *Loi sur la statistique*, en particulier les dispositions ayant trait au recensement. Les données recueillies au moyen du recensement sont de la plus haute importance dans la planification des politiques sociales et économiques pour la population du Canada et dans la planification des activités. La fiabilité de ces renseignements dépend de deux éléments de la Loi : l’obligation légale, sous risque de peine, qu’ont les individus interrogés de fournir les renseignements demandés et l’obligation du gouvernement de ne pas communiquer les renseignements personnels des individus sans leur consentement.

[97] L’importance d’obtenir des renseignements complets et exacts par le recensement vient appuyer l’opinion selon laquelle l’interprétation de l’alinéa

be implied. In my opinion, the plain and ordinary meaning of the words is consistent with Parliament's primary concern, namely to protect the integrity of the census, and there is no reason to read broadly the exceptions to the general prohibition of disclosure. If Parliament had meant that the Chief Statistician may disclose to a person who is a member of a section of the public to which the information is statutorily available, it could have said so.

[98] Finally, I would note that my interpretation of paragraph 17(2)(d) does not undermine the utility of paragraph 8(2)(k) of the *Privacy Act*, because it is still available to enable an Indian band or association of aboriginal people to obtain for research purposes personal information, other than census records, held by a government institution. Indeed, as the Chief Statistician pointed out, the National Registration records could be made available in this way.

Issue 6: Should the Court decide whether there is a right to the disclosure of the census returns by virtue of section 35 of the *Constitution Act, 1982*?

[99] For the reasons given above, the Chief Statistician was correct to deny Mr. Di Gangi's request on the basis of the relevant statutes. In my opinion, it would be premature to decide whether the honour of the Crown in its dealings with Aboriginal peoples, or any other fiduciary duty of the Crown, obliges the Chief Statistician, as the head of an institution of the Government of Canada, to disclose the requested records by virtue of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[100] In essence, the constitutional argument is that, in the present context, the honour of the Crown puts the Crown under an obligation to avoid sharp practices when settling an Aboriginal claim, and that it would be a breach of this duty for the Crown to refuse to disclose material information in its possession.

17(2)d) ne doit pas nécessiter que des mots y soient sous-entendus. À mon avis, le sens ordinaire des mots est conforme à l'objectif principal du législateur, c'est-à-dire protéger l'intégrité du recensement, et il n'y a aucune raison de donner une large portée aux exceptions à l'interdiction générale de communiquer. Si le législateur avait voulu que le statisticien en chef puisse communiquer des renseignements à une personne appartenant à une section du public ayant les renseignements à sa disposition en vertu d'une loi, il aurait pu le dire.

[98] Finalement, je noterais que mon interprétation de l'alinéa 17(2)d) ne vient pas diminuer l'utilité de l'alinéa 8(2)k) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, car une bande indienne ou une association d'autochtones peut quand même l'invoquer pour obtenir des renseignements personnels, autres que des recensements, en la possession d'une institution fédérale dans le but de l'établissement de ses droits. En effet, comme l'a souligné le statisticien en chef, les Registres nationaux pourraient être communiqués en vertu de cette disposition.

Sixième question : La Cour devrait-elle déterminer si l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confère aux autochtones le droit de se voir communiquer les relevés des recensements?

[99] Pour les motifs exposés ci-dessus, le statisticien en chef avait raison de refuser la demande de M. Di Gangi en application des lois pertinentes. À mon sens, il serait prématuré de décider si l'honneur de la Couronne dans ses rapports avec les peuples autochtones, ou toute autre obligation fiduciaire de la Couronne, oblige le statisticien en chef, à titre de responsable d'une institution du gouvernement du Canada, de communiquer les dossiers demandés du fait de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[100] Essentiellement, l'argument constitutionnel veut que, dans le contexte en l'espèce, l'honneur de la Couronne oblige cette dernière à ne pas user de procédés indécents dans le règlement de revendications autochtones et la Couronne manquerait à cette obligation en refusant de communiquer les renseignements en sa possession.

[101] However, the parties are presently a long way from reaching the negotiating table. Nor do we know at this stage whether, in the light of other evidence, the Crown would insist on the production of proof by the claimants of genealogical and geographic continuity with respect to the disputed lands from 1912 to 1951.

[102] A request to the Chief Statistician may not be the most appropriate way for the ANS to raise the constitutional questions involved in this case, if, as is my view, the legislation does not permit the disclosure of the information requested.

F. CONCLUSIONS

[103] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss the Information Commissioner's application.

[101] Toutefois, les parties sont encore loin de la table des négociations. À l'heure actuelle, nous ne savons pas non plus, à la lumière des autres éléments de preuve, si la Couronne insisterait pour que les demandeurs produisent une preuve de la continuité généalogique et géographique de 1912 à 1951 relativement aux territoires en litige.

[102] Une demande au statisticien en chef ne constitue peut-être pas le moyen le plus approprié pour le SNA de soulever les questions constitutionnelles posées en l'espèce, si, comme je le crois, la loi ne permet pas la communication des renseignements demandés.

F. CONCLUSION

[103] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'infirmes le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais la demande du commissaire à l'information.

A-184-06
2007 FCA 182

A-184-06
2007 CAF 182

Omar Ahmed Khadr (*Appellant*)

Omar Ahmed Khadr (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Justice and Attorney General of Canada, The Minister of Foreign Affairs, The Director of the Canadian Security Intelligence Service, and The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (*Respondents*)

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien de renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (*intimés*)

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Ryer JJ.A.—Edmonton, March 13; Ottawa, May 10, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Ryer, J.C.A.—Edmonton, 13 mars; Ottawa, 10 mai 2007.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court's dismissal of application for judicial review seeking remedy under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges laid by U.S. Government — Appellant apprehended in 2002 by American military, currently detained in Guantánamo Bay, Cuba — Charged with several serious terrorism-related crimes, offences — Appellant obtaining redacted copies of some of Crown's documentary materials after submitting Access to Information requests, instituting court proceedings — Canadian officials interviewing appellant in Cuba, playing active role in gathering information, passing on summaries thereof to U.S. authorities — Since Canadian officials assisted U.S. authorities in conducting investigation against appellant, preparing case against him, Federal Court erring in concluding not sufficient causal connection between Canadian government's participation in foreign investigation, appellant's potential deprivation of life, liberty, security of person — Because establishing prima facie case of substantial risk of not being able to present full answer and defence to U.S. charges if denied access to relevant information, appellant having right to full disclosure of all relevant documents within Crown's possession, subject to Crown's privilege, public interest immunity claims reviewable by court of law — Appeal allowed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles déposées par le gouvernement des États-Unis — L'appellant a été appréhendé par l'armée américaine en 2002 et il est présentement détenu à Guantánamo Bay (Cuba) — Il a été accusé de plusieurs crimes et infractions graves liés au terrorisme — Après avoir soumis des requêtes en application de la Loi sur l'accès à l'information et institué des procédures judiciaires, l'appellant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents de la Couronne — Les responsables canadiens ont interrogé l'appellant à Cuba, ils ont joué un rôle actif dans la collecte de renseignements et ils ont communiqué des résumés des informations recueillies aux autorités américaines — Comme les responsables canadiens ont aidé les autorités américaines à conduire l'enquête contre l'appellant et à constituer un dossier contre lui, la Cour fédérale a erré en disant qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que l'appellant soit privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne — Ayant apporté un commencement de preuve montrant qu'il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis si l'accès aux documents pertinents lui était refusé, l'appellant avait droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents en la possession de la Couronne, sous réserve des revendications de privilège et d'immunité d'intérêt public de la Couronne, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux — Appel accueilli.

Criminal Justice — Evidence — Appeal from Federal Court's dismissal of application for judicial review seeking remedy under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 24(1) for violation of s. 7 right to full answer and defence to criminal charges — Crown having continuing obligation to disclose all relevant information to accused — Failure to do so impeding accused's ability to make full answer and defence — Federal Court erring when finding disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings, impede provision of consular services by Canada — However, since appellant not seeking direction or order purportedly directing Military Commission to do anything, disclosure order would not interfere with U.S. sovereign authority — Matter returned to Federal Court since impossible to decide whether Crown failed to comply with disclosure obligation as established by case law.

This was an appeal from the Federal Court's dismissal of an application for judicial review seeking a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) for a violation of the appellant's section 7 right to a full answer and defence to criminal charges. He sought an order of *mandamus* directing the respondents to make full and complete disclosure of all documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown that might be relevant to the charges laid against him by the U.S. Government. The appellant, a Canadian citizen, was apprehended by the American military in July 2002 and is detained in Guantánamo Bay, Cuba. He was charged with several serious terrorism-related crimes and offences for events alleged to have occurred in Afghanistan and elsewhere when the appellant was 15. He is awaiting prosecution by a U.S. Military Commission. Prior to the laying of charges, which carry a maximum penalty of life imprisonment, Canadian officials from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), with the consent of U.S. authorities, interviewed the appellant in Guantánamo Bay in the absence of his counsel. Canadian agents took a primary role in the interviews and were acting independently of U.S. authorities. Summaries of information collected were passed on to the RCMP and to U.S. authorities. Through requests made pursuant to the *Access to Information Act* (AIA) and through production and disclosure in Federal Court proceedings, the appellant obtained redacted copies of some of the documentary materials in the Crown's possession. The deletions and redactions were made on grounds of international relations, national defence and national security,

