



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 2, Part 2**

**2006, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2006] 2 F.C.R., 287-530**

**Renvoi [2006] 2 R.C.F., 287-530**

---



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-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2006.

*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-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

*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'arrêtiŕte 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

Digests .....	D-13
Appeals Noted .....	I

<b>AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) .....</b>	<b>371</b>
--	------------

Patents—Application for stay of execution of Federal Court of Appeal judgment setting aside Federal Court decisions, quashing notice of compliance (NOC) in respect of Apotex' generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under brand name "Apo-Omeprazole"—Apotex marketing, selling cheaper drug since NOC issued—Day after Federal Court of Appeal judgment, Supreme Court of Canada releasing decision relating to proper interpretative approach to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—In *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada discarding interpretative approach focussing on patent protection since infringement not suspected on facts of case—But NOC Regulations to be construed to achieve stated objective when reliance placed on patented drug to accelerate issuance of NOC—Patent Act, s. 55.2(4) authority for making of regulations to prevent infringement of patent—Thus part of statutory scheme of Act to allow generic manufacturers to enter market without delay after expiry of

*Continued on next page*

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

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à 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

Fiches analytiques .....	F-17
Appels notés .....	I

<b>AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) .....</b>	<b>371</b>
--	------------

Brevets—Demande de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant des décisions de la Cour fédérale et annulant un avis de conformité (AC) concernant la version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg d'Apotex, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole »—Après la délivrance de l'AC, Apotex a commercialisé et vendu la version moins coûteuse du médicament—Le jour suivant le prononcé du jugement de la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada a rendu une décision concernant l'interprétation que doit recevoir le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême du Canada n'a pas retenu la méthode d'interprétation axée sur la protection par brevet étant donné que dans les circonstances de cette affaire, aucune contrefaçon ne pouvait être soupçonnée ou inférée—Toutefois lorsqu'on a recours à un médicament breveté pour accélérer la délivrance d'un avis de conformité,

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

relevant patent—Application of NOC Regulations where no infringement inferred, suspected would be *ultra vires* regulation-making power—Statutory objectives of facilitating generic entry on market, providing access to cheaper drugs may trump patent protection when NOC Regulations not applying — Patent protection overriding objective when NOC Regulations applying.

Practice—Judgments and Orders—Stay of Execution—Application for stay of execution of Federal Court of Appeal judgment setting aside Federal Court decisions, quashing notice of compliance (NOC) in respect of Apotex' generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under brand name "Apo-Omeprazole"—Apotex undertaking to apply for leave to appeal to Supreme Court of Canada without delay, seeking pre-judgment *status quo* until disposition of leave applications, appeals—Apotex required to demonstrate proposed leave applications, appeals raising serious issue, irreparable harm suffered in absence of stay, balance of inconvenience favouring issuance of stay—Irreparable harm, balance of inconvenience determined on basis of NOC Regulations' objectives—*Status quo* maintained despite public interest in executing Federal Court of Appeal judgment pending appeal.

### **Brescia v. Canada (Treasury Board) (F.C.A.) . . . . . 343**

Public Service—Labour Relations—Appeal from Federal Court's dismissal of judicial review of rejection of appellants' grievance against Canadian Grain Commission decision placing them on unpaid off-duty status—Appellants placed on such status following Canadian Wheat Board decision not to ship grain by rail through Thunder Bay in winter 2000—Appellants called back to work on basis of alphabetical order—Public Service Employment Act (PSEA), s. 29 dealing with lay-offs, but not off-duty status—Here, Commission not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

le Règlement doit être interprété de manière à réaliser son objectif déclaré—L'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets confère le pouvoir de prendre des règlements dans le but d'empêcher la contrefaçon d'un brevet—Une partie du régime législatif vise à permettre aux fabricants de médicaments génériques d'entrer sur le marché dès que le brevet pertinent est arrivé à expiration—L'application du Règlement lorsqu'aucune contrefaçon n'est inférée ou soupçonnée excéderait le pouvoir de réglementation conféré par la Loi—Faciliter l'entrée de médicaments génériques sur le marché et donner accès à des médicaments moins coûteux sont des objectifs législatifs qui peuvent éclipser la protection assurée par un brevet tant que le Règlement n'entre pas en jeu—Dès que le Règlement s'applique, la protection conférée par brevet doit être l'élément prépondérant.

Pratique—Jugements et ordonnances—Sursis d'exécution—Demande de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant des décisions de la Cour fédérale et annulant un avis de conformité (AC) concernant la version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg d'Apotex, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole »—Apotex s'est engagée à déposer sans délai des demandes d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada et elle a demandé le maintien de la situation avant jugement jusqu'à ce que ses demandes d'autorisation et les pourvois éventuels soient tranchés—Apotex devait démontrer que les demandes d'autorisation d'appel proposées soulevaient une question sérieuse, qu'elle subirait un préjudice irréparable si les suspensions n'étaient pas accordées et que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'octroi des suspensions—Les questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients ont été tranchées en tenant compte de l'objet du Règlement—Le *statu quo* a été maintenu bien qu'il y avait un intérêt public à donner effet au jugement de la Cour d'appel fédérale en attendant l'issue du pourvoi.

### **Brescia c. Canada (Conseil du Trésor) (C.A.F.) . . . . . 343**

Fonction publique—Relations du travail—Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants en ce qui concerne le rejet du grief qu'ils avaient déposé à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des grains de les mettre en situation d'inactivité, sans rémunération—Les appelants ont été mis en situation d'inactivité par suite d'une décision de la Commission canadienne du blé de ne pas expédier de grains par rail en passant par Thunder Bay au cours de l'hiver 2000—

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

acting under PSEA as appellants' employment not terminated—Off-duty status not lay-off, recall to work not appointment—As off-duty status outside reach of PSEA, merit principle not applicable—Placing of employees on off-duty status without pay falling within Treasury Board's (and its delegates, such as Commission) powers in respect of personnel management pursuant to Financial Administration Act—Appeal dismissed (Pelletier J.A. dissenting).

### **Canada v. Grenier (F.C.A.) . . . . . 287**

Penitentiaries—Appeal from Federal Court decision upholding Prothonotary's jurisdiction to decide issue of actionable fault in simplified action, determining Prothonotary's decision justified—Respondent, inmate in Donnacona maximum security penitentiary, throwing forms at correctional officer—Action perceived as threat, attempt to strike officer—Institutional head placed respondent in administrative segregation for 14 days—Respondent also charged under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 40(m) (jeopardizing security of penitentiary)—Respondent challenging administrative segregation decision by action in damages three years after decision—Safety, security important concerns in institutional head's decision—Consulting numerous parties, taking into account history of inmate's behaviour—Under CCRA, s. 31(3)(a), in making administrative segregation decision, institutional head must be satisfied no reasonable alternative to ensure security and safety of penitentiary, individuals—Must also have reasonable grounds to believe inmate's actions jeopardizing security, safety before ordering administrative segregation—Institutional head in present case fearing for safety of officer threatened, other inmates—Evidence establishing decision justified, only reasonable solution.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Les appelants ont été rappelés au travail selon l'ordre alphabétique de leurs noms—L'art. 29 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP) traite des mises en disponibilité mais non des situations d'inactivité—En l'espèce, la Commission canadienne des grains n'a pas agi sous le régime de la LEFP étant donné qu'il ne s'agissait pas de cessations d'emploi—Les situations d'inactivité n'équivalent pas à des mises en disponibilité et les rappels ne constituent pas des nominations—Étant donné que les situations d'inactivité ne sont pas visées par la LEFP, le principe du mérite ne s'applique pas—La décision de mettre des employés en situation d'inactivité sans rémunération relève du Conseil du Trésor (et de ses délégués, comme la Commission canadienne des grains) dans l'exercice des attributions que lui confère la Loi sur la gestion des finances publiques en matière de gestion du personnel—Appel rejeté (le juge Pelletier, J.C.A., dissident).

### **Canada c. Grenier (C.A.F.) . . . . . 287**

Pénitenciers—Un appel a été interjeté d'une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a confirmé la compétence du protonotaire de statuer, dans le cadre d'une action simplifiée, sur la question de la faute génératrice de responsabilité et conclu que la décision du protonotaire était justifiée—L'intimé, détenu à Donnacona, un pénitencier à sécurité maximale, a lancé à un agent correctionnel des formulaires—Ce geste a été perçu comme une menace et une tentative de frapper l'agent—Le directeur du pénitencier a mis l'intimé en isolement préventif pour une période de 14 jours—L'intimé a aussi été accusé d'avoir mis en danger la sécurité du pénitencier, contrairement à l'art. 40(m) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC)—L'intimé a contesté environ trois ans plus tard la décision d'isolement préventif en intentant une poursuite en dommages-intérêts—La sécurité a été un facteur important lorsque le directeur a pris sa décision—Le directeur a consulté de nombreux intervenants, et l'on a pris en compte les antécédents du détenu—Aux termes de l'art. 31(3)(a) de la LSCMLC, le directeur du pénitencier peut ordonner l'isolement préventif d'un détenu lorsqu'il est convaincu qu'il n'existe aucune autre solution valable pour assurer la sécurité des personnes ou du pénitencier—Pour ordonner l'isolement préventif, il doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire que les agissements de l'intimé mettent en péril la sécurité—En l'espèce, le directeur craignait pour la sécurité de l'agente menacée et des autres détenus—La preuve a montré que la décision était justifiée et qu'elle était la seule solution raisonnable.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Remedies—Appeal from Federal Court decision upholding Prothonotary’s jurisdiction to decide issue of actionable fault in simplified action, determining Prothonotary’s decision justified—Whether necessary to challenge administrative decision by judicial review before bringing action—Decision of federal agency retaining legal force, authority until invalidated—Federal Court having exclusive jurisdiction to review lawfulness of decisions made by any federal board, commission or other tribunal under Federal Courts Act, s. 18—Under s. 18(3), review exercised “only” by means of judicial review—Allowing action under s. 17 to invalidate decision challenged would disregard Parliament’s intention in s. 18(3)—S. 17 action would also infringe principle of finality of decisions, *res judicata*—Judicial review of decision involved determining whether institutional head had reasonable grounds to fear for safety of officer threatened, other persons; whether presence of disturbing inmate among others jeopardizing penitentiary’s security—Even if institutional head’s decision invalid, not necessarily leading to finding of fault, negligence—Judicial review principles (i.e. pragmatic and functional approach to determine standard of review) applying whether review made by judicial review, appeal, action in damages.

Federal Court Jurisdiction—Inmate at maximum security institution challenging institutional head’s decision to place him in administrative segregation by way of action for damages under Federal Courts Act, s. 17—Prothonotary allowing action in part—Federal Court upholding Prothonotary’s decision—Appeal therefrom allowed—Lawfulness of decisions of federal agencies can only be reviewed by way of application for judicial review—Such intent clear from use of “only” in s. 18(3)—Consistent with principles of finality of decisions, *res judicata*.

**Dominion Investments (Nassau) Ltd. v. Canada (F.C.)** ..... 409

Practice—Stay of Proceedings—Appeal from Prothonotary’s decision staying plaintiffs’ action against defendant pending completion of police investigation—Defendant invoking Canada Evidence Act, s. 37 (objection to disclosure on ground

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Recours—Un appel a été interjeté d’une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a confirmé la compétence du protonotaire pour statuer, dans le cadre d’une action simplifiée, sur la question de la faute génératrice de responsabilité et conclu que la décision du protonotaire était justifiée—Était-il nécessaire de contester la décision administrative par voie de contrôle judiciaire avant d’intenter une action?—La décision d’un organisme fédéral conserve sa force et son autorité légales tant qu’elle n’est pas invalidée—Aux termes de l’art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales (Loi), la Cour fédérale a compétence exclusive pour contrôler la légalité des décisions rendues par tout office fédéral—Selon la version anglaise de l’art. 18(3), ce contrôle ne peut être exercé que par la seule voie du contrôle judiciaire (« *only* »)—Permettre l’exercice du recours prévu par l’art. 17 de la Loi serait contraire à l’intention du législateur révélée par l’art. 18(3)—Ce serait aussi contraire au principe de l’autorité de la chose jugée—Dans l’instance de contrôle judiciaire, il s’agissait de déterminer si le directeur avait eu des motifs raisonnables de craindre pour la sécurité de l’agente menacée et d’autres personnes; la présence du détenu agité parmi les autres compromettrait-elle la sécurité du pénitencier?—Même si la décision du directeur était illégale, cela ne voulait pas nécessairement dire qu’il y a eu faute, négligence—Les principes applicables au contrôle des décisions administratives (c’est-à-dire l’analyse pragmatique et fonctionnelle qui permet de déterminer la norme de contrôle), doivent être suivis, que la révision de cette décision se fasse par voie de contrôle judiciaire, d’appel ou d’une action en dommages-intérêts.

Compétence de la Cour fédérale—Le détenu d’un établissement à sécurité maximale a contesté la décision du directeur de le mettre en isolement préventif en intentant une poursuite en dommages-intérêts en vertu de l’art. 17 de la Loi sur les Cours fédérales—Le protonotaire a accueilli l’action en partie—La Cour fédérale a confirmé la décision du protonotaire—L’appel est accueilli—Lorsque la légalité des décisions des organismes fédéraux est en jeu, le seul recours est le contrôle judiciaire—L’intention du législateur est clairement exprimée dans la version anglaise de l’art. 18(3) (« *only* »)—Elle est conforme au principe de l’autorité de la chose jugée et de la finalité des décisions.

**Dominion Investments (Nassau) Ltd. c. Canada (C.F.)** ..... 409

Pratique—Suspension d’instance—Appel de la décision d’un protonotaire de suspendre l’action des demandeurs contre la défenderesse jusqu’à la conclusion d’une enquête policière—La défenderesse a invoqué l’art. 37 de la Loi sur la preuve au

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of public interest) to prevent disclosure of affidavit filed in support of motion to stay—Prothonotary wrong to examine serious issue advanced by defendant (whether defendant able to make full answer, defence without disclosing information referred to in affidavit) as that issue calling for analysis of possible application of Canada Evidence Act, s. 37 to action, not stay motion—Defendant not establishing irreparable harm if action not stayed—Insufficient evidence for Court to balance diverse interests at play—Appeal allowed.

Evidence—Defendant’s motion record for stay of plaintiffs’ action including Canada Evidence Act, s. 37 certificate stating disclosure of information in affidavit filed in support of motion would encroach on public interest—Such use of Canada Evidence Act, s. 37 proactive rather than reactive—Not Parliament’s intention s. 37 be used in proactive way to prevent disclosure of evidence voluntarily produced—S. 37 allowing objection in reactive context only—Non-disclosure order re : affidavit not available in case at bar—In any event, Prothonotary not having regard to correct public interest principles supporting disclosure, confusing factors relevant to stay with principles relevant to s. 37 order.

Construction of Statutes—Canada Evidence Act, s. 37—If Parliament intended s. 37 be used to prevent disclosure of evidence voluntarily produced, would have referred to power to compel disclosure rather than production—Purposive interpretation of s. 37 most consistent with fundamental principles of our law allowing objections to be made in reactive context only, i.e. in course of objection to production before court, person or body with jurisdiction to compel production.

**Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (F.C.A.) . . . . . 477**

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Canada (opposition à la divulgation pour des raisons d’intérêt public) pour empêcher la divulgation d’un affidavit déposé à l’appui de la requête en suspension—Le protonotaire s’est trompé lorsqu’il a étudié la question sérieuse proposée par la défenderesse (à savoir si la défenderesse était en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont faisait état l’affidavit), puisqu’elle impliquait une analyse de l’application possible de l’art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada mais au niveau de l’action, et non pas de la requête en suspension—La défenderesse n’a pas établi qu’elle subirait un préjudice irréparable si l’action n’était pas suspendue—Il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve pour permettre à la Cour de balancer les divers intérêts en jeu—Appel accueilli.

Preuve—Le dossier de requête de la défenderesse visant à obtenir la suspension de l’action des demandeurs comprenait un certificat en vertu de l’art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada qui mentionnait que la divulgation de l’information contenue dans l’affidavit déposé à l’appui de la requête causerait un préjudice à l’intérêt public—Une telle utilisation de l’art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada est proactive plutôt que réactive—Il n’était pas de l’intention du législateur que l’art. 37 soit utilisé d’une manière proactive pour empêcher la divulgation d’une preuve produite volontairement—L’art. 37 ne permet une opposition que dans un contexte réactif seulement—Une ordonnance de non-divulgation quant à l’affidavit n’était pas disponible en l’espèce—Quoi qu’il en soit, le protonotaire n’avait pas pris en compte les bons principes d’intérêt public militant en faveur de la divulgation et il avait confondu les éléments pertinents à l’analyse de la requête en suspension et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l’art. 37.

Interprétation des lois—Art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada—Si le législateur avait l’intention de permettre que soit utilisé l’art. 37 pour empêcher la divulgation d’une preuve produite volontairement, il aurait référé au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu’à la production—L’interprétation téléologique de l’art. 37 respecte le plus les principes fondamentaux de notre droit en permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, à savoir dans le cadre d’une opposition à la production des renseignements auprès d’un tribunal, d’un organisme ou d’une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production.

**Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc. (C.A.F.) . . . . . 477**

Brevets—Contrefaçon—Appel d’une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

from appellant's defence and counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly)—Lilly commencing action for infringement of seven patents relating to processes that may be used in making cefaclor, antibiotic—Lilly later claiming appellant infringing eighth patent; amending statement of claim—Four out of those eight patents assigned to Lilly by Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi)—Lilly simultaneously granting Shionogi non-exclusive licence respecting patents assigned—Appellant alleging assignment of patents constituting conspiracy to unduly lessen competition contrary to Competition Act, s. 45; claiming damages under s. 36—Patent Act, s. 50 providing patent issued for invention assignable in law—Federal Court of Appeal decision in *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* establishing assignment of patent cannot be undue when lessening of competition resulting from assignment thereof—*Molnlycke* not applying if reduction of competition resulting from something more than mere exercise of patent rights—Federal Court erring when considering *Molnlycke* binding in present circumstances—Also erring when holding assignment of patents exempt from Competition Act, s. 45.