Justice criminelle et pénale — Preuve — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte), pour atteinte au droit reconnu par l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles — La Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l'information pertinente — La non-divulgation entrave à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la communication de documents pertinents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires introduites à l'étranger et aussi d'empêcher le Canada de fournir des services consulaires — Cependant, comme l'appellant ne sollicitait aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la commission militaire à agir de telle ou telle manière, l'ordonnance de divulgation ne porterait pas atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis — L'affaire a été renvoyée à la Cour fédérale parce la Cour ne pouvait dire si la Couronne s'était ou non conformée à son obligation selon la jurisprudence.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), pour atteinte au droit de l'appellant que lui reconnaît l'article 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. L'appellant sollicitait une ordonnance de *mandamus* enjoignant aux défendeurs de divulguer dans leur intégralité tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation portés contre lui par le gouvernement des États-Unis. L'appellant, un citoyen canadien, a été appréhendé par l'armée américaine en juillet 2002 et il est détenu à Guantánamo Bay (Cuba). L'appellant a été accusé de plusieurs crimes et infractions graves liés au terrorisme qui se rapportent à des événements qui se seraient déroulés en Afghanistan et ailleurs lorsqu'il était âgé de 15 ans. Il attend que des poursuites soient engagées par une commission militaire américaine. Avant le dépôt d'accusations, qui sont assorties d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité, des responsables canadiens du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) ont, avec l'assentiment des autorités américaines, interrogé l'appellant à Guantánamo Bay en l'absence de son avocat. Les agents canadiens ont joué le rôle principal au cours de ces entrevues et ils agissaient indépendamment des autorités américaines. Des résumés des informations recueillies ont été transmis à la GRC et aux autorités américaines. À la faveur de requêtes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* (la LAI) ainsi qu'à

and more specifically, under certain statutory exemptions under the AIA and a “specific public interest immunity” under section 38 of the *Canada Evidence Act*. After the charges were laid, the appellant’s counsel formally requested that copies of all materials in the possession of all departments of the Crown that might be relevant to the charges raised against the appellant be provided since it was his client’s constitutional right to raise full answer and defence but the respondents never replied thereto.

On judicial review, the Federal Court held that the requirement that there be a sufficient causal connection between the Government of Canada’s participation and the appellant’s potential deprivation of the right to life, liberty and security of the person was not met. The Court also concluded that the first two requirements for an order of *mandamus* to be granted were not met. The issues were: (1) whether the Federal Court erred in finding that the Charter does not have extraterritorial application in the circumstances of this case; (2) whether the application of the Charter interferes with the sovereign authority of the U.S.; (3) whether section 7 of the Charter was engaged; and (4) what was the nature of the order to be issued.

Held, the appeal should be allowed.

The Supreme Court of Canada decision in *R. v. Stinchcombe* established that the Crown has a continuing obligation, triggered by the request of an accused, to disclose all relevant information, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown’s discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant. A failure to disclose impedes an accused’s ability to make full answer and defence and creates the risk of an innocent person being convicted and imprisoned. The right to make full answer and defence has been entrenched in the section 7 protection of the right to life, liberty and security of the person. The Supreme Court of Canada has recognized that in rare circumstances the Charter may apply outside Canada.

(1) The guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty and security effected by actors other than the Canadian government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and

la faveur de la production et de la divulgation de documents dans des procédures introduites devant la Cour fédérale, l’appelant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents en la possession de la Couronne. Les suppressions et retranchements ont été pratiqués en raison de possibles atteintes aux relations internationales, à la défense nationale et à la sécurité nationale, et plus précisément en vertu de certaines exceptions prévues par la LAI et d’une «immunité spécifique d’intérêt public» au titre de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Après le dépôt des accusations, l’avocat de l’appelant a présenté une demande formelle pour obtenir une copie de tous les documents en la possession de tous les ministères de la Couronne qui pourraient intéresser les accusations portées contre l’appelant puisque ce dernier avait le droit constitutionnel d’opposer une défense pleine et entière aux accusations; les intimés n’ont toutefois pas répondu à cette demande.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la condition selon laquelle il doit exister un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement du Canada et le risque pour l’appelant d’être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n’était pas remplie. En outre, la Cour fédérale a conclu que les deux premières conditions devant être remplies pour que soit rendue une ordonnance de *mandamus* étaient absentes. Les questions à trancher étaient celles de savoir : 1) si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a statué que la Charte n’avait pas d’application extraterritoriale en l’espèce; 2) si l’application de la Charte fait obstacle à l’autorité souveraine des États-Unis; 3) si l’article 7 de la Charte a été mis en jeu; et 4) quelle était la nature de l’ordonnance devant être rendue.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe* établit que la Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l’information pertinente, qu’elle soit inculpatoire ou disculpatoire, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire de refuser de divulguer des renseignements qui sont privilégiés ou tout simplement hors de propos; cette obligation découle d’une demande présentée par l’accusé. La non-divuligation entrave à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et accroît le risque pour une personne innocente d’être déclarée coupable, puis incarcérée. Le droit de présenter une défense pleine et entière a été inscrit dans l’article 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Cour suprême du Canada a reconnu qu’en de rares circonstances, la Charte peut s’appliquer à l’étranger.

1) La garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal

the deprivation ultimately affected. The visits from Canadian officials were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. Summaries of the information collected were passed on to U.S. authorities and the Canadian officials were acting independently and were not under U.S. authorities' instructions. The participation of the Canadian officials in gathering evidence against the appellant at a pre-charge level raised a justiciable Charter issue. Canada's participation may have made it more likely that criminal charges would be laid against the appellant and thus increased the likelihood that he would be deprived of his right to life, liberty and security of the person. The Charter applied since there was a sufficient causal connection between the Canadian government's participation in the foreign investigation and the potential deprivation of life, liberty and security of the person which the appellant faced. The Federal Court therefore erred in concluding that a sufficient causal connection did not exist.

(2) The Federal Court also erred when it found that the disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings and could act as an impediment to the provision of consular services by Canadians. It has been established that a disclosure order does not interfere with the sovereign authority of the U. S. since disclosure does no more than put the individual in the position to offer the evidence obtained to the foreign court. It does not decide whether the evidence is admissible or the weight it deserves and does not take over the discovery process in the foreign court. The appellant was not seeking any direction or order which would purport to direct the Military Commission to do anything.

(3) As a Canadian citizen who falls within the purview of the word "everyone" in section 7 of the Charter, the appellant has the right under section 7 of the Charter not to be deprived of his right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. The appellant made a *prima facie* case showing a substantial risk of not being able to present a full answer and defence to the charges he faces in the U.S. if he were denied access to relevant information in the possession of the Crown. He therefore has the right to full disclosure of all relevant documents within the Crown's possession. However, the Crown's disclosure obligation is subject to privilege and public interest immunity claims that are reviewable by a court of law.

suffisant entre la participation de notre gouvernement et l'atteinte qui survient en bout de ligne. Les visites des responsables canadiens visaient exclusivement à recueillir des renseignements et elles étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Des résumés des informations recueillies ont été remis aux autorités américaines et les responsables canadiens agissaient indépendamment et ne recevaient pas de directives des autorités américaines. Le rôle des responsables canadiens dans la collecte de preuves à l'encontre de l'appellant, avant que des accusations ne soient déposées contre lui, suscite une question contentieuse au regard de la Charte. Le rôle du Canada a sans doute rendu plus probable le dépôt d'accusations criminelles contre l'appellant, ce qui accroissait par le fait même la probabilité qu'il soit privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Charte s'appliquait parce qu'il y avait un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que courait l'appellant d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. La Cour fédérale a donc erré en disant qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant.

2) La Cour fédérale a aussi commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la communication de documents pertinents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires introduites à l'étranger et aussi d'empêcher le Canada de fournir des services consulaires. On a établi que l'ordonnance de divulgation ne portait pas atteinte à l'autorité souveraine des États-Unis puisque la divulgation ne fait rien de plus que de permettre à l'accusé de présenter au tribunal étranger la preuve obtenue. L'ordonnance ne dit rien de la recevabilité de la preuve ni du poids qu'il convient de lui accorder et elle ne supplante pas le processus de communication de la preuve devant le tribunal étranger. L'appellant ne sollicitait aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la commission militaire à agir de telle ou telle manière.

3) En tant que citoyen canadien qui est couvert par le mot « chacun » à l'article 7 de la Charte, l'appellant a le droit, en vertu de cette disposition, de ne pas être privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'appellant a apporté un commencement de preuve montrant qu'il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis si l'accès aux documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne lui est refusé. L'appellant a donc droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne. Cependant, l'obligation de divulgation imposée à la Couronne est subordonnée aux revendications de privilège

(4) It was not possible to decide whether the Crown failed to comply with its obligation under *Stinchcombe*. There was no way to verify whether there were relevant documents that had not been disclosed to the appellant when they should have been and whether the public interest immunity claims and statutory exemptions previously raised were justified exceptions to *Stinchcombe* disclosure. Therefore, the matter had to be returned to the Federal Court for a determination of the precise documents that the appellant was entitled to obtain under section 7 of the Charter after the respondents were ordered to produce all relevant documents within their possession.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 50.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as amended by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1), 32(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761; 175 C.C.C. (3d) 306; 106 C.R.R. (2d) 106; 2003 BCSC 725; *affd* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361; 188 B.C.A.C. 195; 177 C.C.C. (3d) 438; 15 C.R. (6th) 211; 109 C.R.R. (2d) 160; 2003 BCCA 447; *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532; (2001), 197 D.L.R. (4th) 1; 152 C.C.C. (3d) 225; 41 C.R. (5th) 44; 81 C.R.R. (2d) 189; 267 N.R. 310; 145 O.A.C. 36; 2001 SCC 18; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283; (2001), 195 D.L.R. (4th) 1; [2001] 3 W.W.R. 193; 148 B.C.A.C. 1; 85 B.C.L.R. (3d) 1; 151 C.C.C. (3d) 97; 39 C.R. (5th) 205; 81 C.R.R. (2d) 1; 265 N.R. 212; 2001 SCC 7.

CONSIDERED:

R. v. Cook, [1998] 2 S.C.R. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57

et d'immunité d'intérêt publique, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux.

4) La Cour ne pouvait dire si la Couronne s'était ou non conformée à son obligation selon l'arrêt *Stinchcombe*. Elle n'avait aucun moyen de vérifier si des documents pertinents auraient dû être communiqués à l'appelant et si les allégations d'immunité d'intérêt public et les exceptions législatives précédemment invoquées constituaient des exceptions justifiées au critère de divulgation énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe*. En conséquence, l'affaire a dû être renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle détermine les documents précis que l'appelant était fondé à obtenir en vertu de l'article 7 de la Charte après que les défendeurs ont reçu l'ordre de produire tous les documents pertinents qu'ils avaient en leur possession.

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. 7, 24(1), 32(1).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 50.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761; 175 C.C.C. (3d) 306; 106 C.R.R. (2d) 106; 2003 BCSC 725; *conf. par* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361; 188 B.C.A.C. 195; 177 C.C.C. (3d) 438; 15 C.R. (6th) 211; 109 C.R.R. (2d) 160; 2003 BCCA 447; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532; 2001 CSC 18; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283; 2001 CSC 7.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. c. Cook, [1998] 2 R.C.S. 597; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002]

B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 19 C.R. (5th) 1; 55 C.R.R. (2d) 189; 230 N.R. 83; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; (1997), 33 O.R. (3d) 478; 147 D.L.R. (4th) 399; 115 C.C.C. (3d) 481; 8 C.R. (5th) 79; 44 C.R.R. (2d) 189; 213 N.R. 321; 101 O.A.C. 321.

REFERRED TO:

Khadr v. Canada (Attorney General) (2004), 245 D.L.R. (4th) 556; 2004 FC 1394; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505; (2005), 257 D.L.R. (4th) 577; 133 C.R.R. (2d) 189; 277 F.T.R. 298; 2005 FC 1076; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742; (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122; 51 C.P.R. (3d) 339; 162 N.R. 177 (C.A.); *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504; (2003), 217 N.S.R. (2d) 301; 231 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.E.L. (3d) 1; 110 C.R.R. (2d) 233; 310 N.R. 22; 2003 SCC 54; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; (1993), 141 A.R. 81; 103 D.L.R. (4th) 678; 82 C.C.C. (3d) 193; 21 C.R. (4th) 186; 15 C.R.R. (2d) 193; 45 M.V.R. (2d) 161; 153 N.R. 272; *R. v. Taillefer; R. v. Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307; (2003), 233 D.L.R. (4th) 227; 179 C.C.C. (3d) 353; 17 C.R. (6th) 57; 114 C.R.R. (2d) 60 313 N.R. 1; 2003 SCC 70; *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244; (1998), 166 N.S.R. (2d) 241; 122 C.C.C. (3d) 1; 13 C.R. (5th) 217; 50 C.R.R. (2d) 108; 222 N.R. 243; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; 83 W.A.C. 272.

APPEAL from a Federal Court decision ((2006), 290 F.T.R. 313; 2006 FC 509) dismissing an application for judicial review seeking a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for a violation of the appellant's section 7 right to a full answer and defence to criminal charges. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Nathan J. Whiting and *Dennis Edney* for appellant.

Doreen C. Mueller for respondents.

1 R.C.S. 3; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

DÉCISIONS CITÉES :

Khadr c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1394; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505; 2005 CF 1076; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504; 2003 CSC 54; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Taillefer; R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307; 2003 CSC 70; *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727.

APPEL à l'encontre de la décision (2006 CF 509) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour atteinte au droit de l'appelant que lui reconnaît l'article 7 de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Nathan J. Whiting et *Dennis Edney* pour l'appelant.

Doreen C. Mueller pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD:

Parlee McLaws LLP and Edney Hattersley & Dolphin, Edmonton, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: This appeal raises the question of whether government action which occurred outside Canada triggers the application of 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).

[2] The appellant, Omar Ahmed Khadr, is appealing the decision of von Finckenstein J. of the Federal Court (*Khadr v. Canada (Minister of Justice)* (2006), 290 F.T.R. 313), which dismissed his application for judicial review. The appellant sought a remedy under subsection 24(1) of the Charter for a violation of his right under section 7 of the Charter to a full answer and defence to criminal charges. He sought an order in the nature of *mandamus* directing the respondents to make full and complete disclosure of all the documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown in right of Canada which might be relevant to the charges laid against him by the Government of the United States.

[3] The four respondents, the Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service, and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (collectively referred to herein as the Crown), are officials of the Government of Canada who are in possession of voluminous documentary materials which are allegedly relevant to the charges against the appellant.

THE FACTS

[4] The appellant, a Canadian citizen, was apprehended by the American military in July 2002. He

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Parlee McLaws LLP et Edney Hattersley & Dolphin, Edmonton, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le présent appel soulève le point de savoir si une mesure gouvernementale qui a été prise à l'étranger entraîne l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[2] L'appelant, Omar Ahmed Khadr, fait appel du jugement du juge von Finckenstein, de la Cour fédérale (*Khadr c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CF 509), qui a rejeté sa demande de contrôle judiciaire. L'appelant voulait obtenir réparation, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, pour atteinte au droit que lui reconnaît l'article 7 de la Charte de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles. Il sollicitait une ordonnance de la nature d'un *mandamus*, enjoignant aux défendeurs de divulguer dans leur intégralité tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation portés contre lui par le gouvernement des États-Unis.

[3] Les quatre défendeurs, à savoir le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (ci-après collectivement appelés la Couronne), sont des responsables du gouvernement du Canada ayant en leur possession une quantité considérable de documents qui prétendent intéresser les chefs d'accusation contre l'appelant.

LES FAITS

[4] L'appelant, un citoyen canadien, a été appréhendé par l'armée américaine en juillet 2002. Il est

is presently detained in U.S. Naval Station, Guantánamo Bay, Cuba.

[5] In November 2005, the appellant was charged with: conspiracy to commit offences triable by Military Commission; murder by an unprivileged belligerent; attempted murder by an unprivileged belligerent; and aiding the enemy. As of February 2, 2007, the charges against him read: murder in violation of the law of war; attempted murder in violation of the law of war; conspiracy; providing material support for terrorism; and spying.

[6] The charges relate to events which are alleged to have occurred in Afghanistan and elsewhere when the appellant was 15 years of age and younger. They carry a maximum penalty of life imprisonment. The prosecution is not seeking the imposition of the death penalty.

[7] The appellant currently awaits prosecution by a Military Commission established by order of the Secretary of Defence of the United States. No date for trial has yet been set.

[8] Prior to the laying of charges, Canadian officials from the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), with the consent of U.S. authorities, attended at Guantánamo Bay and interviewed the appellant in the absence of his counsel. These visits were allegedly not welfare visits or covert consular visits but were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. The topics discussed with the appellant included matters which were the subject of the charges. Canadian agents took a primary role in these interviews, were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities. Summaries of information collected were passed on to the RCMP and to U.S. authorities (*Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556 (F.C.), at paragraph 4; *Khadr v. Canada*, [2006] 2 F.C.R. 505 (F.C.); exhibits to cross-examination of William Robert James Johnston, A.B., Vol. 11, Tab 13, pages 257-265; reasons for order and order of von Finckenstein J., at paragraph 19 (iv)).

présentement détenu à la station navale des États-Unis, à Guantánamo Bay (Cuba).

[5] En novembre 2005, l'appelant fut accusé de complot en vue de commettre des infractions relevant de la Commission militaire, de meurtre commis par un combattant non privilégié, de tentative de meurtre commise par un combattant non privilégié, et d'assistance à l'ennemi. Au 2 février 2007, les chefs d'accusation le visant étaient ainsi formulés : meurtre en contravention du droit de la guerre, tentative de meurtre en contravention du droit de la guerre, complot, appui substantiel au terrorisme, et espionnage.

[6] Les accusations se rapportent à des événements qui se seraient déroulés en Afghanistan et ailleurs, alors que l'appelant était âgé de 15 ans ou moins. Elles sont assorties d'une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. La poursuite ne requiert pas l'imposition de la peine de mort.

[7] L'appelant attend aujourd'hui que des poursuites soient engagées par une commission militaire établie par décret du secrétaire à la défense des États-Unis. Aucune date n'a encore été fixée pour le procès.

[8] Avant le dépôt d'accusations, des responsables canadiens du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI) se sont présentés à Guantánamo Bay et, avec l'assentiment des autorités américaines, ils ont interrogé l'appelant en l'absence de son avocat. Les visites en question n'étaient pas semble-t-il des visites de bien-être ni des visites consulaires déguisées. Elles visaient simplement à recueillir des informations et étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Les sujets discutés avec l'appelant ont porté notamment sur des points qui intéressaient les accusations. Les agents canadiens ont joué le rôle principal au cours de ces entrevues; ils agissaient indépendamment et ils n'étaient pas soumis aux directives des autorités américaines. Des résumés des informations recueillies ont été transmis à la GRC et aux autorités américaines (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394, au paragraphe 4; *Khadr c. Canada*, [2006] 2 R.C.F. 505 (C.F.); pièces annexées au contre-interrogatoire de William Robert James Johnston, D.A., vol. 11, onglet

[9] Through requests pursuant to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (AIA) and through production and disclosure in Federal Court proceedings T-536-04 (an action by the appellant seeking various remedies under the Charter for an alleged violation by Canadian officials of his right to silence and his right to counsel in conducting interviews in Guantánamo Bay) and T-686-04 (an application by the appellant's family in order to compel the government to extend consular and diplomatic services to him), the appellant obtained redacted copies of some of the documentary materials in the Crown's possession. The deletions and redactions were made on grounds of international relations, national defence and national security, and more specifically, pursuant to certain statutory exemptions under the AIA and a "specific public interest immunity" under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). Over 3,000 pages of documents were provided by the respondents. No steps were taken by the appellant to challenge the redactions and deletions made to these documents.