*Competition—Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs from appellant's defence, counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Lilly)—Assignment of patent may as matter of law unduly lessen competition—When assignment increasing assignee's market power in excess of that inherent in rights assigned, Patent Act, s. 50 not precluding possibility assignment unduly lessening competition under Competition Act, s. 45—Purpose of Competition Act to maintain, encourage competition in Canada to promote efficiency, adaptability of Canadian economy—Federal Court not erring when concluding patent assignment having effect of reducing competition—Appellant claiming loss, damages sustained as result of conduct proscribed in Competition Act, s. 45—Submitting any potential amount required to pay for infringement constituting "loss or damages"—S. 36(1) providing claimant must prove proscribed conduct causing loss, damages—S. 36(4) establishing limitation period to claim loss, damages—Federal Court not erring in concluding issues of damages, limitation period to be resolved at trial, not on summary motion.*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly)—Lilly a intenté une action pour contrefaçon de sept brevets sur des procédés pouvant servir à la fabrication de l'antibiotique céfaclor—Lilly a modifié sa déclaration de manière à ajouter un huitième brevet à son action—Quatre des huit brevets ont été cédés à Lilly par Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi)—Lilly concédait simultanément à Shionogi une licence non exclusive sur les brevets cédés—L'appelante a allégué que les accords de cession conclus constituaient un complot en vue de diminuer indûment la concurrence, en contravention avec l'art. 45 de la Loi sur la concurrence, et a réclamé des dommages-intérêts en vertu de l'art. 36—L'art. 50 de la Loi sur les brevets dispose que tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit—Dans l'arrêt *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.*, la Cour d'appel fédérale a statué qu'une cession de brevet ne peut être indue si la diminution de la concurrence découle uniquement de la cession—*Molnlycke* ne doit pas être appliqué si la diminution de la concurrence découle de quelque chose qui dépasse le simple exercice des droits de brevet—En l'espèce, la Cour fédérale s'est trompée en se considérant liée par *Molnlycke*—Elle a également commis une erreur en affirmant que les cessions de brevet ne sont pas assujetties à l'art. 45 de la Loi sur la concurrence.

*Concurrence—Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly)—La cession de brevet peut, en droit, diminuer indûment la concurrence—Lorsque la cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le seul pouvoir inhérent au brevet cédé, l'art. 50 de la Loi sur les brevets n'exclut pas la possibilité que la cession diminue indûment la concurrence en contravention avec l'art. 45 de la Loi sur la concurrence—L'objet de la Loi sur la concurrence est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne—La Cour fédérale ne s'est pas trompée lorsqu'elle a conclu que la cession de brevet avait pour effet de diminuer la concurrence—L'appelante a réclamé des dommages-intérêts pour la perte ou les dommages qu'elle a subis en raison des agissements contraires à l'art. 45—L'appelante a soutenu que tout montant qu'elle pourrait être tenue de verser dans l'action en contrefaçon constitue « une perte ou des dommages »—En*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Summary Judgment—Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs from appellant’s defence, counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.—Appellant’s claim for loss, damages under Competition Act not matter to be resolved at summary judgment stage—Also inappropriate to decide by summary judgment matter in which application of discoverability rule (when facts discovered, could reasonably have been expected to be discovered) likely to be important, i.e. determining start of limitation period for damages claimed under Competition Act.

### **Khadr v. Canada (F.C.) . . . . . 505**

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, Detention, Imprisonment—Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action for damages, declaration plaintiff’s rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms violated—Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan—Facing special Combatant Status Review Tribunal for detainees, designated enemy combatant—Interrogated by officials of Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS)—Plaintiff claiming right to silence, right to counsel, right to be informed of nature of allegations breached by DFAIT/CSIS agents when questioned—Agents taking on primary role in interviewing plaintiff—Providing U.S. authorities with summaries of interviews—Present case not involving suspension, exemption from any statute constitutionally challenged—Plaintiff invoking Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

vertu de l’art. 36(1), le demandeur doit prouver qu’il a subi une perte ou des dommages en raison des agissements prohibés—L’art. 36(4) précise la prescription applicable à une action en dommages-intérêts pour perte ou dommages subis—La Cour fédérale ne s’est pas trompée en concluant que les questions de dommages et de prescription devaient être tranchées sur le fond et non dans le cadre d’une requête en jugement sommaire.

Pratique—Jugement sommaire—Appel d’une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l’appelante dans l’action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.—La réclamation de l’appelante pour perte ou dommages sous le régime de la Loi sur la concurrence n’était pas une question devant être tranchée dans le cadre d’une requête en jugement sommaire—Il n’est pas davantage approprié de trancher un litige par jugement sommaire lorsque l’application du principe de la possibilité de découverte (moment où les faits ont été découverts ou pouvaient raisonnablement l’être) sera vraisemblablement une question importante en ce qu’elle marque le début de la période de prescription pour les dommages-intérêts réclamés sous le régime de la Loi sur la concurrence.

### **Khadr c. Canada (C.F.) . . . . . 505**

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d’autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu’à la tenue du procès relatif à l’action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés—Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d’Al-Qaïda en Afghanistan—Il a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé Combattant Status Review Tribunal et a été désigné combattant ennemi—Il a été interrogé par des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)—Le demandeur prétend que les fonctionnaires du MAÉCI et du SCRS ont porté atteinte à son droit de garder le silence, à son droit de consulter un avocat et à son droit d’être informé des accusations portées contre lui en l’interrogeant—Ces fonctionnaires ont joué un

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

information obtained through Canadian security agents' questioning—Charter rights may apply outside Canada if certain conditions met—Injunction lying against Crown when Charter violation resulting not only from invalid legislation but from prohibited conduct.

Crown—Practice—Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action for damages, declaration Charter rights breached—Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan—Injunction lying against Crown whether Charter violation resulting from invalid legislation or from prohibited conduct, provided pre-conditions laid down in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* met.

Injunctions—Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting any further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action alleging breach of Charter rights—Interlocutory injunctions may be obtained as part of Charter litigation when constitutionality of conduct under valid statute challenged—Purpose of interlocutory injunction to prevent violation of Charter rights while underlying action tried—Plaintiff meeting preconditions laid down by *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* for granting of injunction, i.e. serious issue to be tried; irreparable harm; balance of convenience—Plaintiff may suffer irreparable harm by U.S. prosecution given gravity of allegations against him—Canadian Security Intelligence Service's (CSIS) legitimate intelligence gathering in name of fighting Al-Qaida and Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) activities in support of Canadians abroad weighed against danger to plaintiff information extracted could be used against him—Public

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

rôle de premier plan lors de l'interrogatoire du demandeur—Ils ont remis aux autorités américaines un résumé de ces entrevues —En l'espèce, il n'était pas question de la suspension ou de l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée—Le demandeur a invoqué la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté aux États-Unis—Les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada à certaines conditions—Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant non seulement d'une loi inconstitutionnelle mais d'agissements interdits.

Couronne—Pratique—Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à l'action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés—Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan —Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant d'une loi inconstitutionnelle ou d'agissements interdits, à condition que soient respectées les conditions préalables énoncées dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*.

Injonctions—Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée pour des violations alléguées de la Charte —On peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'une cause où la Charte est invoquée lorsque la constitutionnalité d'agissements accomplis en vertu d'une loi valide est contestée—L'injonction interlocutoire a pour objet d'empêcher la violation des droits garantis par la Charte en attendant que soit tenu le procès relatif à l'action principale — Le demandeur a rempli les conditions préalables énoncées dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* en matière d'injonctions : il a établi qu'il y a une question sérieuse à juger, qu'il peut subir un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur—Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

interest in ensuring Canadians' Charter rights respected when questioned by Canadian officials in Canada or abroad—Danger to public interest caused by DFAIT/CSIS agents not being able to access plaintiff outweighed by plaintiff's possible conviction in U.S. based on evidence obtained in violation of Charter.

Security Intelligence—Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials questioning plaintiff regarding alleged involvement with Al-Qaida forces—Officials having duty to collect information for national security purposes but not having right to question person not wanting to be questioned—Officials refusing to undertake to inform themselves on future use of information obtained by Canadian agents from plaintiff and provided to U.S. authorities—Court drawing adverse inference information would be used against plaintiff.

### **Kovacs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 455**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection—Board also excluding principal applicant from refugee protection under Article 1F(b) of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention)—Determining serious reasons for considering principal applicant may have committed serious, non-political crime outside of Canada (son's abduction)—Principal applicant, Hungarian, arriving in Canada, claiming protection for herself, two minor children—Claim based on membership in particular social group, i.e. Romas and victims of abuse by principal applicant's second husband—Prior to refugee hearing, husband bringing application before Ontario Superior Court of Justice (OSC) under Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

irréparable—On doit concilier les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger, et le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui—L'intérêt public exige que, lorsqu'ils interrogent des Canadiens, au Canada ou à l'étranger, les fonctionnaires canadiens respectent la Charte—Le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emportait sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de le rencontrer.

Renseignement de sécurité—Des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) ont interrogé le demandeur au sujet de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda—Ces fonctionnaires ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale, mais ils n'ont pas le droit d'interroger une personne qui ne veut pas être interrogée—Ils ont refusé de s'engager à vérifier l'utilisation future des renseignements qui ont été recueillis auprès du demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux autorités américaines—La Cour en a tiré une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre le demandeur.

### **Kovacs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) . . . . . 455**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs ne sont ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger—La Commission a aussi jugé que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés, en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention sur le statut de réfugié)—Elle a conclu qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada (l'enlèvement de son fils)—La demanderesse principale est hongroise et elle a demandé asile pour elle et ses deux enfants mineurs à son arrivée au Canada—La demande était fondée sur l'appartenance à un groupe social, les Roms, et sur les mauvais traitements infligés par son

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Convention) for removal of son in accordance with Hungarian custody order—OSC dismissing application, determining son at grave risk of psychological harm—Board addressing whether crime committed by principal applicant meeting criteria of “serious non-political crime” under Article 1F(b) of Refugee Convention—Article not requiring person in question having to be charged with, convicted of crime in question—Absence of criminal conviction not equating absence of “serious non-political crime”—Board not erring in findings, determinations with respect to applicants.

Judges and Courts—Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection—Whether civil proceedings in Ontario Superior Court (OSC) affecting decision to be made by Board—While OSC decision relevant and important evidence that placed applicants’ claim in context, decision not binding on Board—Board entitled and required to take into account OSC findings where directly relevant to facts before Board—Board required to carry out own analysis, reach own conclusions on matters before it—Cannot be bound by OSC’s actions particularly where issues, tasks different—OSC having to determine rights of parties under Hague Convention whereas Board having to make refugee determination under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA).

Practice—*Res Judicata*—Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicants not Convention refugees, persons in need of protection—Board not stopped from making finding regarding principal applicant’s son’s status as person in need of protection even though Ontario Superior Court (OSC) determining, in Hague Convention application, son would be in environment that would present risk of psychological harm if returned to father’s care in

## SOMMAIRE (Suite)

deuxième mari—Avant l’audition de la demande d’asile, le mari de la demanderesse principale a saisi la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la CSJO) d’une demande fondée sur la Convention de La Haye sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants (Convention de La Haye) visant le retour de son fils en Hongrie en exécution d’une ordonnance de garde rendue dans ce pays—La CSJO a rejeté la demande au motif que le fils courait un risque sérieux de préjudice psychologique—La Commission s’est demandée si le crime commis correspondait à la notion de « crime grave de droit commun » évoquée à l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention sur le statut de réfugié— Cette disposition n’exige pas une accusation ou une condamnation pour le crime en cause—L’absence de condamnation ne signifie pas qu’il n’y a pas de « crime grave de droit commun »—La Commission n’a pas commis d’erreur dans les conclusions qu’elle a tirées relativement aux demandeurs.

Juges et Tribunaux—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs n’étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger—L’instance civile devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la CSJO) influe-t-elle sur la décision de la Commission?—Bien que la décision de la CSJO constituait une preuve utile et importante plaçant la demande d’asile dans son contexte, elle ne liait pas la Commission—La Commission a le droit de prendre les conclusions de la CSJO en considération et elle devrait le faire lorsqu’elles se rapportent directement aux faits qui lui sont présentés—La Commission doit effectuer sa propre analyse et tirer ses propres conclusions—Elle ne peut être liée par les décisions de la CSJO, en particulier lorsque les questions et les rôles diffèrent—La CSJO avait à déterminer quels étaient les droits des parties sous le régime de la Convention de La Haye, tandis que la Commission devait se prononcer sur le statut de réfugié en fonction de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR).

Pratique—*Res judicata*—Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs n’étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger—Même si la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la CSJO) a jugé dans une demande fondée sur la Convention de La Haye que le fils de la demanderesse principale vivrait dans un climat présentant un risque de préjudice psychologique s’il était renvoyé auprès de

## CONTENTS (Continued)

Hungary—Considerations to be made by OSC under Hague Convention application clearly different from those to be made by Board in refugee determination—OSC having to determine whether son at “grave risk” of harm while Board having to determine whether risk “cruel or unusual treatment or punishment” under IRPA—OSC’s findings regarding whether principal applicant’s son subject to risk stated in IRPA, s. 97 may have been relevant but not determinative in whether son person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act.

### **Rasolzadeh v. Canada (F.C.) . . . . . 386**

Practice—Judgments and Orders—Consent Judgment—Summary of proceedings leading to consent order, judgment, dismissal of proceedings encompassed by class action—Plaintiffs “economic class” applicants for permanent residence under old Immigration Act allegedly unfavourably affected by transition to Immigration and Refugee Protection Act—Plaintiffs/applicants commencing proceedings in Federal Court, but changes to transitional scheme achieving much of substantive relief sought—Settlement negotiations ensuing, principal issue being time frame for clearance of outstanding pre-2002 applications—Class action certified—Terms of settlement finalized, notice and opt-out form delivered to class members—Opt-out forms received, Court approving class action settlement—Not in interests of justice to enforce rule requiring separate proceedings be commenced for each matter, decision sought to be reviewed as too many applicants in case at bar—Consent order and judgment granted.

Practice—Class Actions—Plaintiffs “economic class” applicants for permanent residence under old Immigration Act

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

son père en Hongrie, il n’était pas interdit à la Commission de formuler des conclusions sur le statut du fils en tant que personne à protéger—Les éléments que la CSJO prend en considération dans le cadre d’une demande fondée sur la Convention de La Haye diffèrent manifestement de ceux que la Commission examine dans le cadre d’une demande d’asile — La CSJO devait se prononcer sur l’existence d’un « risque grave » de danger, tandis que la Commission devait décider s’il s’agissait d’un risque de « traitements ou peines cruels et inusités » au sens de la LIPR—Les conclusions de la CSJO pouvaient être pertinentes pour la question de savoir si le fils serait exposé au type de risque dont il est question à l’art. 97 de la LIPR, mais elles n’établissaient pas s’il était une personne à protéger au sens de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés.

### **Rasolzadeh c. Canada (C.F.) . . . . . 386**

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sur consentement—Résumé de la procédure menant au prononcé d’une ordonnance et d’un jugement sur consentement ainsi qu’au rejet des instances visées par un recours collectif—Les demandeurs, qui ont présenté une demande de résidence permanente en tant que membres de la « catégorie de l’immigration économique » en vertu de l’ancienne Loi sur l’immigration, étaient touchés, censément d’une façon défavorable, par la transition vers la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Les demandeurs ont introduit des instances devant la Cour fédérale, mais les changements apportés au régime transitoire ont eu pour effet d’accorder en bonne partie les réparations sollicitées quant au fond—Des négociations en vue d’un règlement ont alors été entamées et la principale question se rapportait au délai prescrit pour le règlement des demandes à traiter présentées avant 2002—Autorisation du recours collectif—Établissement des dispositions du règlement et remise de l’avis et du formulaire d’exclusion aux membres du groupe—Réception des formulaires d’exclusion et approbation par la Cour du règlement du recours collectif—Il n’était pas dans l’intérêt de la justice d’appliquer la règle voulant que, pour chaque décision ou affaire à l’égard de laquelle un contrôle judiciaire est demandé, une instance distincte doit être engagée, parce que l’affaire en l’espèce concernait un nombre trop élevé de demandeurs—Ordonnance et jugement sur consentement accordés.

Pratique—Recours collectifs—Les demandeurs, qui ont présenté une demande de résidence permanente à titre de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

commencing proceedings after allegedly being unfavourably impacted by Immigration and Refugee Protection Act transitional scheme—Interim relief granted directing Minister of Citizenship and Immigration not finally reject pre-2002 “economic class” permanent residence applications—Representative plaintiff’s judicial review application treated, proceeded with as action—Conditions for certification of action, set out in Federal Courts Rules, s. 299.18(1), met—Class action settled, therefore dismissed.

### Stevens v. Conservative Party of Canada (F.C.A.) . 315

Elections—Appeal from dismissal of application for judicial review of Chief Electoral Officer’s decision to allow application for merger of political parties in accordance with Canada Elections Act, s. 400—Application allowed same day submitted—S. 400(1) prohibiting merger application during 30-day period beginning 30 days before issue of writ for election—Chief Electoral Officer not required to verify content, accuracy of documents submitted with merger application, to grant party members opposing merger application right to speak—But Chief Electoral Officer committing error of law in not waiting 30 days before allowing application contrary to Act, s. 400(1)—Federal Court exercising discretion inherent to power for judicial review, refusing to grant relief sought—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Canada Elections Act, ss. 400-403—Chief Electoral Officer not required to consult members of party other than those set out in Act before allowing application to merge political parties—S. 401(2) requiring Chief Electoral Officer to notify officers of merging parties whether registry “is to be” amended—French text of s. 401(2) clear decision already made, English text ambiguous—Where ambiguity in one version, two versions must be reconciled by looking for meaning common to both—Implicit inclusion of “or not” in “whether” expression reconciling differences—Common meaning version plain, not ambiguous—Act, s. 400(1) defining period of time during which no merger application can be filed as “the period beginning 30 days

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

membres de la « catégorie de l’immigration économique » en vertu de l’ancienne Loi sur l’immigration, ont engagé des instances parce qu’ils étaient touchés, censément d’une façon défavorable, par le régime transitoire prévu à la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Octroi d’une réparation provisoire enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de s’abstenir de rejeter de façon définitive les demandes de résidence permanente de la « catégorie de l’immigration économique » présentées avant 2002—La demande de contrôle judiciaire du représentant demandeur a été traitée et instruite comme s’il s’agissait d’une action—Les conditions d’autorisation d’un recours collectif, énoncées à l’art. 299.18(1) des Règles des Cours fédérales, ont été réunies—Le recours collectif a été réglé et, par conséquent, rejeté.