[10] On November 21, 2005, the appellant's counsel sent a letter to the respondents which read (A.B., Vol. 1, pages 20-21):

The writer, Mr. Dennis Edney and Professors Muneer Ahmad and Richard Wilson of American University act as counsel for Mr. Omar Ahmed Khadr. Mr. Khadr is currently detained by U.S. forces in Guantanamo Bay, Cuba. Mr. Khadr has recently been charged by the United States with the offences of Conspiracy, Murder by an Unprivileged Belligerent, Attempted Murder by an Unprivileged Belligerent, and Aiding the Enemy as detailed in the enclosed Charge Sheet. Kindly receive this letter as our formal joint demand pursuant to s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms for production of all relevant documents in the possession of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the

13, pages 257 à 265; motifs d'ordonnance et ordonnance du juge von Finckenstein, paragraphe 19(iv)).

[9] À la faveur de requêtes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la LAI), ainsi qu'à la faveur de la production et de la divulgation de documents dans deux procédures introduites devant la Cour fédérale, T-536-04 (une action par laquelle l'appellant demandait diverses réparations en vertu de la Charte pour la présumée violation par les responsables canadiens de son droit au silence et de son droit à l'assistance d'un avocat au cours des entrevues qui s'étaient déroulées à Guantánamo Bay) et T-686-04 (demande déposée par la famille de l'appellant afin de contraindre le gouvernement à lui fournir des services consulaires et diplomatiques), l'appellant a obtenu des exemplaires, en forme expurgée, de quelques-uns des documents en la possession de la Couronne. Les suppressions et retranchements ont été pratiqués en raison de possibles atteintes aux relations internationales, à la défense nationale et à la sécurité nationale, et plus précisément en vertu de certaines exceptions prévues par la LAI, et d'une « immunité spécifique d'intérêt public », au titre de l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC). Plus de 3 000 pages de documents ont été communiquées par les intimés. L'appellant n'a pris aucune mesure pour contester les suppressions et retranchements faits dans ces documents.

[10] Le 21 novembre 2005, l'avocat de l'appellant a envoyé aux intimés une lettre qui était rédigée ainsi (D.A., vol. 1, pages 20 et 21) :

[TRADUCTION] Le soussigné, M. Dennis Edney, et les professeurs Muneer Ahmad et Richard Wilson, de l'American University, sommes les conseillers juridiques de M. Omar Ahmed Khadr. M. Khadr est actuellement détenu par les forces américaines à Guantanamo Bay, à Cuba. M. Khadr a été récemment accusé par les États-Unis d'infractions de complot, de meurtre commis par un combattant non privilégié, de tentative de meurtre commise par un combattant non privilégié, et d'assistance à l'ennemi, infractions dont le détail est donné dans l'acte d'accusation ci-joint. Nous vous prions de considérer la présente lettre comme notre demande conjointe formelle, conformément à l'article 7 de la Charte

charges raised against Mr. Khadr and as such, are necessary to enable Mr. Khadr to raise full answer and defence to the charges.

Through our experience as Mr. Khadr's counsel, we have obtained copies of voluminous materials from DFAIT, CSIS and the RCMP under both the *Access to Information Act* and the Crown's production requirements in Federal Court of Canada Numbers T-536-04 and T-686-04. Much of the content of these documents has been redacted or withheld from us on the basis of assertions of privilege, including the statutory privilege created by s. 38 of the *Canada Evidence Act*. For further information regarding these materials, their content and the claims of privilege raised therein, we direct you to Mrs. Doreen Mueller, Department of Justice Canada, Counsel for Her Majesty the Queen in Action Numbers T-536-04 and T-686-04, (780) 495-8352.

Based on our review of these materials, it is apparent that DFAIT, CSIS, the RCMP and possibly other departments of the Crown in Right of Canada are in possession of materials which are relevant to the serious charges now raised against our client, and which materials are therefore necessary for Mr. Khadr to raise full answer and defence to said charges.

At the time that the claims of privilege referred to above were made, Mr. Khadr was not facing the charges. Consequently, Mr. Khadr's constitutional right to raise full answer and defence to the charges would not have been a factor taken into account. We take it you agree that Mr. Khadr's right to raise full answer and defence to the charges now overrides and outweighs the interests forming the basis of these previous assertions of privilege.

In light of the above, we hereby demand that you now provide us with copies of all materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the charges raised against Mr. Khadr in accordance with the requirements of *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 as applied to extraterritorial prosecutions in such cases as *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (B.C.C.A.). Without limitations, these materials include all the content redacted from the documents referred to above. Relevance in this regard should be determined by reference to the matters pleaded in the enclosed charge sheet.

canadienne des droits et libertés, pour que soient produits tous les documents pertinents, en la possession de la Couronne du chef du Canada, qui pourraient intéresser les accusations portées contre M. Khadr et qui sont par conséquent nécessaires pour que M. Khadr puisse opposer une défense pleine et entière aux accusations.

En notre qualité de conseillers juridiques de M. Khadr, nous avons obtenu copie de volumineux documents du MAECI, du SCRS et de la GRC, à la fois en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et en vertu des obligations de production imposées à la Couronne dans des instances introduites devant la Cour fédérale du Canada, numéros du greffe T-536-04 et T-686-04. Ces documents ont été largement expurgés, ou la communication d'une bonne partie de leur contenu nous a été refusée, sur la foi de revendications de privilèges, notamment le privilège établi par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour de plus amples renseignements concernant ces documents, leur contenu et les revendications de privilèges s'y rapportant, nous vous prions de vous adresser à M^{me} Doreen Mueller, ministère de la Justice du Canada, procureur de Sa Majesté la Reine, dans les actions portant les numéros T-536-04 et T-686-04, numéro de téléphone 780-495-8352.

Notre examen de ces documents fait ressortir que le MAECI, le SCRS, la GRC et peut-être aussi d'autres ministères de la Couronne du chef du Canada sont en possession de pièces qui intéressent les graves accusations portées contre notre client et qui lui sont par conséquent nécessaires pour opposer une défense pleine et entière auxdites accusations.

À l'époque où ont été revendiqués les privilèges susmentionnés, M. Khadr n'était pas encore accusé. Son droit constitutionnel d'opposer une défense pleine et entière aux accusations n'aurait donc pas été un facteur à prendre en considération. Vous conviendrez, nous en sommes certains, que le droit de M. Khadr d'opposer une défense pleine et entière aux accusations l'emporte aujourd'hui sur les intérêts qui constituent le fondement de ces revendications antérieures de privilèges.

Eu égard à ce qui précède, nous vous demandons instamment de nous transmettre une copie de tous les documents en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pourraient intéresser les accusations portées contre M. Khadr, conformément aux règles exposées dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, telles qu'elles ont été appliquées aux poursuites extraterritoriales dans des précédents tels que *Purdy c. Canada (Attorney General)* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (C.A.C.-B.). Les pièces en question comprennent notamment l'intégralité des passages qui ont été supprimés des documents susmentionnés. Leur pertinence devrait être établie par référence aux points soulevés dans l'acte d'accusation ci-joint.

We confirm that we are willing to accept the materials requested above upon the provision of formal undertakings by the writer, Mr. Edney, Professor Ahmad and Professor Wilson that said materials may only be reviewed by ourselves and Mr. Khadr's soon-to-be-appointed military defence counsel absent consent from the Crown or direction from the Court. [Emphasis added.]

[11] The request covered all materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the charges against Mr. Khadr in accordance with the requirements of *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. It included all of the content redacted from the documents previously obtained under the AIA and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04.

[12] The respondents did not respond to the request. On January 3, 2006, the appellant brought a judicial review application seeking:

An Order in the nature of *mandamus* directing the Respondents to provide counsel for the Appellant with full and complete disclosure of all documents, records and other materials in the possession of all departments of the Crown in Right of Canada which might be relevant to the Charges and which are therefore necessary for the purpose of allowing the Applicant to raise full answer and defence to the Charges
....

THE JUDGMENT BELOW

[13] The main issue before the applications Judge was whether the Charter applied in the circumstances of this case and whether a *mandamus* should issue.

[14] The applications Judge considered the Supreme Court of Canada decisions in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. He also examined the decision in *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (B.C.S.C.), *aff'd* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (B.C.C.A.). He decided that the requirement that there be a sufficient causal connection between the Government of Canada's participation and the

Nous confirmons que nous sommes disposés à recevoir les pièces demandées ci-dessus moyennant la promesse formelle du soussigné, M. Edney, du professeur Ahmad et du professeur Wilson que, sauf consentement de la Couronne ou directives de la Cour, lesdites pièces ne seront examinées que par nous-mêmes et par l'avocat de la défense militaire qui sera prochainement nommé pour M. Khadr. [Non souligné dans l'original.]

[11] La demande portait sur l'ensemble des documents en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada qui pouvaient intéresser les chefs d'accusation contre M. Khadr, en application des exigences énoncées dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle englobait tous les passages supprimés des documents auparavant obtenus en vertu de la LAI, ainsi que dans le contexte des procédures T-536-04 et T-686-04 introduites devant la Cour fédérale.

[12] Les intimés n'ont pas répondu à la demande. Le 3 janvier 2006, l'appelant a introduit une demande de contrôle judiciaire sollicitant :

[TRADUCTION] Une ordonnance de la nature d'un *mandamus* enjoignant aux défendeurs (intimés) de communiquer intégralement à l'avocat du demandeur (appelant) tous les documents, dossiers et autres pièces en la possession de tous les ministères de la Couronne du chef du Canada, qui pourraient intéresser les accusations et qui sont par conséquent nécessaires pour permettre au demandeur (appelant) d'opposer une défense pleine et entière aux accusations [...]