### Stevens c. Parti conservateur du Canada (C.A.F.) . 315

Élections—Appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur général des élections a accueilli la demande de fusion de partis politiques, conformément à l’art. 400 de la Loi électorale du Canada—La demande a été accueillie le jour même où elle a été présentée—L’art. 400(1) interdit les demandes de fusion pendant une période de 30 jours commençant 30 jours avant la délivrance du bref électoral—Le directeur n’est pas tenu de vérifier la teneur et l’exactitude des documents joints à la demande de fusion, ni d’accorder un droit de parole aux membres du parti qui s’opposent à la demande de fusion—Cependant, le directeur a commis une erreur de droit lorsqu’il n’a pas attendu 30 jours avant d’accueillir la demande, et contrevenu à l’art. 400(1)—La Cour fédérale a exercé le pouvoir discrétionnaire qui est inhérent au pouvoir de contrôle judiciaire et refusé d’accorder les mesures réparatrices demandées—Appel rejeté.

Interprétation des lois—Art. 400 à 403 de la Loi électorale du Canada—Le directeur général des élections n’est pas tenu de consulter des membres du parti autres que ceux qui sont précisés par la Loi avant d’accueillir la demande de fusion de partis politiques—Aux termes de la version anglaise de l’art. 401(2), « *the Chief Electoral Officer shall notify the officers of the merging parties [ . . . ] whether the registry of parties is to be amended* »—La version française de l’art. 401(2) est claire : la décision du directeur sur la demande de fusion est déjà prise, alors que la version anglaise est ambiguë—Lorsqu’une version est ambiguë, il faut concilier les deux versions en cherchant le sens qui leur est commun—On peut les concilier si l’on considère que, en ce qui concerne la version anglaise,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

before the issue of a writ for an election and ending on polling day”—Only interpretation possible requiring Chief Electoral Officer to let 30 days expire once merger application received before accepting it.

Administrative Law—Judicial Review—Federal Court refusing to grant relief sought despite fact Chief Electoral Officer, by not waiting 30 days before allowing application to merge political parties, violated Canada Elections Act, s. 400—In doing so, Court judiciously exercising discretion inherent to power for judicial review—Not uncommon for court, in its discretion, to refuse to quash decision made unlawfully.

Practice—Costs—Federal Court awarding costs against respondent despite successful challenge to judicial review application—F.C.A. not intervening in cost award except where judge clearly misdirected in law, considered non-relevant elements, did not justify decision clearly contrary to practice generally followed—No reason to intervene herein—Appellant clarifying public interest legislative provision—Costs in appeal not granted against Chief Electoral Officer regardless of outcome of appeal—Not customary to impose costs on federal board, commission, tribunal whose decision being challenged—Respondent granted costs against appellant in unsuccessful appeal.

## SOMMAIRE (Fin)

l'expression « *whether* [...] » comprend implicitement l'expression « *or not* »—Leur sens commun est clair et ne comporte pas d'ambiguïté—L'art. 400(1) de la Loi définit la période pendant laquelle aucune demande de fusion ne peut être présentée, soit celle « commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin »—Une seule interprétation du texte est possible : lorsque la demande de fusion est reçue, le directeur doit laisser s'écouler 30 jours avant de l'accueillir.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—La Cour fédérale a refusé d'accorder les mesures réparatrices demandées en dépit du fait que le directeur général des élections, en n'attendant pas 30 jours avant de rendre sa décision, avait violé l'art. 400 de la Loi électorale du Canada—La Cour fédérale a ainsi exercé judicieusement le pouvoir discrétionnaire qui est inhérent au pouvoir de contrôle judiciaire—Il n'est pas rare que, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un tribunal judiciaire refuse d'annuler une décision prise illégalement.

Pratique—Frais et dépens—La Cour fédérale a condamné l'intimé aux dépens même si la demande de contrôle judiciaire de l'appelant a été rejetée—La C.A.F. ne remet pas en question l'adjudication des dépens, sauf lorsque la décision du juge de première instance est clairement erronée ou lorsqu'il a tenu compte de considérations qui ne sont pas pertinentes ou s'il n'a pas motivé une décision qui, à sa face même, est contraire à la pratique généralement suivie—Rien ne justifiait l'intervention de la C.A.F.—L'appelant a fait clarifier une disposition légale d'intérêt public—Le directeur général des élections n'aurait pas été condamné aux dépens, quelle que fût l'issue de l'appel—Il n'est pas coutume d'imposer des dépens à l'office fédéral dont la décision est attaquée—L'intimé a eu droit aux dépens contre l'appelant dont l'appel a été infructueux.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Say v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-296-05, 2005 FCA 422, Evans J.A., judgment dated 12/12/05, leave to appeal to S.C.C. refused 27/4/06.

*Stevens v. Conservative Party of Canada*, A-642-04, 2005 FCA 383, Décary J.A., judgment dated 17/11/05, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. refused 27/4/06.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Say c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-296-05, 2005 CAF 422, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 12-12-05, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-4-06.

*Stevens c. Parti conservateur du Canada*, A-642-04, 2005 CAF 383, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 17-11-05, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 27-4-06.



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

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2006, Vol. 2, Part 2**

**2006, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**





A-596-04  
2005 FCA 348

A-596-04  
2005 CAF 348

**Her Majesty The Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Daniel Grenier** (*Respondent*)

**Daniel Grenier** (*intimé*)

**INDEXED AS: CANADA v. GRENIER (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. GRENIER (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau, Noël  
J.J.A.—Québec, October 18; Ottawa, October 27, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau, Noël,  
J.C.A.—Québec, 18 octobre; Ottawa, 27 octobre 2005.

*Penitentiaries — Appeal from Federal Court decision upholding Prothonotary's jurisdiction to decide issue of actionable fault in simplified action, determining Prothonotary's decision justified — Respondent, inmate in Donnacona maximum security penitentiary, throwing forms at correctional officer — Action perceived as threat, attempt to strike officer — Institutional head placed respondent in administrative segregation for 14 days — Respondent also charged under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), s. 40(m) (jeopardizing security of penitentiary) — Respondent challenging administrative segregation decision by action in damages three years after decision — Safety, security important concerns in institutional head's decision — Consulting numerous parties, taking into account history of inmate's behaviour — Under CCRA, s. 31(3)(a), in making administrative segregation decision, institutional head must be satisfied no reasonable alternative to ensure security and safety of penitentiary, individuals — Must also have reasonable grounds to believe inmate's actions jeopardizing security, safety before ordering administrative segregation — Institutional head in present case fearing for safety of officer threatened, other inmates — Evidence establishing decision justified, only reasonable solution.*

*Pénitenciers — Un appel a été interjeté d'une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a confirmé la compétence du protonotaire de statuer, dans le cadre d'une action simplifiée, sur la question de la faute génératrice de responsabilité et conclu que la décision du protonotaire était justifiée — L'intimé, détenu à Donnacona, un pénitencier à sécurité maximale, a lancé à un agent correctionnel des formulaires — Ce geste a été perçu comme une menace et une tentative de frapper l'agent — Le directeur du pénitencier a mis l'intimé en isolement préventif pour une période de 14 jours — L'intimé a aussi été accusé d'avoir mis en danger la sécurité du pénitencier, contrairement à l'art. 40m) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC) — L'intimé a contesté environ trois ans plus tard la décision d'isolement préventif en intentant une poursuite en dommages-intérêts — La sécurité a été un facteur important lorsque le directeur a pris sa décision — Le directeur a consulté de nombreux intervenants, et l'on a pris en compte les antécédents du détenu — Aux termes de l'art. 31(3)a) de la LSCMLC, le directeur du pénitencier peut ordonner l'isolement préventif d'un détenu lorsqu'il est convaincu qu'il n'existe aucune autre solution valable pour assurer la sécurité des personnes ou du pénitencier — Pour ordonner l'isolement préventif, il doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire que les agissements de l'intimé mettent en péril la sécurité — En l'espèce, le directeur craignait pour la sécurité de l'agent menacé et des autres détenus — La preuve a montré que la décision était justifiée et qu'elle était la seule solution raisonnable.*

*Administrative Law — Judicial Review — Remedies — Appeal from Federal Court decision upholding Prothonotary's jurisdiction to decide issue of actionable fault in simplified action, determining Prothonotary's decision justified — Whether necessary to challenge administrative decision by judicial review before bringing action — Decision of federal agency retaining legal force, authority until invalidated — Federal Court having exclusive jurisdiction to review lawfulness of decisions made by any federal board, commission or other tribunal under Federal Courts Act, s. 18*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Recours — Un appel a été interjeté d'une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a confirmé la compétence du protonotaire pour statuer, dans le cadre d'une action simplifiée, sur la question de la faute génératrice de responsabilité et conclu que la décision du protonotaire était justifiée — Était-il nécessaire de contester la décision administrative par voie de contrôle judiciaire avant d'intenter une action? — La décision d'un organisme fédéral conserve sa force et son autorité légales tant qu'elle n'est pas invalidée — Aux termes de l'art. 18 de*

— Under s. 18(3), review exercised “only” by means of judicial review — Allowing action under s. 17 to invalidate decision challenged would disregard Parliament’s intention in s. 18(3) — S. 17 action would also infringe principle of finality of decisions, *res judicata* — Judicial review of decision involved determining whether institutional head had reasonable grounds to fear for safety of officer threatened, other persons; whether presence of disturbing inmate among others jeopardizing penitentiary’s security — Even if institutional head’s decision invalid, not necessarily leading to finding of fault, negligence — Judicial review principles (i.e. pragmatic and functional approach to determine standard of review) applying whether review made by judicial review, appeal, action in damages.

*Federal Court Jurisdiction — Inmate at maximum security institution challenging institutional head’s decision to place him in administrative segregation by way of action for damages under Federal Courts Act, s. 17 — Prothonotary allowing action in part — Federal Court upholding Prothonotary’s decision — Appeal therefrom allowed — Lawfulness of decisions of federal agencies can only be reviewed by way of application for judicial review — Such intent clear from use of “only” in s. 18(3) — Consistent with principles of finality of decisions, *res judicata*.*

This was an appeal from a Federal Court decision upholding a Prothonotary’s jurisdiction to decide the issue of actionable fault in the context of a simplified action and determining that the Prothonotary’s decision was justified by the evidence and free of any overriding error. The respondent is an inmate in the Donnacona maximum security penitentiary, which is administered by the Correctional Service of Canada under the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA). He was involved in an incident in which he threw forms he was holding in his hand at a correctional officer. The action was perceived as a threat and an attempt to strike the officer. Some of the officer’s co-workers intervened immediately and the respondent was returned to his cell. The institutional head considered the incident serious under the particular circumstances and placed the respondent in administrative segregation for a 14-day period. That decision was later reviewed by the Segregation Review Board, which recommended maintaining the respondent’s segregation. Also, a disciplinary offence report was written up and the respondent was charged with “creating a disturbance or any

*la Loi sur les Cours fédérales (Loi), la Cour fédérale a compétence exclusive pour contrôler la légalité des décisions rendues par tout office fédéral — Selon la version anglaise de l’art. 18(3), ce contrôle ne peut être exercé que par la seule voie du contrôle judiciaire (« only ») — Permettre l’exercice du recours prévu par l’art. 17 de la Loi serait contraire à l’intention du législateur révélée par l’art. 18(3) — Ce serait aussi contraire au principe de l’autorité de la chose jugée — Dans l’instance de contrôle judiciaire, il s’agissait de déterminer si le directeur avait eu des motifs raisonnables de craindre pour la sécurité de l’agent menacé et d’autres personnes; la présence du détenu agité parmi les autres compromettrait-elle la sécurité du pénitencier? — Même si la décision du directeur était illégale, cela ne voulait pas nécessairement dire qu’il y a eu faute, négligence — Les principes applicables au contrôle des décisions administratives (c’est-à-dire l’analyse pragmatique et fonctionnelle qui permet de déterminer la norme de contrôle), doivent être suivis, que la révision de cette décision se fasse par voie de contrôle judiciaire, d’appel ou d’une action en dommages-intérêts.*

*Compétence de la Cour fédérale — Le détenu d’un établissement à sécurité maximale a contesté la décision du directeur de le mettre en isolement préventif en intentant une poursuite en dommages-intérêts en vertu de l’art. 17 de la Loi sur les Cours fédérales — Le protonotaire a accueilli l’action en partie — La Cour fédérale a confirmé la décision du protonotaire — L’appel est accueilli — Lorsque la légalité des décisions des organismes fédéraux est en jeu, le seul recours est le contrôle judiciaire — L’intention du législateur est clairement exprimée dans la version anglaise de l’art. 18(3) (« only ») — Elle est conforme au principe de l’autorité de la chose jugée et de la finalité des décisions.*

Il s’agissait d’un appel interjeté d’une décision de la Cour fédérale par laquelle elle a confirmé la compétence du protonotaire de statuer, dans le cadre d’une action simplifiée, sur la question de la faute génératrice de responsabilité et conclu que la décision du protonotaire était justifiée par la preuve produite et n’était entachée d’aucune erreur dominante. L’intimé était détenu au pénitencier à sécurité maximum de Donnacona, qui est administré par le Service correctionnel du Canada en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC). Il a été impliqué dans un incident où il a lancé à un agent correctionnel les formulaires qu’il tenait en main. Ce geste a été perçu comme une menace et une tentative de frapper l’agent. Certains de ses collègues de travail sont intervenus immédiatement et l’intimé a été renvoyé à sa cellule. Le directeur du pénitencier a conclu que, dans les circonstances, l’incident était grave, et il a mis l’intimé en isolement préventif pour une période de 14 jours. Le Comité de révision des cas d’isolement a été saisi ultérieurement de cette décision et il a recommandé le maintien en isolement préventif de l’intimé. En outre, un

other activity that is likely to jeopardize the security of the penitentiary” under paragraph 40(m) of the CCRA He was found guilty and sentenced to 14 days of disciplinary segregation, a decision invalidated by the Federal Court on judicial review. The respondent challenged the institutional head’s administrative segregation decision by an action in damages against the appellant under section 17 of the *Federal Courts Act* (the Act) some three years after the decision. His claim in damages was for \$37,000, covering both the administrative and disciplinary segregation. Part of his claim was based on the fact that the decision in question remained in his prison record, jeopardized the pursuit of his correctional plan, compromised his return to a medium security penitentiary and, at the very least, reduced his chances of conditional release. The Prothonotary allowed the action in part, ordering the respondent to pay compensatory and exemplary damages. The issue was whether it was necessary for the respondent to challenge the administrative segregation decision of the institutional head by judicial review before bringing an action in damages.

*Held*, the appeal should be allowed.

A decision of a federal agency, such as the one by the institutional head, retains its legal force and authority and remains juridically operative and legally effective as long as it has not been invalidated. Section 17 gives the Federal Court concurrent jurisdiction with the courts of the provinces to try a claim for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*. However, the Federal Court has exclusive jurisdiction to review the lawfulness of the decisions made by any federal board, commission or other tribunal under section 18 of the Act. This review can be exercised only when an application for judicial review under that section is exercised. To accept that the lawfulness of the decisions of federal agencies can be reviewed through an action in damages is to allow a remedy under section 17, which would disregard Parliament’s clear intention in subsection 18(3) of the Act that the remedy must be exercised only by way of an application for judicial review. The use of the word “only” in subsection 18(3) (in reference to the remedies provided for in subsections (1) and (2)) emphasizes this point.

Furthermore, to allow a proceeding under section 17 to have decisions of federal agencies declared invalid is to allow an infringement of the principle of finality of decisions and the legal security that this entails. That principle and the principle of *res judicata* exist in the public interest, and Parliament’s

rapport d’infraction disciplinaire a été préparé; l’intimé a été accusé d’avoir « créé des troubles ou tout autre situation susceptible de mettre en danger la sécurité du pénitencier », contrairement à l’alinéa 40(m) de la LSCMLC. Il a été déclaré coupable et il lui a été imposé une peine d’isolement disciplinaire de 14 jours, mais sa demande de contrôle judiciaire a été accueillie par la Cour fédérale, qui a annulé cette décision. L’intimé a contesté la décision d’isolement préventif environ trois ans après en intentant une poursuite en dommages-intérêts contre l’appelante en vertu de l’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* (Loi). Il a demandé 37 000 \$ pour son isolement préventif et son isolement disciplinaire. L’intimé s’est fondé en partie sur le fait que la décision du directeur figurait toujours dans son dossier carcéral, qu’elle a nui à la bonne marche de son plan correctionnel, diminué ses possibilités de retour à un pénitencier à sécurité moyenne et à tout le moins amoindri ses chances de libération conditionnelle. Le protonotaire a accueilli l’action en partie et ordonné à l’intimé de verser des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires. La question en litige était la suivante : l’intimé devait-il contester la décision du directeur relative à l’isolement préventif par voie de contrôle judiciaire avant d’intenter une action en dommages-intérêts?

*Arrêt* : l’appel est accueilli.

La décision d’un organisme fédéral, comme en l’espèce celle qu’a prise le directeur, conserve sa force et son autorité légales, et elle demeure légalement en vigueur tant qu’elle n’est pas invalidée. L’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale une compétence concurrente avec les tribunaux des provinces pour entendre les demandes en dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. Cependant, aux termes de l’article 18 de la Loi, la Cour fédérale a compétence exclusive pour contrôler la légalité des décisions rendues par tout office fédéral. Ce contrôle ne peut être exercé que dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire. Dire que le contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux puisse se faire par voie d’une action en dommages-intérêts, ce serait permettre un recours en vertu de l’article 17, ce qui serait contraire à l’intention manifeste du législateur révélée par le paragraphe 18(3) : le recours ne peut être exercé que par voie de demande de contrôle judiciaire. Cela ressort clairement de la version anglaise du paragraphe 18(3), où l’on trouve le terme « *only* » (seulement) (relativement aux recours prévus par les paragraphes (1) et (2)).

En outre, permettre un recours en vertu de l’article 17 pour contester les décisions d’organismes fédéraux, ce serait aussi permettre une atteinte au principe de l’autorité de la chose jugée et à la sécurité juridique qui s’y rattache. L’intérêt public exige le respect du principe de l’autorité de la chose

intention to protect that interest is illustrated by the short time limit for challenging an administrative decision. Since the respondent's claim for damages was brought about three years after the impugned decision was rendered, the proceeding created inappropriate and detrimental legal uncertainty as to the finality of the decision and its execution. Subsection 18(3) of the Act must not be obviated by allowing a section 17 proceeding as a mechanism for reviewing the lawfulness of a federal agency's decision. Moreover, in finding the appellant liable under the section 17 proceeding, the Prothonotary had to review the lawfulness of the institutional head's decision ordering the administrative segregation. Had the respondent proceeded by subsection 18(3) of the Act, the Prothonotary would not have had the jurisdiction to carry out such a review.

Under section 31 of the CCRA, the purpose of administrative segregation is to prevent an inmate from associating with the general inmate population for reasons of security of the penitentiary or the safety of any person when there is no reasonable alternative. The institutional head's decision concerned the security of the penitentiary, the safety of the inmate population and staff and the security of the community in general. In a maximum security penitentiary in which tensions are high, the offenders are extremely dangerous and the situation more potentially explosive. Security is therefore a constant concern. Here, since the respondent's action was perceived as a public challenge to authority, security was a particular concern. A decision that keeping an inmate within the general prison population following a disciplinary incident is an excessive risk is a decision made in consultation with numerous parties and takes into account the history of the inmate's behaviour. In ordering the respondent's temporary administrative segregation, the institutional head was satisfied that there was no reasonable alternative and believed on reasonable grounds that the respondent had in some way jeopardized the security of the penitentiary or the safety of any person, as he was required by paragraph 31(3)(a) of the CCRA. The institutional head's decision, in which various prison officials who were closely acquainted with the respondent have taken part, was at the core of these professionals' expertise and compelled deference on the part of the courts.

The very language of paragraph 31(3)(a) of the CCRA highlights this necessity. It states that the institutional head must determine whether there is some reasonable alternative that would temporarily ensure the security of the penitentiary and the safety of individuals and must have "reasonable" grounds to believe that an inmate has acted in a manner that jeopardizes the security of the penitentiary or the safety of any person. In other words, the test of reasonableness (reasonable

jugée et de la finalité des décisions, et l'intention du législateur de protéger cet intérêt est traduite par le court délai de contestation des décisions administratives. Comme l'intimé a exercé son recours en dommages-intérêts environ trois ans après le prononcé de la décision contestée, cela a créé une incertitude juridique injustifiée et préjudiciable quant au caractère définitif de la décision et de son exécution. On ne saurait contourner le paragraphe 18(3) en permettant l'exercice du recours prévu par l'article 17 à titre de mécanisme de contrôle de la légalité d'une décision d'un organisme fédéral. En outre, pour pouvoir conclure à la responsabilité de l'appelante au titre de l'article 17, le protonotaire a dû contrôler la légalité de la décision de mise en détention prise par le directeur. Si l'intimé avait procédé directement par voie de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18(3) de la Loi, le protonotaire n'aurait pas eu compétence pour exercer ce contrôle.

Selon l'article 31 de la LSCMLC, l'isolement préventif a pour but d'empêcher le détenu d'entretenir des rapports avec l'ensemble des détenus parce que l'on craint pour la sécurité des personnes ou du pénitencier et il est imposé s'il n'existe pas d'autre solution valable. La décision prise par le directeur avait trait à la sécurité du pénitencier, à la sécurité de la population carcérale et du personnel et à la sécurité de la population en général. Dans un pénitencier à sécurité maximale où les tensions sont vives, les détenus sont extrêmement dangereux et la situation peut être plus explosive. La sécurité y demeure donc une préoccupation de tous les instants. En l'espèce, puisque le geste de l'intimé a été perçu comme un défi public aux autorités carcérales, la sécurité constituait un problème particulier. Lorsqu'il est conclu que le maintien d'un détenu au sein de la population carcérale générale constitue un risque excessif, cette décision est prise en consultation avec de nombreux intervenants, et l'on prend en compte les antécédents du détenu. Le directeur a ordonné l'isolement préventif temporaire de l'intimé parce qu'il était convaincu qu'il n'existait pas d'autre solution valable et il avait des motifs raisonnables de croire que l'intimé avait agi de manière à compromettre la sécurité des personnes ou du pénitencier, aux termes de l'alinéa 31(3)(a) de la LSCMLC. La décision du directeur, prise de concert avec différents fonctionnaires carcéraux qui connaissaient de près l'intimé, était au cœur de l'expertise de ces professionnels et la retenue s'imposait aux tribunaux.

La formulation même de l'alinéa 31(3)(a) de la LSCMLC fait ressortir cette nécessité. Selon cette disposition, le directeur doit déterminer s'il existe une autre solution valable pour assurer temporairement la sécurité des personnes et du pénitencier et il doit avoir des motifs « raisonnables » de croire que l'intimé a agi d'une manière compromettant la sécurité des personnes ou du pénitencier. En d'autres termes, le critère de la décision raisonnable (motifs raisonnables et

grounds and reasonable alternative) in paragraph 31(3)(a) must guide the institutional head, who is given the authority to assess and choose the reasonable measure that is warranted by the situation.

On judicial review, it had to be determined whether the institutional head had reasonable grounds to fear for the safety of the officer who was threatened or of other persons or for the security of the penitentiary, and whether he had such grounds to believe that keeping the inmate among other inmates would jeopardize that security. What also needed to be determined was whether the institutional head was satisfied that there was no reasonable alternative to administrative segregation. A reviewing judge cannot intervene if the evidence establishes that the institutional head was satisfied that temporary administrative segregation was the only reasonable solution in the circumstances at the time.

It was not for the Prothonotary to engage in a personal assessment of the evidence. The prison authorities were in a much better position than the Prothonotary to assess the risk of the respondent's recidivism and the issue of his return to the general prison population. The administrative segregation was allowed by the Act, was justified in the circumstances and was lawful. An invalid or unlawful institutional head's decision does not in itself lead to a finding of fault, negligence or liability. The principles applicable to the review of an administrative decision apply, whether the review is made by an application for judicial review, by appeal, or by an action in damages. The application of these principles (i.e. the pragmatic and functional approach to the determination of the standard of review) would have resulted in the conclusion that the administrative segregation decision was based on evidence and was not unreasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(a), 31, 32, 33 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 12), 40(m).

*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620.

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1), 50 (as am. by SOR/2002-417, s. 8;

autre solution valable) de l'alinéa 31(3)a) doit guider le directeur, à qui est conféré le pouvoir d'apprécier et de choisir la mesure que les circonstances justifient.

Dans l'instance en contrôle judiciaire, il fallait déterminer si le directeur avait des motifs raisonnables de craindre pour la sécurité de l'agent menacé, d'autres personnes ou pour la sécurité du pénitencier et s'il avait de tels motifs de croire que la présence du détenu parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité. En outre, il fallait aussi déterminer si le directeur était convaincu qu'il n'existait pas d'autre solution valable que l'isolement préventif. Le juge saisi de la demande de contrôle ne peut intervenir si la preuve établit que le directeur était convaincu au moment de la prise de décision que l'isolement préventif temporaire était la seule solution raisonnable dans les circonstances.

Il n'appartenait pas au protonotaire d'apprécier lui-même la preuve. Les autorités carcérales étaient en bien meilleure position que le protonotaire pour apprécier le risque de récidive posé par l'intimé et se prononcer sur la question de son retour au sein de la population carcérale générale. La détention en isolement préventif était autorisée par la LSCMLC, justifiée dans les circonstances, et légale. Même lorsque la décision du directeur est nulle ou illégale, cela ne veut pas nécessairement dire qu'il y a eu faute, négligence, ou responsabilité. Les principes applicables au contrôle des décisions administratives doivent être suivis, que la révision de cette décision se fasse par voie de contrôle judiciaire, d'appel ou d'une action en dommages-intérêts. Si ces principes avaient été suivis (c'est-à-dire l'analyse pragmatique et fonctionnelle de la norme de contrôle), il aurait été conclu que la décision d'isolement préventif de l'intimé était fondée sur la preuve et qu'elle n'était pas déraisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).

*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 4a), 31, 32, 33 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 12), 40m).

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35).

*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 1 (mod.

2004-283, s. 32), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37).

par DORS/2004-283, art. 1), 50 (mod. par DORS/2002-417, art. 8; 2004-283, art. 32), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75; 2005 FCA 267; *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 3 S.C.R. xiii; *Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209.

##### CONSIDERED:

*Zarzour v. Canada* (2000), 153 C.C.C. (3d) 284; 268 N.R. 235 (F.C.A.); *Cervinus Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)* (2002), 296 N.R. 234; 2002 FCA 398; leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] S.C.C.A. No. 537 (QL).

##### REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1; 2002 SCC 33.

#### AUTHORS CITED

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 4th ed. Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1996.

APPEAL from a Federal Court decision ((2004), 262 F.T.R. 94; 2004 FC 1435) upholding the Prothonotary's jurisdiction to decide the issue of the actionable fault in the context of a simplified action and determining that the Prothonotary's decision ((2004), 258 F.T.R. 244; 2004 FC 132) was justified and free of any overriding error. Appeal allowed.

##### APPEARANCES:

*Dominique Guimond* and *Michelle Lavergne* for appellant.  
*Julie Gagné* for respondent.

##### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267; *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 3 R.C.S. xiii; *Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Zarzour c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 2070 (C.A.) (QL); *Cervinus Inc. c. Canada (Ministre de l'Agriculture)*, 2002 CAF 398; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] S.C.C.A. n° 537 (QL).

##### DÉCISION CITÉE :

*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33.

#### DOCTRINE CITÉE

Garant, Patrice. *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville (Qc.) : Yvon Blais, 1996.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 1435), qui a confirmé la compétence du protonotaire pour statuer sur la question de la faute génératrice dans le cadre d'une action simplifiée et qui a conclu que la décision du protonotaire (2004 CF 132) était justifiée et qu'il n'avait pas commis d'erreur dominante. Appel accueilli.

##### ONT COMPARU :

*Dominique Guimond* et *Michelle Lavergne* pour l'appelante.  
*Julie Gagné* pour l'intimé.

##### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

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

*Labrecque Robitaille Roberge Asselin*, Québec, for respondent.

*Labrecque Robitaille Roberge Asselin*, Québec, pour l'intimé.

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

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Should an inmate directly challenge an institutional head's decision affecting him by way of judicial review, or may the inmate choose to disregard that procedure and attack it collaterally by means of an action in damages?

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Un détenu doit-il contester directement par voie de contrôle judiciaire une décision du directeur du pénitencier l'affectant ou peut-il, à son choix, ignorer cette procédure et l'attaquer collatéralement au moyen d'une action en dommages-intérêts?

[2] As we will see in the course of these reasons, the question is important, albeit not new. It has been posed more than once. The replies it has been given were sometimes hesitant, sometimes divergent, sometimes deferred. In *Budisukma Puncak Sendirian Berhad v. Canada* (2005), 338 N.R. 75 (F.C.A.), at paragraph 59 (*Berhad*), this Court stated that the question was not definitively resolved and remained open for determination in a subsequent case. The time has now come to answer it, and positively.

[2] Comme on le verra au cours des présents motifs, la question est importante, mais pas nouvelle. Elle s'est posée à plusieurs reprises. La réponse qu'elle a reçue fut tantôt hésitante, tantôt divergente, tantôt différée. Dans l'affaire *Budisukma Puncak Sendirian Berhad c. Canada*, 2005 CAF 267, au paragraphe 59 (*Berhad*), notre Cour énonçait que la question n'était pas définitivement résolue et demeurerait ouverte pour une prochaine détermination. Le temps est maintenant venu d'y répondre, et ce d'une manière affirmative.

Context in which the question is raised in this case

Le contexte dans lequel la question se soulève en l'espèce

[3] The respondent is an inmate in the Donnacona maximum security penitentiary. This institution is administered by the Correctional Service of Canada under the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (the Act) and the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 (the Regulations).

[3] L'intimé est détenu au pénitencier à sécurité maximum de Donnacona. Cet établissement est administré par le Service correctionnel du Canada en vertu de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (Loi) et du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (Règlement).

[4] On May 29, 1998, he was involved in an incident in which he threw the forms he was holding in his hand at a correctional officer. The action was perceived as a threat and an attempt to strike the officer. Some of the officer's co-workers intervened immediately and the respondent was returned to his cell.

[4] Le 29 mai 1998, il fut impliqué dans un incident où il lança à une agente correctionnelle les feuilles qu'il tenait en main. Le geste fut perçu comme une menace et une tentative de frapper l'agent. Des collègues de travail de cette dernière intervinrent immédiatement et l'intimé fut retourné à sa cellule.

[5] Considering the circumstances of time, place, and manner, the institutional head felt the incident was serious. He concluded it was necessary to place the respondent in administrative segregation for a period of 14 days.

[5] Tenant compte des circonstances de temps, de lieu, de moment et de manière, le directeur du pénitencier (directeur) jugea l'incident grave. Il conclut à la nécessité de placer l'intimé en isolement préventif pour une période de 14 jours.

[6] A disciplinary offence report was written up. A charge of [TRANSLATION] “creating a disturbance or any other activity that is likely to jeopardize the security of the penitentiary” was laid against the inmate under paragraph 40(m) of the Act. He was found guilty and sentenced to disciplinary segregation for 14 days. This decision of the disciplinary court was challenged by way of judicial review. The Federal Court was to invalidate it on June 11, 1998.

[7] Having said this, I hasten to explain that the present appeal is not addressed to this disciplinary aspect of the incident, although it remains a relevant fact in understanding and analysing the reasonableness of the decision of the institutional head to place the inmate in administrative segregation in the hour following the incident. It is the latter decision of the institutional head, which the inmate has collaterally attacked by means of an action in damages, that is the central issue here.

[8] In fact, the inmate did not challenge the institutional head’s decision by way of judicial review within 30 days after the decision was first communicated to him, as stated by sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 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. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)]. Instead, he brought an action in damages against the appellant under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] some three years after that decision. His claim covered both the administrative segregation of May 29, 1998, and the disciplinary segregation of June 25, 1998. It was for a total of \$37,000, broken down as \$12,000 for the periods of segregation and \$25,000 in exemplary punitive damages. Concerning the administrative segregation, the respondent alleged that the decision was unlawful because it was oppressive and arbitrary.

[9] The action was allowed in part by the Prothonotary on January 28, 2004 [(2004), 258 F.T.R. 244 (F.C.)]. The appellant was then ordered to pay the respondent \$3,000 in compensatory damages and \$2,000 in exemplary damages.

[6] Un rapport d’infraction disciplinaire fut rédigé. Une accusation d’avoir « créé des troubles ou tout autre situation susceptible de mettre en danger la sécurité du pénitencier » fut portée contre l’intimé en vertu de l’alinéa 40m) de la Loi. Elle déboucha sur un verdict de culpabilité et sur l’imposition d’une peine d’isolement disciplinaire d’une durée de 14 jours. Cette décision du tribunal disciplinaire fut attaquée par voie de contrôle judiciaire. La Cour fédérale devait l’invalider le 11 juin 1998.

[7] Ceci dit, je m’empresse de préciser que le présent appel ne porte pas sur ce volet disciplinaire de l’incident, quoique ce volet demeure une donnée pertinente pour comprendre et analyser la raisonnablement de la décision du directeur de placer l’intimé en isolement préventif dans l’heure qui suivit l’incident. C’est cette dernière décision du directeur, que l’intimé a attaquée collatéralement par une action en dommages-intérêts, qui se trouve au centre du présent débat.

[8] De fait, l’intimé n’a pas contesté la décision du directeur par voie de contrôle judiciaire, dans les 30 jours où la décision lui fut communiquée, comme le stipulent les articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 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. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)]. Il a plutôt intenté, quelque trois ans après cette décision, une poursuite en dommages-intérêts contre l’appelante en vertu de l’article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25]. Sa réclamation couvrait à la fois l’isolement préventif du 29 mai 1998 et l’isolement disciplinaire du 25 juin 1998. Elle totalisait une somme de 37 000 \$ ainsi ventilée : 12 000 \$ pour les périodes d’isolement et 25 000 \$ à titre de dommages punitifs exemplaires. En ce qui a trait à l’isolement préventif, l’intimé alléguait que la décision était illégale parce qu’oppressive et arbitraire.

[9] L’action fut accueillie en partie par le protonotaire le 28 janvier 2004 [2004 CF 132]. L’appelante fut alors condamnée à verser à l’intimé une somme de 3 000 \$ comme dommages-intérêts compensatoires et un montant de 2 000 \$ à titre de dommages exemplaires.



[10] The respondent's success was partial because the Prothonotary found no fault in the appellant's decision making in relation to the disciplinary segregation. However, concerning the administrative segregation, he found that the institutional head's decision was arbitrary and that the appellant was therefore liable. Hence, the award of damages.

[11] On appeal to the Federal Court, the Court upheld the Prothonotary's jurisdiction to decide, in the context of a simplified action, the issue of the actionable fault. Moreover, the Court said that in its opinion the Prothonotary's decision was justified by the evidence adduced and was free of any overriding error [(2004), 262 F.T.R. 94 (F.C.)].

[12] This contextualization leads me to discuss whether or not it was necessary for the respondent to attack the administrative segregation decision of the institutional head by way of judicial review before bringing an action in damages.

Should the respondent have applied for judicial review of the decision of the institutional head instead of bringing an action in damages?

[13] This question was raised in the Federal Court, where the parties took opposite positions. The appellant cited the judgment in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied with costs on December 16, 2004, [2004] 3 S.C.R. xiii), to argue that the respondent could not elect between two procedures and had to use the judicial review procedure. I will say more about that decision later.

[14] The respondent, for his part, argued that the facts concerning him enabled him to cite *Zarzour v. Canada* (2000), 153 C.C.C. (3d) 284 (F.C.A.) in support of his choice of proceedings. In that case, I wrote at paragraph 48 that it is necessary, in relation to this question, to adopt a utilitarian approach and to favour the proceeding that can be used to eliminate or repair the harm resulting from the decision that was rendered. For example, I said there may be no use in requiring that an inmate who has already served his segregation period seek to have the decision that forced this on him set aside by way of

[10] Le succès de l'intimé fut partiel parce que le protonotaire ne vit aucune faute de l'appelante dans la prise de décision relative à l'isolement disciplinaire. Par contre, en ce qui a trait à l'isolement préventif, il conclut que la décision du directeur était arbitraire et engageait de ce fait la responsabilité de l'appelante. De là l'attribution des dommages.