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[13] Le point principal que devait décider le juge de première instance était celui de savoir si la Charte s'appliquait aux circonstances de cette affaire et s'il convenait de rendre une ordonnance de *mandamus*.

[14] Le juge de première instance a examiné deux arrêts de la Cour suprême du Canada, *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Il a aussi examiné la décision, *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (C.S. C.-B.); *conf. par* (2003), 230 D.L.R. (4th) 361 (C.A. C.-B.). Il a conclu que la condition selon laquelle il doit exister un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement du Canada et le risque pour l'appelant

appellant's potential deprivation of the right to life, liberty and security of the person was not met. Furthermore, he was not convinced that the unique circumstances of *Purdy* applied.

[15] The applications Judge concluded that the first two requirements for an order of *mandamus* to be granted were not met (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.), at pages 766-769).

[16] He dismissed the application.

ISSUES

[17] This Court must decide whether the applications Judge erred in finding that the Charter does not have extraterritorial application in the circumstances of this case. If it finds that the Charter applies and that section 7 is engaged, it must determine the nature of the order to be issued.

SUBMISSIONS

[18] According to the appellant, the applications Judge erred in concluding that the Charter does not apply in the circumstances of this case. By withholding relevant documents, the Crown has itself frustrated the appellant's ability to raise full answer and defence to the charges and has itself increased the risk that the appellant might be wrongly convicted of the charges. The conduct of the Crown in gathering information and evidence which was then passed on to U.S. authorities is relevant in this regard. The Crown's refusal to disclose relevant documents constitutes a violation of the appellant's right under section 7 of the Charter and warrants a just and appropriate remedy pursuant to subsection 24(1) of the Charter.

[19] The respondents submit that the applications Judge correctly dismissed the application since there is no causal connection between the actions of Canadian officials and the prosecution of the appellant by U.S. authorities.

[20] The respondents claim that the disclosure of documents pursuant to AIA requests and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04

d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne n'était pas remplie. Il n'était pas non plus convaincu que, en raison des circonstances particulières de l'affaire *Purdy*, ce précédent devait s'appliquer.

[15] Le juge de première instance a conclu que les deux premières conditions devant être remplies pour que soit rendue une ordonnance de *mandamus* étaient absentes (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), aux pages 766 à 769).

[16] Il a rejeté la demande.

LES POINTS EN LITIGE

[17] La Cour doit décider si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la Charte n'a pas d'application extraterritoriale dans les circonstances de la présente affaire. Si elle arrive à la conclusion que la Charte est applicable et que son article 7 entre en jeu, elle doit déterminer la nature de l'ordonnance à rendre.

LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[18] Selon l'appellant, le juge de première instance a erré en concluant que la Charte ne s'applique pas aux circonstances de la présente affaire. En refusant la communication des documents, la Couronne a elle-même réduit la capacité de l'appellant d'opposer une défense pleine et entière aux accusations et elle a elle-même augmenté le risque pour l'appellant d'être à tort déclaré coupable. La conduite de la Couronne dans la collecte des informations et des preuves qui ont par la suite été transmises aux autorités américaines est ici pertinente. Le refus de la Couronne de divulguer les documents constitue une atteinte au droit que reconnaît à l'appellant l'article 7 de la Charte, et il justifie une réparation convenable et juste en application du paragraphe 24(1) de la Charte.

[19] Selon les intimés, le juge de première instance a eu raison de rejeter la demande puisqu'il n'y a pas de lien de causalité entre la conduite des responsables canadiens et les poursuites engagées contre l'appellant par les autorités américaines.

[20] Les intimés soutiennent que la divulgation des documents en application de la LAI et dans le contexte des procédures T-536-04 et T-686-04 introduites devant

constitutes an adequate alternative remedy to an order under subsection 24(1) of the Charter. The appellant, they say, seeks concurrent disclosure of essentially the same documents already provided because, in the appellant's view, the allegations made in this underlying judicial review application allow for a more persuasive argument to challenge the redactions of the documents than in previous proceedings.

[21] The appellant admits that many of the documents at issue in these proceedings have been produced in Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04 and/or pursuant to requests under the AIA. He accepts the legal limits to disclosure. He wishes however to challenge, in the most effective manner possible, the respondents' reliance on public interest immunity claims and statutory exemptions under the AIA to provide heavily redacted copies of the documents sought or to withhold documents entirely. He wants to ensure that his challenge is determined under section 38 of the *Canada Evidence Act* and not under section 50 of the AIA. He also wants to ensure that his right to make full answer and defence will be taken into consideration in the balancing of interests (*Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), at pages 137-138; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraphs 13-32). He was not facing charges at the time the earlier proceedings were initiated. Consequently, when applying section 38.06 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act* in the context of T-536-04 and T-686-04, it is doubtful, in his opinion, that the designated Judge may consider and weigh the appellant's right to raise full answer and defence in the balancing of interests required by subsection 38.06(2).

STANDARD OF REVIEW

[22] The Federal Court Judge found that the Charter does not apply in the circumstances of this case. This is a question of law reviewable on the correctness standard: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 31.

la Cour fédérale constitue un recours suffisant pouvant se substituer à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. L'appellant, affirment-ils, voudrait la divulgation simultanée des mêmes documents déjà communiqués, parce que, selon lui, les allégations contenues dans cette demande sous-jacente de contrôle judiciaire autorisent un argument plus convaincant que dans les instances précédentes pour contester la suppression de certains passages.

[21] L'appellant reconnaît que nombre des documents en cause dans la présente instance ont été produits dans les instances T-536-04 et T-686-04 de la Cour fédérale et/ou à la suite de demandes de divulgation présentées en vertu de la LAI. Il prend acte des limites juridiques de la divulgation. Il voudrait cependant contester, le plus efficacement possible, la position des intimés, qui allèguent une immunité d'intérêt public et invoquent les exceptions prévues par la LAI, pour ainsi se limiter à divulguer des versions largement expurgées des documents demandés ou pour refuser entièrement la divulgation de tels documents. Il veut que sa contestation soit étudiée d'après l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et non d'après l'article 50 de la LAI. Il veut aussi que son droit de présenter une défense pleine et entière soit pris en compte dans la pondération des intérêts (*Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), aux pages 137 et 138; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), paragraphes 13 à 32). Il n'avait pas à répondre à des accusations lorsque les instances antérieures ont été introduites. Par conséquent, si l'on applique l'article 38.06 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le contexte des instances T-536-04 et T-686-04, il est douteux, selon lui, que le juge désigné puisse, dans la pondération des intérêts selon ce que requiert le paragraphe 38.06(2), prendre en compte le droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière.

LA NORME DE CONTRÔLE

[22] Le juge de première instance a conclu que la Charte ne s'appliquait pas aux circonstances de cette affaire. Il s'agit là d'une question de droit qui doit être revue selon la norme de la décision correcte : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, [2003] 2 R.C.S. 504, paragraphe 31.

LEGISLATIVE PROVISIONS

[23] The relevant legislative provisions are the following:

Section 7 of the Charter:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Subsection 24(1) of the Charter:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Subsections 38.06(1) and (2) of the *Canada Evidence Act*:

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

ANALYSIS

Duty to disclose

[24] Since the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, it is trite law that the Crown has a continuing obligation to disclose all relevant information to an accused, whether inculpatory or exculpatory, subject to the exercise of the Crown's discretion to refuse to disclose information that is privileged or plainly irrelevant (at pages 339-340 and 343-344). The obligation to disclose is triggered by a request by or on behalf of the accused (page 343).

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[23] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes :

Article 7 de la Charte :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Paragraphe 24(1) de la Charte :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Paragraphe 38.06(1) et (2) de la *Loi sur la preuve au Canada* :

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

ANALYSE

L'obligation de divulguer

[24] Depuis l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, une décision de la Cour suprême du Canada qui a fait date, il est bien établi en droit que la Couronne est toujours tenue de communiquer à un accusé toute l'information pertinente, qu'elle soit inculpatrice ou disculpatoire, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire de refuser de divulguer des renseignements qui sont privilégiés ou tout simplement hors de propos (aux pages 339, 340, 343 et 344). Une demande de divulgation, présentée par l'accusé ou en son nom, fait naître une obligation en ce sens (à la page 343).

[25] The Supreme Court of Canada has broadly defined the concept of “relevance” such that little information will be exempt from the Crown’s duty to disclose: *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at page 467; *R. v. Taillefer*; *R. v. Duguay*, [2003] 3 S.C.R. 307, at paragraph 60. The Crown’s duty to disclose is triggered whenever there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at paragraph 21; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paragraphs 26-27.

[26] A failure to disclose relevant information impedes an accused’s ability to make full answer and defence and creates the risk of an innocent person being convicted and imprisoned. As one of the principles of fundamental justice, the right to make full answer and defence has been entrenched in the section 7 protection of the right to life, liberty and security of the person (*Stinchcombe*, at pages 336-338).

[27] In *Stinchcombe*, the accused seeking disclosure from the Crown was facing criminal charges in Canada. It is in this context that the Supreme Court of Canada set out the guiding principles governing disclosure by the Crown. In the case at bar, the charges are not being prosecuted in Canada.

[28] In *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, the Supreme Court of Canada has recognized that there may be rare circumstances in which the Charter may apply outside Canada, namely where (1) the impugned act falls within subsection 32(1) of the Charter; and (2) the application of the Charter to the actions of the Canadian detectives in the United States does not interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect (paragraph 25).

Does the Charter have an extraterritorial reach in the circumstances of this case?