[11] En appel à la Cour fédérale, celle-ci confirma la compétence du protonotaire de décider, dans le cadre d'une action simplifiée, la question de la faute génératrice de responsabilité. En outre, elle s'est dite d'avis que la décision du protonotaire était justifiée par la preuve présentée et n'était entachée d'aucune erreur dominante [2004 CF 1435].

[12] Cette mise en contexte m'amène à discuter de la nécessité ou non pour l'intimé d'attaquer par voie de contrôle judiciaire la décision du directeur relative à l'isolement préventif avant de procéder par action en dommages-intérêts.

L'intimé devait-il se pourvoir en contrôle judiciaire de la décision du directeur plutôt que par la voie d'une action en dommages-intérêts?

[13] Cette question fut soulevée en Cour fédérale où les parties ont respectivement pris des positions opposées. L'appelante invoqua l'arrêt *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.), permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée avec dépens le 16 décembre 2004, [2004] 3 R.C.S. xiii, pour soutenir que l'intimé ne pouvait choisir entre deux procédures et devait recourir à la procédure de contrôle judiciaire. Je reviendrai sur cette décision.

[14] Pour sa part, l'intimé soutint que les faits le concernant lui permettaient d'invoquer au soutien de son choix de procédure l'arrêt *Zarzour c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 2070 (C.A.) (QL). Dans cette affaire, j'écrivais au paragraphe 48 qu'il y a lieu, en rapport avec cette question, de prendre une approche utilitaire et de privilégier la procédure qui permet d'éliminer ou de réparer le préjudice découlant de la décision rendue. À titre d'exemple, j'indiquais qu'il peut être inutile d'exiger d'un détenu qui a déjà purgé sa période d'isolement qu'il demande par voie de contrôle

judicial review. Implicit in this statement was the idea that the decision was then no longer operative or effective. It is understandable, therefore, that the respondent would use that decision.

[15] The Federal Court applied the *Zarzour* principle to the facts in this case, and it cannot be criticized for doing so. At paragraph 8 of his decision, the judge hearing the appeal summarized his perception of the law on the issue as follows [(2004), 262 F.T.R. 94]:

It appears from the precedents applicable in this matter that, in cases in which the decision giving rise to the harm is still operative at the time the remedy is sought, the aggrieved party cannot make use of an action but must proceed by way of judicial review: *Sweet v. Canada*, [1999] F.C.J. No. 1539, on line: QL; *Zarzour*, *supra*; *Tremblay*, *supra*. Conversely, where the decision which gave rise to the alleged harm is no longer effective at the time, it is possible for the applicant to bring an action claiming damages: *Creed v. Canada (Solicitor General)*, [1998] F.C.J. No. 199, on line: QL; *Shaw v. Canada*, [1999] F.C.J. No. 657, on line: QL.

[16] In retrospect, I think the choice of the example given in *obiter* in *Zarzour* was unfortunate, since, in terms of material and legal effects, a decision ordering administrative segregation continues to be effective long after the period of detention in segregation has been served.

[17] In fact, in the case at bar, the respondent bases a part of his claim in damages on the fact that the decision of the institutional head remained in his prison record, jeopardized the pursuit of his correctional plan, compromised his return to a medium security penitentiary and reduced, if not eliminated altogether, his chances of conditional release: see paragraphs 43-48 of the respondent's affidavit, appeal book, volume 1, page 169.

[18] Moreover, a decision of a federal agency continues to be legally effective so long as it has not been invalidated. As this Court said in the *Berhad* case, at paragraph 60, it provides a legal basis for the action of those whose task it is to implement it or who use

judiciaire l'annulation de la décision qui l'y a contraint. Sous-entendue dans cet énoncé se retrouvait l'idée que cette décision n'était alors plus opérante et ne produisait plus d'effet. On peut donc comprendre pourquoi l'intimé se réclame de cette décision.

[15] La Cour fédérale a appliqué le principe de l'arrêt *Zarzour* aux faits de l'espèce et on ne saurait lui en faire reproche. Au paragraphe 8 de sa décision, le juge saisi de l'appel a ainsi résumé sa perception de l'état du droit sur la question [2004 CF 1435] :

Il transparaît de la jurisprudence applicable en la matière que, dans les cas où la décision à l'origine du préjudice est encore opérante au moment où le recours est intenté, la partie qui s'estime lésée ne peut avoir recours à une action mais doit plutôt se prévaloir de la demande de contrôle judiciaire : *Sweet c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1539, en ligne : QL; *Zarzour*, précité; *Tremblay*, précité. À l'inverse, dans l'éventualité où la décision ayant engendré le prétendu préjudice n'a plus d'effet dans le temps, il est possible pour le requérant d'intenter une action afin de réclamer des dommages : *Creed c. Canada (Solliciteur général)*, [1998] A.C.F. n° 199, en ligne : QL; *Shaw c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 657, en ligne : QL.

[16] En rétrospective, je crois que le choix de l'exemple donné à titre *obiter* dans l'affaire *Zarzour* était malheureux car, sur le plan des effets matériels et juridiques, une décision ordonnant l'isolement préventif continue de produire des effets même longtemps après que la période de détention en isolement a été servie.

[17] De fait, en l'espèce, l'intimé fonde une partie de sa réclamation en dommages sur le fait que la décision du directeur est restée à son dossier carcéral, a nui à la poursuite de son plan correctionnel, a compromis son retour dans un pénitencier à sécurité medium et diminue, sinon anéantit, ses chances de libération conditionnelle : voir les paragraphes 43 à 48 de l'affidavit de l'intimé, dossier d'appel, volume 1, page 169.

[18] En outre, une décision d'un organisme fédéral continue de produire un effet juridique tant qu'elle n'est pas invalidée. Comme cette Cour le disait dans l'affaire *Berhad*, au paragraphe 60, elle fournit un fondement juridique à l'action de ceux et de celles qui ont pour

coercive measures to enforce it. It legally justifies the committal and expenditures of the public funds required for its implementation.

[19] In short, a decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case, retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective so long as it has not been invalidated.

#### Reconsolidation of federal administrative law

[20] For the reasons expressed below, I think the conclusion our colleague, Madam Justice Desjardins, arrived at in *Tremblay*, is the right one in that it is the conclusion sought by Parliament and mandated by the *Federal Courts Act*. She held that a litigant who seeks to impugn a federal agency's decision is not free to choose between a judicial review proceeding and an action in damages; he must proceed by judicial review in order to have the decision invalidated.

[21] Under section 17 of the *Federal Courts Act*, the Federal Court has concurrent jurisdiction with the courts of the provinces to try a claim for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)]. Section 17 is reproduced in part:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

- (a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;
- (b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;
- (c) there is a claim against the Crown for injurious affection; or

mission de la mettre en œuvre ou qui font usage de mécanismes coercitifs pour la faire respecter. Elle justifie légalement l'engagement et les dépenses des deniers publics que sa mise en œuvre requiert.

[19] En somme, une décision d'un organisme fédéral, comme celle en l'espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu'elle n'a pas été invalidée.

#### Le remembrement du droit administratif fédéral

[20] Pour les raisons que j'exprimerai ci-après, je crois que la conclusion à laquelle en est venue notre collègue, la juge Desjardins dans l'affaire *Tremblay*, est la bonne en ce qu'il s'agit de la conclusion recherchée par le législateur et mandatée par la *Loi sur les Cours fédérales*. Elle y affirmait que le justiciable qui veut s'attaquer à une décision d'un organisme fédéral n'a pas le libre choix d'opter entre une procédure de contrôle judiciaire et une procédure d'action en dommages-intérêts : il doit procéder par contrôle judiciaire pour faire invalider la décision.

[21] En vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour fédérale possède une compétence concurrente avec les tribunaux des provinces pour entendre une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)]. Je reproduis en partie l'article 17 :

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

- a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d'argent appartenant à autrui;
- b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;
- c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable;

(d) the claim is for damages under the Crown Liability and Proceedings Act. [Emphasis added.]

[22] However, Parliament thought it was appropriate to grant and reserve the Federal Court exclusive jurisdiction to review the lawfulness of the decisions made by any federal board, commission or other tribunal:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1. [Emphasis added.]

[23] In *Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209, the Quebec Court of Appeal acknowledged this exclusive jurisdiction and held that the action for damages brought in the Superior Court of Quebec was premature since the plaintiff's claim was essentially based on the premise that the decisions made in relation to him by the federal tribunals from which his damage resulted were illegal: only the Federal Court had jurisdiction to condemn this illegality which, under subsection 18(3), is exercised through the judicial review procedure provided by Parliament.

[24] In creating the Federal Court and in enacting section 18, Parliament sought to put an end to the existing division in the review of the lawfulness of the decisions made by federal agencies. At the time, this

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif. [Je souligne.]

[22] Par contre, le Parlement a cru opportun de réserver et d'octroyer à la Cour fédérale une compétence exclusive de contrôler la légalité des décisions rendues par tout office fédéral :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire. [Je souligne.]

[23] Dans l'affaire *Canada c. Capobianco*, 2005 QCCA 209, la Cour d'appel du Québec a reconnu cette compétence exclusive et a conclu que le recours en dommages institué devant la Cour supérieure du Québec était prématuré puisque la réclamation du demandeur reposait essentiellement sur la prémisse que les décisions prises à son endroit par les offices fédéraux, desquelles résultait son préjudice, étaient illégales : seule la Cour fédérale avait compétence pour sanctionner cette illégalité qui, au terme du paragraphe 18(3), s'exerce par la procédure de contrôle judiciaire prévue par le Parlement.

[24] En créant la Cour fédérale et en édictant l'article 18, le législateur fédéral a voulu mettre un terme au morcellement existant du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. À l'époque, ce

review was performed by the courts of the provinces: see Patrice Garant, *Droit administratif*, 4th ed., Vol. 2, Yvon Blais, 1996, at pages 11-15. Harmonization of disparities in judicial decisions had to be achieved at the level of the Supreme Court of Canada. In the interests of justice, equity and efficiency, subject to the exceptions in section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8; 2002, c. 8, s. 35], Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review. The Federal Court of Appeal is the Court assigned to ensure harmonization in the case of conflicting decisions, thereby relieving the Supreme Court of Canada of a substantial volume of work, while reserving it the option to intervene in those cases that it considers of national interest.

[25] To accept that the lawfulness of the decisions of federal agencies can be reviewed through an action in damages is to allow a remedy under section 17. Allowing, for that purpose, a remedy under section 17 would, in the first place, disregard or deny the intention clearly expressed by Parliament in subsection 18(3) that the remedy must be exercised only by way of an application for judicial review. The English version of subsection 18(3) emphasizes the latter point by the use of the word “only” in the expression “may be obtained only on an application for judicial review”.

[26] It would also judicially reintroduce the division of jurisdictions between the Federal Court and the provincial courts. It would revive in fact an old problem that Parliament remedied through the enactment of section 18 and the granting of exclusive jurisdiction to the Federal Court and, in the section 28 cases, the Federal Court of Appeal. It is precisely this legislative intention that the Quebec Court of Appeal recognized in the *Capobianco* case, in order to preclude the action in damages filed in the Superior Court of Quebec attacking the lawfulness of the decisions of federal boards, commissions or other tribunals from leading, in fact and in law, to a dysfunctional dismemberment of federal administrative law.

contrôle était effectué par les tribunaux des provinces : voir Patrice Garant, *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 2, Yvon Blais, 1996, aux pages 11 à 15. L’harmonisation des disparités dans les décisions judiciaires devait se faire au niveau de la Cour suprême du Canada. Par souci de justice, d’équité et d’efficacité, sous réserve des exceptions de l’article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8; 2002, ch. 8, art. 35], le Parlement a confié à une seule Cour, la Cour fédérale, l’exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s’exercer et s’exerce, aux termes de l’article 18, seulement par la présentation d’une demande de contrôle judiciaire. La Cour d’appel fédérale est le tribunal investi du mandat d’assurer l’harmonisation en cas de décisions conflictuelles, dégageant ainsi la Cour suprême du Canada d’un volume considérable de travail, tout en lui réservant la possibilité d’intervenir dans les cas qu’elle juge d’intérêt national.

[25] Or, accepter que le contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux puisse se faire par le biais d’une action en dommages-intérêts, c’est permettre un recours en vertu de l’article 17. Permettre à cette fin un recours sous l’article 17, c’est tout d’abord soit ignorer, soit dénier l’intention clairement exprimée par le législateur au paragraphe 18(3) que le recours doit s’exercer seulement par voie de demande de contrôle judiciaire. La version anglaise du paragraphe 18(3) met l’emphase sur ce dernier point en utilisant le mot « *only* » dans l’expression « *may be obtained only on an application for judicial review* ».

[26] C’est aussi réintroduire judiciairement le partage des compétences entre la Cour fédérale et les tribunaux des provinces. C’est faire renaître dans les faits une ancienne problématique à laquelle le législateur fédéral a remédié par l’adoption de l’article 18 et l’attribution d’une compétence exclusive à la Cour fédérale et, dans les cas de l’article 28, à la Cour d’appel fédérale. C’est précisément cette intention législative que la Cour d’appel du Québec a reconnue dans l’affaire *Capobianco*, afin d’éviter que l’action en dommages, introduite en Cour supérieure du Québec et s’attaquant à la légalité des décisions d’offices fédéraux, ne conduise, en fait et en droit, à un démembrement dysfonctionnel du droit administratif fédéral.

## Compromising of legal security

[27] To allow a proceeding under section 17, whether in the Federal Court or in the provincial courts, in order to have decisions of federal agencies declared invalid, is also to allow an infringement of the principle of finality of decisions and the legal security that this entails.

[28] I need not expound at length on the importance of the principles of *res judicata* and the finality of decisions. Similarly, I need not say much about the abundant case law that recognizes and promotes these principles. I will confine myself to saying that these principles exist in the public interest and that Parliament's intention to protect that interest is illustrated by the short time limit allowed for challenging an administrative decision.

[29] Parliament has provided, in subsection 18.1(2), that the time for filing an application for judicial review is 30 days from the time the impugned decision of the federal agency was communicated to the applicant (subject to any extension of the periods allowed by the Court). Concerning this time limit, this Court writes in *Berhad*, at paragraph 60:

In my view, the most important reason why a shipowner who is aggrieved by the result of a ship safety inspection ought to exhaust the statutory remedies before asserting a tort claim is the public interest in the finality of inspection decisions. The importance of that public interest is reflected in the relatively short time limits for the commencement of challenges to administrative decisions—within 30 days from the date on which the decision is communicated, or such further time as the Court may allow on a motion for an extension of time. That time limit is not whimsical. It exists in the public interest, in order to bring finality to administrative decisions so as to ensure their effective implementation without delay and to provide security to those who comply with the decision or enforce compliance with it, often at considerable expense. In this case, the decision of the Chairman was not challenged until, a year and a half after it was made, the respondents filed their claim for damages.

[30] In the present case, I note that the claim for damages was brought about three years to the day after

## La compromission de la sécurité juridique

[27] Permettre un recours en vertu de l'article 17, que ce soit en Cour fédérale ou devant les tribunaux des provinces, pour faire sanctionner l'invalidité de décisions d'organismes fédéraux, c'est aussi permettre une atteinte au principe de la finalité des décisions et à la sécurité juridique qui s'y rattache.

[28] Il ne m'est pas nécessaire de discourir longuement sur l'importance des principes de l'autorité de la chose jugée et de la finalité des décisions. De même, je n'ai pas à épiloguer sur l'abondante jurisprudence qui reconnaît et promeut ces principes. Je me contenterai de dire que ces principes existent dans l'intérêt public et que l'intention du législateur de protéger cet intérêt ressort du court délai octroyé pour contester une décision administrative.

[29] Le législateur fédéral a prévu au paragraphe 18.1(2) que le délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire est de 30 jours à compter du moment où la décision contestée de l'organisme fédéral fut communiquée au demandeur (sujet à une extension des délais autorisée par la Cour). Au sujet de cette limite temporelle, notre Cour écrit dans l'affaire *Berhad*, au paragraphe 60 :

À mon avis, la raison primordiale pour laquelle un armateur qui s'estime lésé par les conclusions d'une inspection de sécurité de son navire doit épuiser les recours prévus par la loi avant d'intenter une action en responsabilité civile est l'intérêt public dans le caractère définitif des décisions qui font suite aux inspections. L'importance de cet intérêt public est reflétée dans les délais relativement brefs qui sont imposés à quiconque veut contester une décision administrative—un délai de 30 jours à compter de la date à laquelle la décision est communiquée, ou tel autre délai que la Cour peut accorder sur requête en prorogation de délai. Ce délai n'est pas capricieux. Il existe dans l'intérêt public, afin que les décisions administratives acquièrent leur caractère définitif et puissent aussi être exécutées sans délai, apportant la tranquillité d'esprit à ceux qui observent la décision ou qui veillent à ce qu'elle soit observée, souvent à grands frais. En l'espèce, la décision du président n'a été contestée qu'un an et demi après qu'elle a été rendue, lorsque les intimés ont déposé leur action en dommages-intérêts.

[30] Dans la présente affaire, je le rappelle, l'action en dommages fut intentée, à quelques jours près, trois

the impugned decision was rendered. Apart from the fact that the respondent, without explanation or justification, overlooks the time limit provided in subsection 18.1(3), the proceeding he used creates inappropriate and detrimental legal uncertainty as to the finality of the decision and its execution.

#### Promotion of indirect challenges

[31] The principle of the finality of decisions likewise requires that in the public interest, the possibilities for indirect challenges of an administrative decision be limited and circumscribed, especially when Parliament has opted for a procedure for direct challenge of the decision within defined parameters.

[32] In *Berhad*, the owners of a vessel were suing the Crown following an administrative decision by two inspectors to order the seizure of their vessel. This Court restated, at paragraphs 61-62, 65-66, the applicable principle in such matters:

There is also a public interest in precluding the use of tort claims to engage in collateral attacks on decisions that are, or should be, final. The case of *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706, is instructive because, not unlike the present instance, it relates to a collateral attack on an order requiring that certain measures be taken to protect the environment while direct review proceedings were available under the *Environmental Protection Act*. In our case, the detention order requiring that certain repairs be done was not only aimed at protecting the marine environment, but also at ensuring the safety of human lives.

In *Maybrun*, the Supreme Court undertook a review of the statute and of the legislative intent behind it and concluded that persons charged with failing to comply with an order under that statute “cannot attack the validity of the order by way of defence after failing to avail themselves of the appeal mechanisms available under the [statute]”: *ibidem*, at paragraph 65. In the Court’s view, to permit such a collateral attack would encourage conduct contrary to the statute’s objectives and would tend to undermine its effectiveness: *ibidem*, at paragraph 60. Although the circumstances of that case differ slightly from those in the case at bar, the

ans après le prononcé de la décision attaquée. Au-delà du fait qu’il ignore, sans explication et sans justification, le délai prévu au paragraphe 18.1(3), le recours utilisé par l’intimé crée de l’incertitude juridique inconvenante et préjudiciable quant à la finalité de la décision et de son exécution.

#### La promotion des contestations indirectes

[31] Le principe de la finalité des décisions commande également, dans l’intérêt public, que les possibilités de contestations indirectes d’une décision administrative soient limitées et circonscrites, particulièrement lorsque le législateur a opté pour une procédure de contestation directe de cette décision, à l’intérieur de paramètres définis.

[32] Dans l’affaire *Berhad*, où les propriétaires d’un navire poursuivaient en dommages Sa Majesté la Reine, suite à une décision administrative de deux inspecteurs d’ordonner la saisie de leur navire, notre Cour réitère aux paragraphes 61, 62, 65 et 66 le principe applicable en semblable matière :

Il y va aussi de l’intérêt public que les actions en responsabilité civile ne servent pas de moyen de contestation incidente de décisions qui sont ou devraient être définitives. L’arrêt *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706, est ici instructif parce que, un peu comme dans la présente affaire, il concerne la contestation incidente d’une ordonnance qui imposait l’adoption de certaines mesures destinées à protéger l’environnement, alors qu’un recours direct en révision aurait pu être déposé en vertu de la *Loi sur la protection de l’environnement*. Dans le cas qui nous occupe, l’ordonnance de détention qui exigeait que certaines réparations soient effectuées visait non seulement à protéger le milieu marin, mais également à assurer la sauvegarde de vies humaines.

Dans l’arrêt *Maybrun*, la Cour suprême, après examen du texte législatif et de l’intention qui l’avait motivé, a jugé qu’une personne accusée de ne pas s’être conformée à une ordonnance prise en vertu de ce texte « ne peut, en défense, chercher à attaquer la validité de l’ordonnance alors qu’elle ne s’est pas prévalu des mécanismes d’appel prévus par le [texte législatif] » : *ibidem*, au paragraphe 65. De l’avis de la Cour, permettre une telle contestation incidente encouragerait un comportement contraire aux objectifs du texte législatif et tendrait à miner son efficacité : *ibidem*, au paragraphe 60. Les circonstances de cette affaire diffèrent légèrement de celles de

conclusions reached by the Supreme Court are nevertheless relevant to the present issue. If an accused, who has a right to full answer and defence, is not permitted in a penal proceeding to use as a shield a collateral challenge to the administrative order that is the basis for the charge that he faces, it seems to me that, in similar circumstances, a party should be discouraged from employing a collateral attack as a sword in a civil proceeding of the kind that the respondents initiated.

...

The Supreme Court has clearly indicated that review of all administrative decision-making by a court, whether by way of judicial review or by appeal, requires the determination of the appropriate standard of review by means of a pragmatic and functional analysis. It is the fact that the decision under review originates with an administrative body that is determinative of the approach required, not the procedure by which the decision is attacked and reviewed by the courts. Any doubt on this issue was dispelled by the Supreme Court in its reasons in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, where McLachlin C.J., writing for the Court, indicated at paragraphs 21 and 25:

The term “judicial review” embraces review of administrative decisions by way of both application for judicial review and statutory rights of appeal. In every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach.

...

Review of the conclusions of an administrative decision-maker must begin by applying the pragmatic and functional approach.

In my view, the same principle applies when the attack on the decision, as in this instance, takes the form of an action for damages flowing from the decision rather than an application for judicial review of the decision. To suggest otherwise would be to increase the likelihood of attempted collateral attacks as a means of circumventing the deference which often results from a pragmatic and functional analysis. Such a result would run directly counter to Parliament’s intent and to the message sent by the Supreme Court in *Dr. Q, supra*, which was to bring a more nuanced and contextual approach to the issue of curial deference towards administrative decision-making. While the courts must maintain the rule of

l’espèce, mais les conclusions de la Cour suprême conservent néanmoins toute leur valeur ici. Si un accusé, qui a droit à une défense pleine et entière, n’est pas autorisé dans une instance pénale à prendre comme bouclier une contestation incidente de l’ordonnance administrative qui est à l’origine de l’accusation portée contre lui, il me semble que, dans les mêmes circonstances, l’on doit dissuader une partie d’utiliser une contestation incidente comme une épée dans une instance civile du genre de celle que les intimées ont introduite.

[...]

La Cour suprême a dit clairement que, lorsqu’une cour de justice est conduite à revoir une décision administrative, par voie de contrôle judiciaire ou par voie d’appel, elle doit déterminer, par une analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer. L’approche à adopter est dictée par le fait que la décision contestée est celle d’un organe administratif, et non par la procédure d’après laquelle la décision est contestée, puis éventuellement réformée par les tribunaux. La Cour suprême a dissipé tout doute sur cette question dans les motifs de l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, où la juge en chef McLachlin, rédigeant l’arrêt de la Cour, écrivait aux paragraphes 21 et 25 :

Le terme « contrôle judiciaire » comprend le contrôle des décisions administratives autant par voie de demande de contrôle judiciaire que par exercice d’un droit d’appel prévu par la loi. Chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle.

[...]

Le contrôle des conclusions d’une instance administrative doit commencer par l’application de la méthode pragmatique et fonctionnelle.

Selon moi, le même principe est applicable lorsque la contestation de la décision, comme c’est le cas ici, prend la forme d’une action en responsabilité civile découlant de la décision, plutôt que la forme d’une demande de contrôle judiciaire de la décision. Prétendre le contraire serait accroître les risques de contestations incidentes comme moyen d’éluder la retenue qui souvent résulte d’une analyse pragmatique et fonctionnelle. Ce serait faire fi de l’intention du législateur et du message envoyé par la Cour suprême dans l’arrêt *Dr Q*, précité, message qui privilégiait, s’agissant de la retenue que doivent montrer les cours de justice envers les décisions des organes administratifs, une démarche plus nuancée et plus



law, their reviewing power should not be employed unnecessarily: see *Dr. Q*, *supra*, at paragraphs 21 and 26. [Emphasis added.]

[33] It is especially important not to allow a section 17 proceeding as a mechanism for reviewing the lawfulness of a federal agency's decision when this indirect challenge to the decision is used to obviate the mandatory provisions of subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*.

Lack of jurisdiction of the Prothonotary to hear an application for judicial review

[34] To find the appellant liable as a result of the order of administrative segregation, the Prothonotary had to review the lawfulness of the institutional head's decision ordering it and set it aside. But if the respondent had proceeded directly by an application for judicial review, as required by subsection 18(3), the Prothonotary would have had no jurisdiction to carry out such a review: see sections 50 [as am. by SOR/2002-417, s. 8; 2004-283, s. 32] and 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37] *et seq.* of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 1)] (the Rules). The collateral attack undertaken by the respondent therefore enabled the Prothonotary to assume and exercise a jurisdiction reserved to a Federal Court judge—in short, to do indirectly what the *Federal Courts Act* and the Rules do not allow him to do directly.

[35] In conclusion, the respondent could not indirectly challenge the lawfulness of the decision, by way of an action for damages under section 17 [of the *Federal Courts Act*], of the institutional head ordering on May 29, 1998, that he be placed in administrative segregation. In accordance with section 18, he had to apply directly to have this decision nullified or invalidated by way of judicial review.

[36] The conclusion I have reached would suffice to dispose of the appeal. However, given the wavering and uncertainty that has surrounded the question of the

contextuelle. Les cours de justice doivent préserver le principe de la primauté du droit, mais leur pouvoir de contrôle ne doit pas être mis sans nécessité à contribution : voir l'arrêt *Dr Q*, précité, aux paragraphes 21 et 26. [Je souligne.]

[33] Il est d'autant plus important de ne pas permettre un recours sous l'article 17 comme mécanisme de contrôle de la légalité d'une décision d'un organisme fédéral que cette procédure de contestation indirecte de la décision permet de contourner les dispositions impératives du paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

L'absence de compétence du protonotaire pour entendre une demande de contrôle judiciaire

[34] Pour pouvoir conclure à une responsabilité de l'appelante suite à l'ordonnance d'isolement préventif, le protonotaire devait contrôler la légalité de la décision du directeur ordonnant cette détention et l'annuler. Or, si l'intimé avait procédé directement par demande de contrôle judiciaire comme l'exige le paragraphe 18(3), le protonotaire n'aurait pas eu compétence pour exercer ce contrôle : voir les articles 50 [mod. par DORS/2002-417, art. 8; 2004-283, art. 32] et 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37] et suivants des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 1)] (Règles). La contestation indirecte entreprise par l'intimé a donc permis au protonotaire d'assumer et d'exercer une compétence réservée à un juge de la Cour fédérale, bref de faire indirectement ce que la *Loi sur les Cours fédérales* et les Règles ne lui permettent pas de faire directement.

[35] En conclusion, l'intimé ne pouvait remettre en cause indirectement, par voie d'une action en dommages prise sous l'empire de l'article 17 [de la *Loi sur les Cours fédérales*], la légalité de la décision du directeur ordonnant, le 29 mai 1998, qu'il soit placé en isolement préventif. Il devait demander directement la nullité ou l'invalidité de cette décision, par voie de contrôle judiciaire conformément à l'article 18.

[36] Cette conclusion à laquelle j'en suis arrivé suffirait à disposer de l'appel. Toutefois, étant donné le flottement et l'incertitude qui entouraient la question du

proceeding allowed in these circumstances, I think it is in the interests of justice and of the parties to examine the merits of the decision rendered by the Prothonotary and upheld by the Federal Court.

Standard of review applicable to the decision of the Federal Court

[37] On appeal, this Court will not interfere with the findings of fact made by the Federal Court Judge or with his findings of mixed fact and law unless they are tainted by a palpable and overriding error. In respect to questions of law, the correctness standard applies, as it does for questions of mixed fact and law where the question of law may easily be separated from the questions of fact: see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8 and 10; *Berhad*, at paragraph 21.

Standard of review applicable to the impugned administrative decision

[38] The Prothonotary was the first judicial authority confronted with the respondent's claim for damages against the appellant. To succeed, this action first had to seek and obtain a declaration that the decision of the institutional head was unlawful. The Prothonotary acquiesced in the respondent's claim and characterized the institutional head's decision ordering administrative segregation as arbitrary.

[39] In judicial review matters, subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, and more particularly paragraphs (c) and (d), state that the reviewing judge may declare invalid or unlawful a decision that erred in law or, *inter alia*, a decision based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner. Subsections 18.1(1)-(4) are reproduced:

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the

recours permis dans ces circonstances, je crois qu'il est dans l'intérêt de la justice et des parties d'examiner le mérite de la décision rendue par le protonotaire et entérinée par la Cour fédérale.

La norme de contrôle applicable à la décision de la Cour fédérale

[37] En appel, notre Cour n'interviendra pas avec des conclusions de fait prises par le juge de la Cour fédérale, ou avec ses conclusions mixtes de fait et de droit, à moins qu'elles ne soient viciées par une erreur manifeste et dominante. En ce qui a trait aux questions de droit, la norme de la décision correcte s'applique. Il en va de même pour des questions mixtes de fait et de droit lorsque la question de droit peut facilement être extirpée des questions de fait : voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8 et 10; *Berhad*, au paragraphe 21.

La norme de contrôle applicable à la décision administrative contestée

[38] Le protonotaire fut le premier intervenant confronté avec la demande en dommages-intérêts de l'intimé contre l'appelante. Pour réussir, cette action en dommages devait, dans une première étape, rechercher et obtenir une déclaration d'illégalité de la décision du directeur. Le protonotaire acquiesca à la revendication de l'intimé et qualifia d'arbitraire la décision du directeur ordonnant l'isolement préventif.

[39] En matière de contrôle judiciaire, le paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et plus particulièrement les alinéas c) et d), énoncent que le juge siégeant en révision judiciaire peut déclarer nulle ou illégale une décision entachée d'une erreur de droit ou, entre autres choses, une décision fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire. Je reproduis les paragraphes 18.1(1) à (4) :

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au

decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

[40] It is not clear from the reasons for his decision whether the Prothonotary concluded that the decision was arbitrary because it failed to comply with the requirements of the Act or because the facts relied on in support of the administrative segregation did not justify such a measure. I think it is something of a mixture of the two: see paragraphs 79-85 of his decision [(2004), 258 F.T.R. 244], appeal book, at pages 45-48. Whatever the case, subsection 18.1(4) identifies the grounds that would make it possible to review and set aside an administrative decision.

bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

[40] Il n'apparaît pas clairement, à la lecture des motifs de sa décision, si le protonotaire en est venu à la conclusion que la décision était arbitraire parce qu'elle ne respectait pas les exigences de la Loi ou plutôt parce que les faits invoqués au soutien de l'isolement préventif ne justifiaient pas une telle mesure. Je crois qu'on y retrouve un peu un mélange des deux : voir les paragraphes 79 à 85 de sa décision [2004 CF 132], dossier d'appel, aux pages 45 à 48. Quoiqu'il en soit, le paragraphe 18.1(4) identifie les motifs permettant de réviser et d'annuler une décision administrative.

[41] A decision like that made by the institutional head concerns the security of the penitentiary he is responsible for administering, the safety of the inmate population and staff under his management, and finally the security of the community in general. Paragraph 4(a) of the Act reiterates that “the protection of society [is] the paramount consideration in the corrections process”. That is one of the principles guiding the Correctional Service of Canada in the execution of its mandate. In a maximum security penitentiary in which tensions are high, the offenders are extremely dangerous and the situation more potentially explosive; security questions are particularly important, serious and sensitive. Security is a constant concern.

[42] In the present case, the respondent’s action was a matter of particular concern security-wise in that it was taken in the presence of other inmates and penitentiary staff. In the opinion of the prison authorities, it was a public challenge to authority and an equally public denigration of the role and duties of the penitentiary staff.

[43] The administration and management of a maximum security penitentiary require specialized skills, tact and expertise. A decision that keeping an inmate within the general prison population following a disciplinary incident is at that point an excessive risk is a decision of a polycentric nature. It is a decision made in consultation with numerous parties, including the correctional investigator, the correctional officers involved in the incident, the parole officer assigned to the case under review, not to mention the assistance of criminologists, psychologists and psychiatrists. The decision that is made takes into account the history of the inmate’s behaviour—both the behaviour that brought him to the penitentiary and the behaviour he has displayed over the years in the institution, in particular his disciplinary record: see the affidavit of Mr. Guérette, a correctional supervisor in the Donnacona maximum security penitentiary, appeal book, at pages 184-188.

[44] In the case at bar, the respondent’s administrative segregation was reviewed by the Segregation Review

[41] Une décision de la nature de celle prise par le directeur a trait à la sécurité du pénitencier qu’il a charge d’administrer, à la sécurité de la population carcérale et du personnel sous sa gouverne, et, enfin, à la sécurité de la population en général. Le paragraphe 4a) de la Loi réitère que « la protection de la société est le critère prépondérant lors de l’application du processus correctionnel ». Il s’agit là de l’un des principes qui guident le Service correctionnel du Canada dans l’exécution de son mandat. Les questions de sécurité sont particulièrement importantes, sérieuses et délicates dans un pénitencier à sécurité maximum où les tensions sont vives, la dangerosité des délinquants très élevée et la situation plus facilement portée à l’explosion. La sécurité y demeure une préoccupation de tous les instants.

[42] Dans le cas présent, le geste de l’intimé était, au plan de la sécurité, d’autant plus préoccupant qu’il fut posé en présence d’autres détenus et du personnel du pénitencier. Il constituait, selon les autorités carcérales, un défi public à l’autorité et un dénigrement, tout aussi public, du rôle et des fonctions du personnel du pénitencier.

[43] L’administration et la gestion d’un pénitencier à sécurité maximum requièrent des connaissances spécialisées, du doigté et de l’expertise. Une décision selon laquelle, suite à un incident disciplinaire, le maintien d’un détenu au sein de la population carcérale générale constitue à ce moment un risque trop élevé est une décision de nature polycentrique. Il s’agit d’une décision prise en consultation avec de nombreux intervenants, notamment l’enquêteur correctionnel, les agents correctionnels impliqués dans l’incident, l’agent de libération affecté au cas sous étude, sans compter l’assistance de criminologues, de psychologues et de psychiatres. La décision prise tient compte de l’historique du comportement du détenu, tant celui qui l’a amené au pénitencier que celui qu’il a affiché au fil des ans en institution, en particulier son dossier disciplinaire : voir l’affidavit de M. Guérette, surveillant correctionnel au pénitencier à sécurité maximum de Donnacona, dossier d’appel, aux pages 184 à 188.

[44] Dans le cas qui nous occupe, l’isolement préventif de l’intimé fut révisé par le comité de

Board which recommended, on June 4, 1998, that it be maintained: see the affidavit of Mr. Lemieux, the then deputy head of the Donnacona penitentiary, appeal book, page 178, paragraph 11.

[45] Furthermore, the incident of May 29, 1998, which led the respondent to administrative segregation also resulted in an offence report that was maintained by the managers' committee responsible for reviewing it. This committee is composed of the institutional head, the deputy head and all the penitentiary's unit managers and correctional supervisors: see the affidavit of Mr. Guérette, appeal book, page 185, at pages 12-20.

[46] To order the respondent's temporary administrative segregation, as he did, the institutional head had to be satisfied that there was no reasonable alternative and to believe on reasonable grounds that the respondent "ha[d] acted, ha[d] attempted to act or intend[ed] to act in a manner that jeopardize[d] the security of the penitentiary or the safety of any person." Paragraph 31(3)(a) of the Act is reproduced:

*Administrative Segregation*

31. (1) The purpose of administrative segregation is to keep an inmate from associating with the general inmate population.

(2) Where an inmate is in administrative segregation in a penitentiary, the Service shall endeavour to return the inmate to the general inmate population, either of that penitentiary or of another penitentiary, at the earliest appropriate time.