[29] In *United States of America v. Kwok*, [2001] 1 S.C.R. 532, the Supreme Court of Canada explained that “[o]nly where a justiciable Charter issue can arise from

[25] La Cour suprême du Canada a défini largement la notion de « pertinence », de telle sorte que peu nombreux seront les renseignements qui seront soustraits à l’obligation de la Couronne de divulguer : *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la page 467; *R. c. Taillefer*; *R. c. Duguay*, [2003] 3 R.C.S. 307, au paragraphe 60. L’obligation de la Couronne de divulguer prend naissance dès lors qu’il est raisonnablement possible que les renseignements soient utiles à l’accusé pour présenter une défense pleine et entière : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, au paragraphe 21; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, aux paragraphes 26 et 27.

[26] La non-divulgence de renseignements pertinents entrave à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et accroît le risque pour une personne innocente d’être déclarée coupable, puis incarcérée. En tant que l’un des principes de justice fondamentale, le droit de présenter une défense pleine et entière a été inscrit dans l’article 7 de la Charte, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne (*Stinchcombe*, aux pages 336 à 338).

[27] Dans l’affaire *Stinchcombe*, l’accusé, qui voulait forcer la Couronne à divulguer des documents, devait répondre à des accusations criminelles au Canada. C’est dans ce contexte que la Cour suprême du Canada a exposé les principes directeurs régissant la divulgation de documents par la Couronne. En l’espèce, les accusations ne font pas l’objet de poursuites au Canada.

[28] Dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, la Cour suprême du Canada a reconnu qu’en de rares circonstances, la Charte peut s’appliquer à l’étranger, premièrement lorsque l’acte reproché tombe sous le coup du paragraphe 32(1) de la Charte, et deuxièmement lorsque l’application de la Charte aux actes de détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas une atteinte à l’autorité souveraine de l’État étranger et ne produit donc pas un effet extraterritorial inacceptable (paragraphe 25).

La Charte a-t-elle une application extraterritoriale en l’espèce?

[29] Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Kwok*, [2001] 1 R.C.S. 532, la Cour suprême du Canada expliquait que « [c]e n’est que dans les cas où une

the potential involvement of the Canadian authorities in the gathering of evidence is it necessary to consider the degree of disclosure that might be required of the Requested State” (paragraph 106) [emphasis added]. In doing so, the Supreme Court of Canada distinguished its earlier decision in *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462 where it had stated that the disclosure requirements of *Stinchcombe* only applied to domestic criminal proceedings: “In *Dynar*, the fugitive was not entitled to further disclosure from the Canadian authorities because no justiciable *Charter* issue arose. Canadian authorities had not provided any assistance to the Americans in gathering evidence and, in any event, the latter were not relying on anything but their own evidence” (paragraph 106) (emphasis added).

[30] In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 54, the Supreme Court of Canada reaffirmed a principle previously recognized in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283:

. . . the guarantee of fundamental justice applies even to deprivations of life, liberty or security effected by actors other than our government, if there is a sufficient causal connection between our government’s participation and the deprivation ultimately effected. We reaffirm that principle here. At least where Canada’s participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada’s participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice merely because the deprivation in question would be effected by someone else’s hand. [Emphasis added.]

[31] In *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (B.C.S.C.), a Canadian citizen, facing criminal charges in the United States following a joint sting operation involving the RCMP and American police, petitioned the British Columbia Supreme Court for an order pursuant to subsection 24(1) of the Charter compelling the RCMP to provide copies of the materials within its possession that related to the investigation. The British Columbia Supreme Court granted the order

question contentieuse au regard de la *Charte* pourrait découler de la participation potentielle des autorités canadiennes dans l’obtention de la preuve qu’il est nécessaire d’examiner l’étendue de la communication de cette preuve qui pourrait être exigée de l’État requis » (paragraph 106) (non souligné dans l’original). Ce faisant, la Cour suprême a fait une distinction d’avec son arrêt précédent, *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, où elle avait conclu que les conditions de divulgation énoncées dans l’arrêt *Stinchcombe* ne s’appliquaient qu’aux procédures pénales internes : « Dans cette affaire [l’affaire *Dynar*], le fugitif n’avait pas droit à la communication d’éléments de preuve additionnels par les autorités, étant donné qu’aucune question contentieuse ne se posait au regard de la *Charte*. Les autorités canadiennes n’avaient d’aucune façon aidé les Américains à recueillir la preuve et, de toute manière, ces derniers ne se fondaient sur rien d’autre que leurs propres éléments de preuve » (paragraph 106) (non souligné dans l’original).

[30] Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 54, la Cour suprême du Canada a réitéré un principe précédemment reconnu dans l’arrêt *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283 :

[. . .] la garantie relative à la justice fondamentale s’applique même aux atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui sont le fait d’acteurs autres que le gouvernement canadien, à condition qu’il existe un lien causal suffisant entre la participation de notre gouvernement et l’atteinte qui survient en bout de ligne. Nous réaffirmons ce principe en l’espèce. À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l’atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale uniquement parce que l’atteinte en cause serait le fait d’autrui. [Non souligné dans l’original.]

[31] Dans la décision *Purdy v. Canada (Attorney General)* (2003), 226 D.L.R. (4th) 761 (C.S. C.-B.), un citoyen canadien qui faisait face à des accusations criminelles aux États-Unis à la suite d’une opération d’infiltration menée par la GRC et par la police des États-Unis priait la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre, en application du paragraphe 24(1) de la Charte, une ordonnance contraignant la GRC à produire des copies des documents qu’elle avait en sa

sought. It explained, at paragraphs 19-22 of its reasons:

In the case at bar, the Attorney General of Canada submits there is no justiciable Charter issue because in the absence of criminal charges in Canada, Mr. Purdy has no right to disclosure and the Crown has no obligation to disclose.

This is a formidable argument worthy of consideration, but in my view, the unique circumstances of this case allow me to apply the general principle of *Stinchcombe*, that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right to make full answer and defence.

The right to make full answer and defence is a common law right that has been incorporated in s. 7 of the Charter as one of the principles of fundamental justice:

The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. Recent events have demonstrated that the erosion of this right due to non-disclosure was an important factor in the conviction and the incarceration of an innocent person. [*Stinchcombe*, supra, at p. 336.]

The petitioner is a Canadian national whose life and liberty has been put in jeopardy because of an investigation which took place in Canada and in which Canadian authorities played a major part. In a joint investigation, such as this one, the ultimate forum in which the accused is tried should not deprive the accused from the observance by Canadian authorities of Charter rights to which the accused would otherwise have been entitled. [Emphasis added.]

[32] The British Columbia Supreme Court ordered disclosure as a remedy for the infringement of Mr. Purdy's constitutional rights, finding that this was "[t]he only practical remedy" (paragraph 28). This decision was affirmed by the British Columbia Court of Appeal, (2003), 230 D.L.R. (4th) 361, which found that the causal connection between Canada's participation and the deprivation of a liberty interest in a foreign state was direct and obvious (paragraph 20) and emphasized that "a justiciable issue on disclosure may arise in relation to foreign proceedings where Canadian authorities gathered some of the evidence" (paragraph 22)

possession et qui intéressaient l'enquête. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé l'ordonnance sollicitée. Elle écrivait ce qui suit, aux paragraphes 19 à 22 de ses motifs :

[TRADUCTION] En l'espèce, le procureur général du Canada dit qu'il n'y a pas de point à décider au regard de la Charte parce que, en l'absence d'accusations criminelles au Canada, M. Purdy n'a pas droit à la communication de documents, et la Couronne n'a aucune obligation de communication.

C'est là un argument d'une portée extrême, qui mérite examen, mais, à mon avis, les circonstances particulières de la présente affaire m'autorisent à appliquer le principe général de l'arrêt *Stinchcombe*, selon lequel l'information demandée ne doit pas être refusée s'il y a des raisons de croire que sa non-communication portera atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Le droit de présenter une défense pleine et entière est un droit de common law qui a été incorporé dans l'article 7 de la Charte comme l'un des principes de justice fondamentale :

Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. [arrêt *Stinchcombe*, précité, p. 336.]

Le requérant est un ressortissant canadien dont la vie et la liberté ont été mises en péril à la suite d'une enquête qui s'est déroulée au Canada et dans laquelle les autorités canadiennes ont joué un rôle important. Dans une enquête conjointe, comme celle dont il s'agit ici, l'instance ultime où l'accusé est jugé ne doit pas priver l'accusé de l'observation, par les autorités canadiennes, des droits garantis par la Charte dont l'accusé aurait par ailleurs pu se prévaloir. [Non souligné dans l'original.]

[32] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a ordonné la divulgation à titre de réparation pour l'atteinte aux droits fondamentaux de M. Purdy, estimant que c'était là [TRADUCTION] « la seule réparation concrète » (paragraphe 28). Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel de la province, (2003), 230 D.L.R. (4th) 361, qui a estimé que le lien de causalité entre le rôle du Canada et le fait d'être privé du droit à la liberté dans un État étranger était direct et évident (paragraphe 20), en soulignant que [TRADUCTION] « une question contentieuse touchant la divulgation peut surgir dans le cadre d'une procédure étrangère pour laquelle

(emphasis added).

[33] In the case at bar, Canadian officials questioned the appellant in Guantánamo Bay prior to the laying of charges. As previously mentioned, the visits were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement. Summaries of the information collected were passed on to U.S. authorities. The Canadian officials were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities.