(3) The institutional head may order that an inmate be confined in administrative segregation if the institutional head believes on reasonable grounds

(a) that

(i) the inmate has acted, has attempted to act or intends to act in a manner that jeopardizes the security of the penitentiary or the safety of any person, and

...

and the institutional head is satisfied that there is no reasonable alternative to administrative segregation. [Emphasis added.]

réexamen des cas d'isolement qui, le 4 juin 1998, recommandait qu'il soit maintenu : voir l'affidavit de M. Lemieux, alors sous-directeur du pénitencier de Donnacona, dossier d'appel, page 178, paragraphe 11.

[45] En outre, l'incident du 29 mai 1998 qui a conduit l'intimé à un isolement préventif a également donné lieu à un rapport d'infraction qui fut maintenu par le comité de gestionnaires chargé de l'examiner. Ce comité est composé du directeur, du sous-directeur, de tous les gérants d'unités et de surveillants correctionnels du pénitencier : voir l'affidavit de M. Guérette, dossier d'appel, page 185, aux pages 12 à 20.

[46] Pour pouvoir ordonner comme il l'a fait l'isolement préventif temporaire de l'intimé, le directeur devait être convaincu qu'il n'existait pas d'autre solution valable et avoir des motifs raisonnables de croire que l'intimé « a agi, tenté d'agir ou a l'intention d'agir d'une manière compromettant la sécurité d'une personne ou du pénitencier et que son maintien parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité ». Je reproduis l'alinéa 31(3)a) de la Loi :

*Isolement préventif*

31. (1) L'isolement préventif a pour but d'empêcher un détenu d'entretenir des rapports avec l'ensemble des autres détenus.

(2) Le détenu en isolement préventif doit être placé le plus tôt possible parmi les autres détenus du pénitencier où il est incarcéré ou d'un autre pénitencier.

(3) Le directeur du pénitencier peut, s'il est convaincu qu'il n'existe aucune autre solution valable, ordonner l'isolement préventif d'un détenu lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire, selon le cas :

a) que celui-ci a agi, tenté d'agir ou a l'intention d'agir d'une manière compromettant la sécurité d'une personne ou du pénitencier et que son maintien parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité; [Je souligne.]

I note that Parliament refers in English to “reasonable alternative” and that the word “reasonable” was improperly rendered in French by the word “valable” (valid). The assessment of what is reasonable compared with what is valid does not necessarily compel the same considerations and does not necessarily produce the same result. An alternative may be reasonable without being valid and vice versa.

[47] The decision of the institutional head, which the various prison officials took part in and supported, as it were, is at the core of these professionals’ expertise and compels deference on the part of the courts. The very language of paragraph 31(3)(a) of the Act highlights this necessity.

[48] In the first place, the prison authorities are closely acquainted with the respondent and handle his surveillance from a security and social rehabilitation perspective. They are aware of his activities in detention, his relationships, his receptiveness to the institutional programs, his disciplinary breaches, etc. They know the impact that a public challenge to their authority can have with respect to security in a maximum security penitentiary. While not giving them free rein, it must be recognized that they have a clear advantage when it comes to determining whether, in view of all these factors, including the nature of the disciplinary offence that was committed, there is some reasonable alternative that would temporarily ensure the security of the penitentiary and the safety of individuals. I prefer to use the word “reasonable”, which corresponds more closely to the intention Parliament has expressed in this provision and takes greater consideration of the imponderability that this kind of situation entails, in such a way that the choice of the appropriate measure must be situated within the limits of what is reasonable.

[49] Secondly, the prison authorities must have “reasonable” grounds to believe that the respondent has acted in a manner that jeopardizes the security of the penitentiary or the safety of any person and that his continued presence among the other inmates would jeopardize that security. Parliament has expressly chosen the test of reasonableness to guide and gauge the

Je note qu’en anglais, le législateur parle de « *reasonable alternative* » et que le terme « *reasonable* » a été improprement rendu en français par le mot « *valable* ». L’appréciation de ce qui est raisonnable par rapport à ce qui est valable ne fait pas nécessairement appel aux mêmes considérations et ne débouche pas nécessairement sur le même résultat. Une alternative peut être raisonnable sans qu’elle soit valable et vice-versa.

[47] La décision du directeur, assistée et corroborée comme elle le fut par les différents intervenants du milieu, se situe au cœur de l’expertise de ces professionnels et commande déférence de la part des tribunaux. Le texte même de l’alinéa 31(3)a) de la Loi fait ressortir cette nécessité.

[48] Premièrement, les autorités carcérales connaissent bien l’intimé et en assument la surveillance dans une perspective de sécurité et de réadaptation sociale. Elles sont au courant de ses activités en détention, de ses relations, de sa réceptivité aux programmes institutionnels, de ses manquements à la discipline, etc. Elles sont au parfum de l’impact au niveau de la sécurité que peut avoir dans un pénitencier à sécurité maximum un défi public à leur autorité. Sans leur donner carte blanche, il faut tout de même reconnaître qu’elles jouissent d’un avantage indéniable lorsqu’il y a lieu de déterminer si, compte tenu de tous ces éléments, y compris la nature de l’infraction disciplinaire commise, il existe une autre solution raisonnable (*reasonable*) pour assurer temporairement la sécurité des personnes et du pénitencier. Je préfère utiliser le terme « *raisonnable* » qui à la fois correspond plus à l’intention législative exprimée par cette disposition et tient meilleur compte de l’impondérabilité que ce genre de situations entraîne, de sorte que le choix de la mesure à prendre doit se situer dans les limites du raisonnable.

[49] Deuxièmement, elles doivent avoir des motifs « *raisonnables* » de croire que l’intimé a agi d’une manière compromettant la sécurité d’une personne ou du pénitencier et que son maintien parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité. Le législateur a expressément choisi le critère de la raisonabilité pour guider et mesurer l’action du directeur entreprise en

action taken by the institutional head under paragraph 31(3)(a). Reasonable grounds and reasonable alternative are the two chosen qualifiers.

[50] On judicial review, the judge must ask himself whether the institutional head had reasonable grounds to fear for the safety of the officer who was threatened or of other persons, or for the security of the penitentiary, and whether he had such grounds to believe that keeping the inmate among the other inmates would jeopardize that security. The judge must also ask himself whether the institutional head was satisfied that there was no reasonable alternative to administrative segregation. The judge may not substitute his personal opinion for that of the institutional head on either of these issues. In other words, it is of little moment that the judge does not think the safety of any persons or the security of the penitentiary were or would be jeopardized if, in the opinion of the institutional head, there were reasonable grounds to believe that such was the case. Moreover, even if he thinks there was a reasonable alternative, he cannot intervene if the evidence establishes that the institutional head was satisfied at the time he made the decision that temporary administrative segregation was the only reasonable solution in the circumstances. It is the institutional head, not the judge, who is given the authority to assess and choose the reasonable measure that is warranted by the situation contemplated by paragraph 31(3)(a) of the Act.

[51] Having established these parameters for intervention, let us now turn to the Prothonotary's analysis of the decision of the institutional head and the Federal Court's analysis of the Prothonotary's decision.

#### Analysis of the Prothonotary's decision

[52] With respect, I think the Prothonotary did not apply the standard of review laid down by paragraph 31(3)(a) of the Act to the institutional head's decision. Although in paragraph 84 of his decision he said he was "prepared to recognize that the penal authorities are entitled to a high degree of deference in their assessment of the situation", he did in fact substitute his opinion concerning the assessment of the danger and the need for administrative segregation for that of the institutional head.

vertu de l'alinéa 31(3)a). Motifs raisonnables et alternative raisonnable sont les deux qualificatifs retenus.

[50] En révision judiciaire, le juge doit se demander si le directeur avait des motifs raisonnables de craindre pour la sécurité de l'agent menacé, d'autres personnes ou pour la sécurité du pénitencier et s'il avait de tels motifs de croire qu'un maintien parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité. En outre, le juge doit se demander si le directeur était convaincu qu'il n'existait pas d'autre alternative raisonnable à l'isolement préventif. À l'une et l'autre de ces questions, le juge ne peut substituer son opinion personnelle à celle du directeur. En d'autres termes, il importe peu que le juge ne croit pas que la sécurité des personnes ou du pénitencier était ou serait compromise s'il y avait, pour le directeur, des motifs raisonnables de croire que tel était le cas. De plus, même s'il estime qu'il existait une autre solution raisonnable, il ne peut intervenir si la preuve établit que le directeur était convaincu au moment de la prise de décision que l'isolement préventif temporaire était la seule solution raisonnable dans les circonstances. C'est le directeur et non le juge qui est investi du pouvoir d'apprécier et de choisir la mesure raisonnable que justifie la situation envisagée par l'alinéa 31(3)a) de la Loi.

[51] Ces paramètres d'intervention fixés, voyons maintenant l'analyse que le protonotaire a faite de la décision du directeur ainsi que celle de la Cour fédérale à l'endroit de la décision du protonotaire.

#### Analyse de la décision du protonotaire

[52] Avec respect, je crois que le protonotaire n'a pas appliqué à la décision du directeur la norme de contrôle édictée par l'alinéa 31(3)a) de la Loi. Bien qu'au paragraphe 84 de sa décision il se soit dit « prêt à reconnaître aux autorités carcérales une grande déférence dans leur appréciation de la situation », il a de fait substitué son opinion sur l'appréciation du risque et la nécessité d'un isolement préventif à celle du directeur.

[53] Paragraphs 76 and 81-85 of his decision, reproduced below, clearly indicate the state of mind in which he approached the question and the exercise in which he engaged:

I am prepared to find that Ms. Lafontaine's perception of the plaintiff's gesture as well as Mr. Lemieux's perception of the gravity and the seriousness of this gesture were perceptions or conclusions that these persons could draw.

...

Although we can understand from the evidence that the plaintiff's act jeopardized the security of the penitentiary, the explanations provided by Mr. Lemieux and Mr. Guérette show that this danger arose at the very moment of the act, namely that the other inmates would then act inappropriately and that they would revolt. This did not happen, however, and the plaintiff was even able to get back to his cell among the institution's general population on his own.

In fact, it was only after an hour that the plaintiff was transferred to administrative segregation. If the plaintiff had to be kept from associating with the rest of the general inmate population within the meaning of subsection 31(1) of the Act, I do not think the plaintiff would have been allowed to go back to his cell for almost an hour.

In the same vein, it has not been justified to me, in accordance with subsection 31(3) of the Act, that keeping the plaintiff in the general inmate population, after this hour, was likely to jeopardize this security. There is no evidence to show that the plaintiff's gesture was anything more than an isolated act and that keeping him in the general inmate population would again compromise the security of the institution.

On the other hand, subsection 31(2) of the Act provides that the inmate in administrative segregation must be returned to the general inmate population at the earliest appropriate time. Here again, I do not believe that the authorities have justified their position. From my assessment of the evidence, it appears that it is essentially because of the fact that the plaintiff maintained his version of events that he was kept in administrative segregation. This position of the plaintiff, apart from the fact that it is logical, does not in any way justify, in my opinion, keeping him in administrative segregation. It was raised in the evidence by the defendant that this attitude of the plaintiff indicated that he was at risk of recidivism. Even though I am prepared to recognize that the penal authorities are entitled to a high degree of deference in their assessment of the situation, I do not think that this statement is warranted and supported in this case.

[53] Les paragraphes 76 et 81 à 85 de sa décision, ci-après reproduits, indiquent bien l'état d'esprit dans lequel il a abordé la question et l'exercice auquel il s'est livré :

Je suis disposé à conclure que la perception du geste du demandeur par M<sup>me</sup> Lafontaine de même que la perception de gravité et de sérieux rattachée au même geste par le directeur Lemieux étaient des perceptions ou conclusions que ces personnes pouvaient tirer.

[...]

Bien que l'on puisse apprécier de la preuve que le geste du demandeur ait mis en danger la sécurité du pénitencier, les explications fournies par M. Lemieux et M. Guérette démontrent que c'est à l'instant même du geste que ce danger s'est soulevé, soit que les autres détenus posent alors des gestes déplacés et que ces derniers se soulèvent. Ceci ne s'est toutefois pas produit et le demandeur a pu même regagner de lui-même sa cellule parmi la population générale de l'établissement.

De fait ce n'est qu'au bout d'une heure que l'on transféra le demandeur en isolement préventif. Si l'on devait empêcher le demandeur d'entretenir des rapports avec l'ensemble des autres détenus au sens du paragraphe 31(1) de la Loi, je pense que l'on n'aurait pas laissé le demandeur regagner sa cellule pendant près d'une heure.

Dans le même ordre d'idées, on ne m'a pas justifié suivant le paragraphe 31(3) de la Loi que le maintien au bout de cette heure du demandeur parmi les autres détenus était de nature à mettre en danger cette sécurité. Rien dans la preuve ne démontre que le geste du demandeur était autre chose qu'un geste isolé et que son maintien avec les autres détenus était pour mettre de nouveau la sécurité de l'établissement en jeu.

D'autre part, le paragraphe 31(2) de la Loi indique que le détenu en isolement préventif doit être replacé le plus tôt possible parmi les autres détenus. Encore ici je considère que les autorités n'ont pas justifié leur position. Il ressort de mon appréciation de la preuve que c'est essentiellement en raison du fait que le demandeur maintenait sa version des faits que l'on garda ce dernier en isolement préventif. Cette position du demandeur, hormis le fait qu'elle est logique, ne justifie en rien selon moi son maintien en isolement préventif. On a soulevé en preuve de la part de la défenderesse que cette attitude du demandeur indiquait qu'il y avait risque de récidive de sa part. Bien que je sois prêt à reconnaître aux autorités carcérales une grande déférence dans leur appréciation de la situation, je ne pense pas que cette affirmation soit justifiée et appuyée en l'espace.



For these reasons, I agree with the Court in *Brandon*, *supra*, paragraph 69 and the Court in *Saint-Jacques v. Canada (Solicitor General)* (1991), 45 F.T.R. 1, that the defendant did not discharge her burden to persuade the Court that, from May 29 to June 11, 1998, the plaintiff's administrative segregation was warranted. So, for this period, my finding is that the plaintiff was arbitrarily imprisoned. The plaintiff is therefore entitled to compensatory and exemplary damages in this respect. [Emphasis added.]

[54] It is not the Prothonotary's task to engage in a personal assessment of the evidence in order to determine that the danger for the person who was threatened and for the security of the penitentiary existed only at the very moment the action was taken.

[55] Similarly, he is mistaken in thinking that the fact the respondent was allowed to go back to his cell for almost one hour indicated that it was not necessary to prevent him from associating with the general inmate population. The record indicates that confinement to cell was necessary in order to contact the institutional head, inform him of the incident and enable him to seek advice before resorting to the appropriate measure in the circumstances. This temporary confinement in a cell must be seen as reflecting not a lack of danger but the penal authorities' concern to comply with the Act and respect the respondent's rights while adhering to the procedure prescribed by Parliament in such situations.

[56] During the hour the respondent was kept in his cell, the danger was temporarily brought under control. As is apparent from the record and the steps that were taken, the prison authorities asked themselves the following question: How to protect the correctional officer and ensure the security of the staff and the penitentiary against the danger that, in the following days, the respondent might repeat his act of defiance towards authority, confident as he necessarily would be if his act remained unpunished or was trivialized? Clearly, the institutional head, the correctional investigator, the Segregation Review Board, the managers' committee responsible for reviewing the offence report and the correctional officers involved, to name only a few, were all of the opinion that the danger did not stop when the incident occurred and necessitated some preventive action.

Pour ces motifs, j'en conclus à l'instar de la Cour dans l'arrêt *Brandon*, *supra*, paragraphe 69 et de la Cour dans l'arrêt *Saint-Jacques c. Canada (Solliciteur général)* (1991), 45 F.T.R. 1 que la défenderesse ne s'est pas acquittée ici du fardeau qui lui incombait de convaincre la Cour que du 29 mai au 11 juin 1998 l'isolement préventif du demandeur était justifié. Ainsi pour cette période, ma conclusion est que le demandeur fut emprisonné de façon arbitraire. Le demandeur a donc droit à cet égard à des dommages compensatoires et exemplaires. [Je souligne.]

[54] Il n'appartenait pas au protonotaire de se livrer à une appréciation personnelle de la preuve pour déterminer que le danger pour la personne menacée et la sécurité du pénitencier n'existait qu'à l'instant même où le geste fut posé.

[55] De même, il se méprend lorsqu'il pense que le fait d'avoir laissé l'intimé regagner sa cellule pendant près d'une heure est une indication qu'il n'était pas nécessaire de l'empêcher d'entretenir des rapports avec l'ensemble des autres détenus. La preuve révèle que le confinement en cellule était nécessaire pour rejoindre le directeur, l'informer de l'incident et lui permettre de consulter avant de recourir à la mesure appropriée dans les circonstances. Il faut voir dans le fait de ce confinement temporaire en cellule non pas une absence de danger, mais un souci des autorités carcérales de se conformer à la Loi et de respecter les droits de l'intimé en suivant la procédure établie par le législateur en pareille situation.

[56] Pendant l'heure de maintien en cellule, le danger était temporairement maîtrisé. Tel qu'il appert du dossier et des démarches entreprises, la question que les autorités carcérales se sont posées est la suivante : comment protéger l'agent correctionnel et assurer la sécurité du personnel et du pénitencier contre le danger que, dans les jours qui suivent, l'intimé répète son geste de défiance à l'autorité, confiant qu'il ne pouvait manquer d'être si son geste demeurait impuni ou était banalisé? De toute évidence, le directeur, l'enquêteur correctionnel, le comité de réexamen des cas d'isolement, le comité de gestionnaires chargé d'examiner le rapport d'infraction et les agents correctionnels impliqués, pour n'en nommer que quelques-uns, étaient tous d'avis que le danger ne s'arrêtait pas à l'instant du geste et nécessitait une mesure préventive.

[57] Subsection 31(2) of the Act stipulates that where an inmate is in administrative segregation, the Service shall endeavour to return the inmate to the general inmate population at the earliest appropriate time. Obviously, the “earliest appropriate time” criterion is satisfied when the threat to security is under control or has dissipated or when some other reasonable solution can be implemented, such as a transfer to another penitentiary.

[58] In the case at bar, the Prothonotary engaged in an assessment of the evidence, concluding finally that the respondent was kept in administrative segregation because he was maintaining his exculpatory version of the facts. In the prison authorities’ view, the respondent’s refusal to acknowledge the threatening implications of his act, perceived as an act of defiance against authority, aggravated the situation and increased the risks of a repeat offence and accordingly the risks to security.