[34] In these circumstances, the participation of Canadian officials in gathering evidence against the appellant at the pre-charge level raises, in my view, a justiciable Charter issue (*Kwok*, at paragraph 106; *Purdy* at paragraph 22 (B.C.C.A.)). They took an active role in interviewing the appellant and in transmitting summaries of the information collected to U.S. authorities. In doing so, they assisted U.S. authorities in conducting the investigation against the appellant and in preparing a case against him. Canada's participation may have made it more likely that criminal charges would be laid against the appellant thereby increasing the likelihood that he would be deprived of his right to life, liberty and security of the person. I believe that in these circumstances the Charter applies. There is a sufficient causal connection between the Canadian government's participation in the foreign investigation and the potential deprivation of life, liberty and security of the person which the appellant now faces. I am satisfied that the applications Judge erred in concluding that a sufficient causal connection did not exist.

Does the application of the Charter interfere with the sovereign authority of the United States?

[35] As an additional ground for dismissing the application before him, the applications Judge found that the disclosure of relevant materials to Canadian citizens to defend against foreign prosecutions might lead to interference with foreign legal proceedings and could act as an impediment to the provision of consular

les autorités canadiennes ont recueilli certaines des preuves » (paragraphe 22) (non souligné dans l'original).

[33] En l'espèce, les responsables canadiens ont interrogé l'appelant à Guantánamo Bay avant le dépôt d'accusations contre lui. Comme je l'ai dit plus haut, les visites visaient exclusivement à recueillir des renseignements et elles étaient axées sur le renseignement de sécurité et sur l'application de la loi. Des résumés des informations recueillies ont été remis aux autorités américaines. Les responsables canadiens agissaient indépendamment et ne recevaient pas de directives des autorités américaines.

[34] Dans ces conditions, le rôle des responsables canadiens dans la collecte de preuves à l'encontre de l'appelant, avant que des accusations ne soient déposées contre lui, suscite, selon moi, une question contentieuse au regard de la Charte (arrêt *Kwok*, paragraphe 106; arrêt *Purdy*, paragraphe 22 (C.A. C.-B.)). Ils ont joué un rôle actif par leurs entretiens avec l'appelant et par la transmission aux autorités américaines de résumés des informations recueillies. Ce faisant, ils ont aidé les autorités américaines à conduire l'enquête contre l'appelant et à constituer un dossier contre lui. Le rôle du Canada a sans doute rendu plus probable le dépôt d'accusations criminelles contre l'appelant, ce qui accroissait par le fait même la probabilité qu'il soit privé de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Je crois que, dans ces conditions, la Charte est applicable. Il y a un lien de causalité suffisant entre le rôle joué par le gouvernement canadien dans l'enquête menée à l'étranger et le risque que court aujourd'hui l'appelant d'être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Je suis convaincu que le juge de première instance a erré en disant qu'un lien de causalité suffisant était absent.

L'application de la Charte fait-elle obstacle à l'autorité souveraine des États-Unis?

[35] Comme motif additionnel de rejeter la demande dont il était saisi, le juge de première instance a estimé que la communication de documents à des citoyens canadiens pour leur permettre de se défendre dans des poursuites engagées contre eux à l'étranger risquait de conduire à une ingérence dans des procédures judiciaires

services by Canadians.

[36] A similar argument was raised in *Purdy*. In that case, the British Columbia Court of Appeal found that the order did not interfere with the sovereign authority of the United States since disclosure does no more than put the individual in the position to offer the evidence obtained to the foreign court. It does not decide whether the evidence is admissible or the weight it deserves. The order did not take over the discovery process in the foreign court (at paragraph 24). This reasoning equally applies here. The appellant is not seeking any direction or order which would purport to direct the Military Commission to do anything.

Is section 7 of the Charter engaged?

[37] It is uncontested that as a Canadian citizen the appellant falls within the purview of the word “everyone” in section 7 of the Charter. He has the right under section 7 of the Charter not to be deprived of his right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. As recognized by the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe*, the right to make full answer and defence to criminal charges is a principle of fundamental justice (at pages 336-338). Withholding relevant documents from an accused increases the risk or danger of that person being wrongfully convicted or imprisoned. The appellant has made a *prima facie* case showing a substantial risk of not being able to present a full answer and defence to the charges he faces in the United States if he is denied access to relevant information in the possession of the Crown. The appellant therefore has the right to full disclosure of all relevant documents within the Crown’s possession. However, the Crown’s disclosure obligation is not absolute. It is subject to privilege and public interest immunity claims which are reviewable by a court of law.

The nature of the order to be issued

[38] Where a court is persuaded that undisclosed information meets the *Stinchcombe* threshold, an

introduites à l’étranger et aussi d’empêcher le Canada de fournir des services consulaires.

[36] Un argument semblable avait été invoqué dans l’affaire *Purdy*. Dans cette affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a estimé que l’ordonnance ne portait pas atteinte à l’autorité souveraine des États-Unis puisque la divulgation ne fait rien de plus que de permettre à l’accusé de présenter au tribunal étranger la preuve obtenue. L’ordonnance ne dit rien de la recevabilité de la preuve, ni du poids qu’il convient de lui accorder. Elle n’a pas supplanté le processus de communication de la preuve devant le tribunal étranger (paragraphe 24). Ce raisonnement s’applique également ici. L’appelant ne sollicite aucune directive ou ordonnance qui prétendrait obliger la Commission militaire à agir de telle ou telle manière.

L’article 7 de la Charte est-il mis en jeu?

[37] Il n’est pas contesté que, en tant que citoyen canadien, l’appelant est couvert par le mot « chacun » à l’article 7 de la Charte. En vertu de l’article 7, il ne peut être porté atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme l’a reconnu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Stinchcombe*, le droit de présenter une défense pleine et entière en réponse à des accusations criminelles est un principe de justice fondamentale (aux pages 336 à 338). Le fait de refuser à un accusé la communication de documents pertinents accroît pour lui le risque qu’il soit à tort déclaré coupable ou incarcéré. L’appelant a apporté un commencement de preuve montrant qu’il pourrait fort bien ne pas être en mesure de présenter une défense pleine et entière en réponse aux accusations déposées contre lui aux États-Unis, si l’accès aux documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne lui est refusé. L’appelant a donc droit à la divulgation intégrale de tous les documents pertinents qui sont en la possession de la Couronne. Cependant, l’obligation de divulgation imposée à la Couronne n’est pas absolue. Elle est subordonnée aux revendications de privilège et d’immunité d’intérêt public, revendications qui sont susceptibles de contrôle par les tribunaux.

La nature de l’ordonnance devant être rendue

[38] Lorsqu’une cour de justice est persuadée que des renseignements non divulgués répondent au critère

accused has met his burden of establishing a violation of his Charter right to disclosure: *R. v. Dixon*, [1998] 1 S.C.R. 244, at paragraph 33.

[39] This Court is not in a position to decide, in the case at bar, whether the Crown failed to comply with its obligation under *Stinchcombe*. A number of documents have already been disclosed to the appellant pursuant to requests under the AIA and in the context of Federal Court proceedings T-536-04 and T-686-04. At this stage, this Court has no way of verifying whether there are other relevant documents which should have been disclosed and whether the public interest immunity claims and statutory exemptions previously raised are justified exceptions to *Stinchcombe* disclosure in the circumstances of this case.

[40] In *Purdy*, the British Columbia Supreme Court found a breach of section 7. In that case, however, no disclosure at all had been made by the Crown. It was therefore not necessary for the Court to examine the materials withheld.

[41] The matter should be returned to the Federal Court for a determination of the precise documents the appellant is entitled to obtain under section 7 of the Charter. Since the applications Judge concluded that the Charter did not apply in the circumstances of the case, he did not turn his mind to that section of the Charter.

[42] The Federal Court will be unable to decide whether the Crown has complied with its disclosure obligation without having access to all the relevant documents including the unredacted documents at issue. For this reason, the respondents will be ordered to produce before a designated judge of the Federal Court all relevant documents within their possession. Any privilege or public interest immunity claim the Crown wishes to raise will be considered at that time. It will be up to the Federal Court to decide whether the Crown has complied with its disclosure obligation and exactly what documents the appellant may be entitled to.

préliminaire de l'arrêt *Stinchcombe*, l'accusé s'est acquitté de son obligation d'établir l'existence d'une violation du droit à la divulgation que lui garantit la Charte : *R. c. Dixon*, [1998] 1 R.C.S. 244, au paragraphe 33.

[39] La Cour ne peut dire ici si la Couronne s'est ou non conformée à son obligation selon l'arrêt *Stinchcombe*. Plusieurs documents ont déjà été communiqués à l'appelant à la suite de demandes présentées en vertu de la LAI, ainsi que dans le contexte des instances T-536-04 et T-686-04 introduites devant la Cour fédérale. À ce stade, la Cour n'a aucun moyen de vérifier si d'autres documents pertinents auraient dû être communiqués et si les allégations d'immunité d'intérêt public et les exceptions législatives précédemment invoquées constituent, dans les circonstances de la présente affaire, des exceptions justifiées au critère de divulgation énoncé dans l'arrêt *Stinchcombe*.

[40] Dans la décision *Purdy*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu à une transgression de l'article 7. Dans cette affaire, toutefois, la Couronne n'avait communiqué aucun document. Il n'était donc pas nécessaire pour le tribunal d'examiner les documents dont la divulgation avait été refusée.

[41] La présente affaire devrait être renvoyée à la Cour fédérale, qui déterminera les documents précis que l'appelant est fondé à obtenir en vertu de l'article 7 de la Charte. Puisque le juge de première instance a conclu que la Charte ne s'appliquait pas aux circonstances de cette affaire, il n'a pas porté son attention sur cette disposition de la Charte.

[42] La Cour fédérale ne sera pas en mesure de dire si la Couronne s'est conformée à son obligation de divulgation si elle n'a pas accès à tous les documents pertinents, y compris les documents non expurgés en cause ici. Pour cette raison, il sera ordonné aux défendeurs de produire devant un juge désigné de la Cour fédérale tous les documents pertinents qu'ils ont en leur possession. Toute allégation de privilège ou d'immunité d'intérêt public que la Couronne pourrait vouloir faire sera examinée à ce moment-là. Il appartiendra à la Cour fédérale de dire si la Couronne s'est conformée à son obligation de divulgation et de dire exactement quels documents l'appelant pourrait être fondé à obtenir.

CONCLUSION

[43] I am satisfied that the Charter applies in the circumstances of this case and that section 7 of the Charter is engaged. It may be that the respondents' refusal to disclose relevant information goes as far as violating the appellant's constitutional right to full answer and defence. This issue can only be determined by a review of the redacted and other relevant material and a balancing of the competing interests at stake with a view to reconciling them under the Charter.

[44] Consequently, I would allow this appeal with costs, I would set aside the decision of the applications Judge and I would grant the following order:

An order is issued directing that:

(a) the respondents, the Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of Foreign Affairs, the Director of the Canadian Security Intelligence Service and the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police, produce before the Federal Court unredacted copies of all documents, records and other materials in their possession which might be relevant to the charges against the appellant and which are therefore necessary for the purpose of allowing him to raise full answer and defence to the charges;

(b) the material produced be reviewed by a judge as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*; and

(c) the review be conducted pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

DISPOSITIF

[43] J'arrive à la conclusion que la Charte est applicable aux circonstances de la présente affaire et que l'article 7 de la Charte est mis en jeu. Il se pourrait que le refus des défendeurs de divulguer les renseignements pertinents aille jusqu'à enfreindre le droit fondamental de l'appelant de produire une défense pleine et entière. Ce point ne pourra être décidé qu'après examen des documents pertinents, expurgés ou non, et après pondération des intérêts rivaux en jeu, l'objectif étant de les concilier dans le cadre de la Charte.

[44] En conséquence, j'accueillerais le présent appel, avec dépens, j'annulerais le jugement du juge de première instance et j'accorderais l'ordonnance suivante :

Une ordonnance est rendue dans les termes suivants :

a) les défendeurs, à savoir le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre des Affaires étrangères, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité et le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, devront produire devant la Cour fédérale des copies non expurgées de tous les documents, dossiers et autres pièces en leur possession, qui pourraient intéresser les accusations portées contre l'appelant et qui sont par conséquent nécessaires pour qu'il soit en mesure d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui;

b) les pièces produites devront être examinées par un juge, comme prévu à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*; et

c) l'examen devra être effectué conformément à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

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

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

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.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Convention Refugees

Judicial review of Immigration and Refugee Board decision applicant not refugee, person in need of protection due to exclusion under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 98—In light of applicant's level of involvement with Armed Forces Revolutionary Council in Sierra Leone, Board finding serious reasons for believing applicant committed crime against humanity—Analysis of law regarding exclusion under s. 98—By not making adequate findings of fact, Board erred in law—Court may however uphold Board's decision to exclude, despite errors committed by panel, if on basis of correct approach, no properly instructed tribunal could have come to different conclusion—Application dismissed.

THOMAS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3780-06, 2007 FC 838, Mosley J., judgment dated 13/8/07, 27 pp.)

JUDGES AND COURTS

Bias—Motion appealing decision by Prothonotary dismissing motion to disqualify him based on apprehension of bias—Appeal dismissed—Plaintiff unduly delaying in raising apprehension of bias against Prothonotary—Prothonotaries subject to same impartiality requirements as judges, to extent Court includes prothonotaries acting within their jurisdiction—Motion dismissed.

OSMOSE-PENTOX INC. v. SOCIÉTÉ LAURENTIDE INC. (T-697-02, 2007 FC 844, de Montigny J., judgment dated 17/8/07, 17 pp.)

PATENTS

PRACTICE

Appeals from Federal Court judgments (2007 FC 300) dismissing four applications for judicial review of Minister of Health's decisions issuing notices of compliance permitting respondents Apotex Inc., Novopharm Ltd. to manufacture, market generic versions of drug products—Contrary to Federal Court's finding, appellant Ferring Inc. having standing to challenge Minister's decision as made in course of administration of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133—This conclusion having no impact on outcome of appeals—Appeals dismissed.

FERRING INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-198-07, A-161-07, A-162-07, A-163-07, 2007 FCA 276, Richard C.J., judgment dated 6/9/07, 5 pp.)

PENITENTIARIES

Application to declare *ultra vires* Directive No. 259 of Commissioner, Correctional Service of Canada prohibiting smoking within cells, private family visiting facilities—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 authorizing Commissioner of Correctional service to adopt such directive (ss. 70, 97 and 98), to impose disciplinary sanctions for non-compliance (s. 40)—Several decisions already declaring smoking prohibitions in penitentiaries valid—Furthermore, Directive No. 259 not incompatible with *Non-smokers' Health Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 15 and *Non-smokers' Health Regulations*, SOR/90-21—Application dismissed.

BOUCHER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1729-06, 2007 FC 893, Lagacé D.J., judgment dated 7/9/07, 12 pp.)

PUBLIC SERVICE

SELECTION PROCESS

Competitions

Judicial review of decision by Chairperson of Public Service Appeal Board granting respondent's appeal from appointment—Respondent erroneously given less time than other candidates to write test—Subsequently given time to review test—Appeal Board allowing appeal on grounds respondent not assessed on same standards as other candidates—Unreasonable to expect respondent to object to testing process prior to being informed had been screened out of competition—Failure to object not equivalent to legal principle of waiver—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CLEGG (T-340-07, 2007 FC 940, Kelen J., judgment dated 21/9/07, 17 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/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.**

BREVETS

PRATIQUE

Appels de décisions de la Cour fédérale (2007 CF 300) rejetant quatre demandes de contrôle judiciaire de décisions par lesquelles le ministre de la Santé a délivré des avis de conformité permettant aux intimées Apotex Inc. et Novopharm Ltd. de fabriquer et de commercialiser des versions génériques de médicaments—Contrairement à ce que la Cour fédérale a statué, l'appelante Ferring Inc. a qualité pour contester la décision du ministre puisqu'elle a été prise dans le cadre de l'administration du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—Cette conclusion n'avait aucune incidence sur le résultat des appels—Appels rejetés.

FERRING INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-198-07, A-161-07, A-162-07, A-163-07, 2007 CAF 276, juge en chef Richard, jugement en date du 6-9-07, 5 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a déclaré que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié ou de personne à protéger en raison de l'exclusion prévue à l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—La Commission a conclu, à la lumière du degré de participation du demandeur au Conseil des Forces armées révolutionnaires (Armed Forces Revolutionary Council) du Sierra Leone, qu'il y avait des motifs sérieux de croire que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité—Analyse du droit relatif à l'exclusion prévue à l'art. 98—La Commission a commis une erreur de droit en ne tirant pas de conclusions de fait suffisantes—Cependant, la Cour peut confirmer une décision de la Commission d'exclure le demandeur malgré les erreurs commises par le tribunal si aucun tribunal correctement instruit, utilisant la méthode d'interprétation appropriée, n'aurait pu parvenir à une conclusion différente—Demande rejetée.

THOMAS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3780-06, 2007 CF 838, juge Mosley, jugement en date du 13-8-07, 27 p.)

FONCTION PUBLIQUE

PROCÉDURE DE SÉLECTION

Concours

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la présidente du Comité d'appel de la Commission de la fonction publique a accueilli l'appel interjeté par le défendeur à l'encontre d'une nomination—Le défendeur a eu, par erreur, moins de temps que

FONCTION PUBLIQUE—Fin

d'autres candidats pour subir un examen – Par la suite, on lui a donné le temps de réviser son examen—Le Comité d'appel a accueilli l'appel au motif que le défendeur n'a pas été évalué selon les mêmes critères que les autres candidats—Il était déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur s'oppose au processus de contrôle avant d'apprendre qu'il avait été exclu du concours—L'omission de s'opposer n'équivaut pas au principe juridique de la renonciation—Demande rejetée.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CLEGG (T-340-07, 2007 CF 940, juge Kelen, jugement en date du 21-9-07, 17 p.)

JUGES ET TRIBUNAUX

Partialité—Requête en appel d'une décision d'un protonotaire rejetant la demande de récusation fondée sur une crainte de partialité à son encontre—Appel rejeté en raison du délai indu qu'a laissé courir la demanderesse avant de soulever sa crainte de partialité à l'encontre du protonotaire—Les protonotaires sont soumis aux mêmes exigences d'impartialité que les juges, dans la mesure où ils sont assimilés à la Cour lorsqu'ils agissent dans les limites de leur compétence —Requête rejetée.

OSMOSE-PENTOX INC. C. SOCIÉTÉ LAURENTIDE INC. (T-697-02, 2007 CF 844, juge de Montigny, jugement en date du 17-8-07, 17 p.)

PÉNITENCIERS

Demande visant à faire déclarer *ultra vires* la Directive n° 259 du commissaire du Service correctionnel du Canada interdisant de fumer à l'intérieur des cellules et des installations des visites familiales privées—La *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 habilite le commissaire du Service correctionnel à adopter une telle directive (art. 70, 97 et 98) et à imposer des sanctions disciplinaires pour son non-respect (art. 40)—D'ailleurs, plusieurs décisions portant sur des interdictions de fumer en milieu carcéral ont déjà déclarées que de telles interdictions étaient valides—En outre, la Directive n° 259 n'est pas incompatible avec la *Loi sur la santé des non-fumeurs*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 15 et le *Règlement sur la santé des non-fumeurs*, DORS/90-21—Demande rejetée.

BOUCHER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1729-06, 2007 CF 893, juge suppléant Lagacé, jugement en date du 7-9-07, 12 p.)