[59] With respect, I think the prison authorities were in a much better position than the Prothonotary to assess the risk of recidivism and the issue of the respondent’s return to the general prison population. Section 33 [as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 12] of the Act provides for a periodic review of involuntary administrative segregation. The review includes a hearing in the presence of the inmate, but for exceptions pertaining to the safety of the persons present at the hearing, the inmate’s refusal to participate, or serious disruption of the hearing. The Board must subsequently make a recommendation to the institutional head as to whether the inmate should be released from administrative segregation. This process was followed in the present case and, as mentioned previously, on June 4, 1998, the Board recommended that the respondent continue to be confined in administrative segregation.

[60] Section 32 of the Act provides that the Board’s review is based on the considerations set out in section 31, namely, that the purpose of administrative segregation is to prevent an inmate from associating with the general inmate population, that it is ordered for reasons of security of the penitentiary or the safety of any person, that there is no reasonable alternative, and that it must end at the earliest appropriate time. The

[57] Le paragraphe 31(2) de la Loi stipule que le détenu placé en isolement préventif doit être replacé le plus tôt possible parmi les autres détenus du pénitencier. Évidemment, le critère du « plus tôt possible » est satisfait lorsque la menace à la sécurité est sous contrôle ou s’est estompée ou lorsqu’une autre solution raisonnable peut être mise en place, tel le transfert dans un autre pénitencier.

[58] En l’espèce, le protonotaire s’est livré à une appréciation de la preuve pour finalement conclure que l’intimé fut gardé en isolement préventif parce qu’il maintenait sa version disculpatoire des faits. Pour les autorités carcérales, le refus de l’intimé de reconnaître la portée menaçante de son geste, perçu comme un geste de défiance à l’autorité, aggravait la situation et augmentait les risques de récidive et, partant, les risques à la sécurité.

[59] Avec respect, je crois que les autorités carcérales étaient en bien meilleure position pour apprécier le risque de récidive et la question du retour de l’intimé au sein de la population carcérale générale que le protonotaire. L’article 33 [mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 12] de la Loi prévoit un réexamen périodique de l’isolement préventif involontaire. Le réexamen comporte, sauf exceptions reliées à la sécurité des personnes présentes à l’audience, au refus du détenu d’y participer ou à la perturbation grave du déroulement de l’audience, une audition en présence du détenu. Le comité doit par la suite faire une recommandation au directeur quant au maintien ou non du détenu en isolement préventif. Ce processus fut suivi dans le cas présent et, tel que déjà mentionné, le comité a recommandé, le 4 juin 1998, le maintien en isolement préventif de l’intimé.

[60] L’article 32 de la Loi prévoit que le réexamen par le comité est fondé sur les principes ou les critères énoncés à l’article 31, soit que l’isolement préventif a pour but d’empêcher un détenu d’entretenir des rapports avec l’ensemble des détenus, qu’il est ordonné pour des raisons de sécurité d’une personne ou du pénitencier, qu’il n’existe pas d’autre solution raisonnable et qu’il doit prendre fin le plus tôt possible. Le comité a

Board applied these criteria and, on the strength of the evidence that was put before it, concluded that the administrative segregation should be continued. I do not think it can be said that, in the circumstances, its decision based on the grounds in subsection 31(3) of the Act was unreasonable.

[61] Given that the administrative segregation was allowed by the Act, was justified in the circumstances and, was consequently lawful, to repeat the words of my colleague Mr. Justice Noël in *Cervinus Inc. v. Canada (Minister of Agriculture)*, 2002 FCA 398, at paragraph 15, this in itself “forecloses a finding of negligence” (leave to appeal to Supreme Court of Canada denied on April 17, 2003 [[2002] S.C.C.A. No. 537 (QL)]). I would add that even if the institutional head’s decision were to be declared invalid or unlawful, that in itself does not necessarily lead to a finding of fault or negligence and does not necessarily entail a finding of liability. To repeat the colourful expression of the appellant’s counsel, [TRANSLATION] “it is not because an application for judicial review is allowed that the government signs or must sign blank cheques.”

[62] On appeal, when delivering its decision, the Federal Court, like the Prothonotary, did not have the benefit of this Court’s decision in *Berhad*, in which it was held at paragraphs 65-66 that the principles applicable to the review of an administrative decision apply, whether the review of that decision is made by an application for judicial review, by appeal or by a collateral attack such as an action in damages. Had the Federal Court applied the administrative law principles that the Prothonotary ought to have applied to the decision of the institutional head and of the Segregation Review Board, it would have concluded that the administrative decisions ordering and maintaining the respondent’s administrative segregation were based on evidence and, in the circumstances, could not be found to be unreasonable.

### Conclusion

[63] For these reasons, I would allow the appeal, without costs in the circumstances, and I would set aside

appliqué ces critères et, sur la foi de la preuve qui lui fut soumise, en est venu à la conclusion que l’isolement préventif devait être maintenu. Je ne crois pas que l’on puisse dire que, dans les circonstances, sa décision fondée sur les motifs du paragraphe 31(3) de la Loi était déraisonnable.

[61] Étant donné que la détention en isolement préventif était autorisée par la Loi, justifiée dans les circonstances et, en conséquence, légale, ce fait en lui-même, pour reprendre les termes de mon collègue le juge Noël dans l’affaire *Cervinus Inc. c. Canada (Ministre de l’Agriculture)*, 2002 CAF 398, au paragraphe 15 «exclut la possibilité d’une conclusion de négligence» (permission d’en appeler à la Cour suprême du Canada refusée le 17 avril 2003 [[2002] S.C.C.A. n° 537 (QL)]). J’ajouterais que, même si la décision du directeur devait être déclarée nulle ou illégale, ce fait en soi ne conduit pas nécessairement à une conclusion de faute ou de négligence et n’entraîne pas nécessairement une conclusion en responsabilité. Pour reprendre l’expression colorée du procureur de l’appelante, « ce n’est pas parce qu’une demande de contrôle judiciaire est accueillie que le Gouvernement doit signer ou signe des chèques en blanc ».

[62] En appel, au moment de rendre sa décision, la Cour fédérale, tout comme le protonotaire, n’avait pas le bénéfice de la décision de notre Cour dans l’affaire *Berhad*, où, aux paragraphes 65 et 66, il fut décidé que les principes applicables à la révision d’une décision administrative s’appliquent, que la révision de cette décision se fasse par demande de contrôle judiciaire, par appel ou par une procédure indirecte de contestation telle une action en dommages-intérêts. La Cour fédérale eût-elle appliqué les principes du droit administratif que le protonotaire devait appliquer à la décision du directeur et à celle du comité de réexamen des cas d’isolement qu’elle en serait venue à la conclusion que les décisions administratives d’ordonner et de maintenir l’isolement préventif de l’intimé étaient fondées sur une preuve qui, dans les circonstances, ne permettaient pas de conclure qu’elles étaient déraisonnables.

### Conclusion

[63] Pour ces motifs, j’accueillerais l’appel, sans frais dans les circonstances, et j’annulerais la décision de la

the decision of the Federal Court dated October 18, 2004. Proceeding to make the decision that should have been made, I would set aside the decision of the Prothonotary and dismiss the action of the respondent/plaintiff with costs, which I will fix at \$2,000.

DÉCARY J.A.: I concur.

NOËL J.A.: I concur.

Cour fédérale rendue le 18 octobre 2004. Procédant à rendre la décision qui aurait dû être rendue, j'annulerais la décision du protonotaire et je rejetterais l'action de l'intimé/demandeur avec dépens que je fixerais à 2 000 \$.

LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NOËL, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-642-04  
2005 FCA 383

A-642-04  
2005 CAF 383

**The Honourable Sinclair Stevens** (*Appellant*)

**L'honorable Sinclair Stevens** (*appelant*)

v.

c.

**The Conservative Party of Canada** (*Respondent*)

**Le Parti conservateur du Canada** (*intimé*)

and

et

**The Chief Electoral Officer** (*Intervener*)

**Le directeur général des élections** (*intervenant*)

**INDEXED AS: STEVENS v. CONSERVATIVE PARTY OF CANADA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: STEVENS c. PARTI CONSERVATEUR DU CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Linden and Létourneau JJ.A.—Ottawa, October 12 and November 17, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Linden et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 12 octobre et 17 novembre 2005.

*Elections — Appeal from dismissal of application for judicial review of Chief Electoral Officer's decision to allow application for merger of political parties in accordance with Canada Elections Act, s. 400 — Application allowed same day submitted — S. 400(1) prohibiting merger application during 30-day period beginning 30 days before issue of writ for election — Chief Electoral Officer not required to verify content, accuracy of documents submitted with merger application, to grant party members opposing merger application right to speak — But Chief Electoral Officer committing error of law in not waiting 30 days before allowing application contrary to Act, s. 400(1) — Federal Court exercising discretion inherent to power for judicial review, refusing to grant relief sought — Appeal dismissed.*

*Élections — Appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le directeur général des élections a accueilli la demande de fusion de partis politiques, conformément à l'art. 400 de la Loi électorale du Canada — La demande a été accueillie le jour même où elle a été présentée — L'art. 400(1) interdit les demandes de fusion pendant une période de 30 jours commençant 30 jours avant la délivrance du bref électoral — Le directeur n'est pas tenu de vérifier la teneur et l'exactitude des documents joints à la demande de fusion, ni d'accorder un droit de parole aux membres du parti qui s'opposent à la demande de fusion — Cependant, le directeur a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas attendu 30 jours avant d'accueillir la demande, et contrevenu à l'art. 400(1) — La Cour fédérale a exercé le pouvoir discrétionnaire qui est inhérent au pouvoir de contrôle judiciaire et refusé d'accorder les mesures réparatrices demandées — Appel rejeté.*

*Construction of Statutes — Canada Elections Act, ss. 400 - 403 — Chief Electoral Officer not required to consult members of party other than those set out in Act before allowing application to merge political parties — S. 401(2) requiring Chief Electoral Officer to notify officers of merging parties whether registry "is to be" amended — French text of s. 401(2) clear decision already made, English text ambiguous — Where ambiguity in one version, two versions must be reconciled by looking for meaning common to both — Implicit inclusion of "or not" in "whether" expression reconciling differences — Common meaning version plain, not ambiguous — Act, s. 400(1) defining period of time during which no merger application can be filed as "the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day" — Only interpretation possible requiring Chief*

*Interprétation des lois — Art. 400 à 403 de la Loi électorale du Canada — Le directeur général des élections n'est pas tenu de consulter des membres du parti autres que ceux qui sont précisés par la Loi avant d'accueillir la demande de fusion de partis politiques — Aux termes de la version anglaise de l'art. 401(2), « the Chief Electoral Officer shall notify the officers of the merging parties [ . . . ] whether the registry of parties is to be amended » — La version française de l'art. 401(2) est claire : la décision du directeur sur la demande de fusion est déjà prise, alors que la version anglaise est ambiguë — Lorsqu'une version est ambiguë, il faut concilier les deux versions en cherchant le sens qui leur est commun — On peut les concilier si l'on considère que, en ce qui concerne la version anglaise, l'expression « whether [ . . . ] » comprend implicitement l'expression « or not » — Leur sens commun est*

*Electoral Officer to let 30 days expire once merger application received before accepting it.*

*Administrative Law — Judicial Review — Federal Court refusing to grant relief sought despite fact Chief Electoral Officer, by not waiting 30 days before allowing application to merge political parties, violated Canada Elections Act, s. 400 — In doing so, Court judiciously exercising discretion inherent to power for judicial review — Not uncommon for court, in its discretion, to refuse to quash decision made unlawfully.*

*Practice — Costs — Federal Court awarding costs against respondent despite successful challenge to judicial review application — F.C.A. not intervening in cost award except where judge clearly misdirected in law, considered non-relevant elements, did not justify decision clearly contrary to practice generally followed — No reason to intervene herein — Appellant clarifying public interest legislative provision — Costs in appeal not granted against Chief Electoral Officer regardless of outcome of appeal — Not customary to impose costs on federal board, commission, tribunal whose decision being challenged — Respondent granted costs against appellant in unsuccessful appeal.*

This was an appeal and a cross-appeal from a Federal Court decision dismissing the application for judicial review brought by the appellant against the Chief Electoral Officer's decision dated December 7, 2003. On October 15, 2003, the leader of the Progressive Conservative Party (PC Party), Peter MacKay and the leader of the Canadian Reform Conservative Alliance (Alliance), Stephen Harper, signed an agreement-in-principle to create the "Conservative Party of Canada." On December 7, 2003, a Sunday, Mr. MacKay and Mr. Harper submitted an application to merge their parties to the Chief Electoral Officer, in accordance with section 400 of the *Canada Elections Act*. That same day, the Chief Electoral Officer allowed the application and amended the political party registry accordingly, replacing the names of the merging parties, the PC Party and the Alliance, with that of the Conservative Party of Canada. On December 8, 2003, the Chief Electoral Officer, in accordance with subsection 401(2) of the Act, notified, in writing, all the leaders of the merging parties of the amendment to the registry. Three weeks later, the appellant sought judicial review of the Chief Electoral

*clair et ne comporte pas d'ambiguïté — L'art. 400(1) de la Loi définit la période pendant laquelle aucune demande de fusion ne peut être présentée, soit celle « commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin » — Une seule interprétation du texte est possible : lorsque la demande de fusion est reçue, le directeur doit laisser s'écouler 30 jours avant de l'accueillir.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Cour fédérale a refusé d'accorder les mesures réparatrices demandées en dépit du fait que le directeur général des élections, en n'attendant pas 30 jours avant de rendre sa décision, avait violé l'art. 400 de la Loi électorale du Canada — La Cour fédérale a ainsi exercé judicieusement le pouvoir discrétionnaire qui est inhérent au pouvoir de contrôle judiciaire — Il n'est pas rare que, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un tribunal judiciaire refuse d'annuler une décision prise illégalement.*

*Pratique — Frais et dépens — La Cour fédérale a condamné l'intimé aux dépens même si la demande de contrôle judiciaire de l'appellant a été rejetée — La C.A.F. ne remet pas en question l'adjudication des dépens, sauf lorsque la décision du juge de première instance est clairement erronée ou lorsqu'il a tenu compte de considérations qui ne sont pas pertinentes ou s'il n'a pas motivé une décision qui, à sa face même, est contraire à la pratique généralement suivie — Rien ne justifiait l'intervention de la C.A.F. — L'appellant a fait clarifier une disposition légale d'intérêt public — Le directeur général des élections n'aurait pas été condamné aux dépens, quelle que fût l'issue de l'appel — Il n'est pas coutume d'imposer des dépens à l'office fédéral dont la décision est attaquée — L'intimé a eu droit aux dépens contre l'appellant dont l'appel a été infructueux.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant à l'encontre de la décision du directeur général des élections en date du 7 décembre 2003. Le 15 octobre 2003, le chef du parti progressiste-conservateur (le parti PC), M. Peter MacKay et le chef de l'Alliance réformiste conservatrice canadienne (l'Alliance), M. Stephen Harper ont signé une entente de principe en vue de créer le « Parti conservateur du Canada ». Le 7 décembre 2003, un dimanche, MM. MacKay et Harper ont présenté au directeur général des élections une demande de fusion de leurs partis en vertu de l'article 400 de la *Loi électorale du Canada*. Le même jour, le directeur a accueilli la demande et a modifié en conséquence le registre des partis politiques, remplaçant les noms des partis fusionnant, le parti PC et l'Alliance, par celui de Parti conservateur du Canada. Le 8 décembre 2003, le directeur, conformément au paragraphe 401(2), a notifié par écrit à tous les dirigeants des partis fusionnant la modification du registre. Trois semaines plus tard, l'appellant a sollicité le contrôle judiciaire de la décision du directeur en date du 7

Officer's December 7, 2003 decision. Heneghan J. of the Federal Court ruled that the Chief Electoral Officer could not, under subsection 400(1) of the Act, allow a merger application before the 30 days following the filing of the application had expired. However, she did exercise her discretion and dismissed the application for judicial review because the non-respect of the 30-day delay had no consequences. Three main issues were raised on appeal: (1) whether the Chief Electoral Officer was required to verify the content and accuracy of the documents submitted to him; (2) whether he was required to grant party members who opposed the merger application the right to express their view; and (3) whether he had a legal obligation to wait 30 days before allowing such an application.

*Held*, the appeal and the cross-appeal should be dismissed.

(1) The duty of the Chief Electoral Officer under the *Canada Elections Act* is essentially the mechanical application of the very detailed and meticulously drafted legislative provisions that leave almost nothing to chance and that, in reality, confer very little flexibility and discretion on him. This duty is non-partisan and its holder is held to the most absolute political neutrality. The Act implies that the information provided to the Chief Electoral Officer is true and accurate. The obligation is on those who provide information to him to ensure they are not "false or misleading." As a general rule, the Chief Electoral Officer may, and must, accept information provided to him assuming that it is being provided by an authorized person and that it is accurate. It is therefore not surprising that the Act does not confer on him a specific power to investigate. His role, when he is to make a decision on an application submitted to him, is limited to ensuring that, on the face of the documents submitted by persons duly authorized, the conditions required by the Act are met. The merger application, as set out in section 400 of the Act, is accompanied by an attestation of each of the party leaders and by "a resolution from each of the merging parties approving the proposed merger." The leader of the PC Party considered the resolution attached to his application to be a "resolution for merger." The Chief Electoral Officer could easily be satisfied, upon reading the document, that it was what the leader said it was, namely a resolution approving the merger.

(2) In general, the Act does not impose an obligation on the Chief Electoral Officer, before making a decision, to consult the members of a party other than those set out therein. It ensures that the decisions are made, in general, solely on the faith of the information received from those persons authorized, or asked, to transmit the information to him, without anyone being granted the right to speak. The appellant

décembre 2003. La juge Heneghan de la Cour fédérale a statué que le directeur ne pouvait pas, aux termes du paragraphe 400(1) de la Loi, accueillir une demande de fusion avant que 30 jours ne se soient écoulés depuis le dépôt de la demande. Cependant, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire parce que le manquement au délai de 30 jours n'avait pas porté à conséquence. Trois questions principales ont été soulevées en appel : 1) le directeur avait-il l'obligation de vérifier la teneur et l'exactitude des documents qui lui ont été soumis? 2) Avait-il l'obligation de donner droit de parole aux militants qui s'opposaient à la demande de fusion? 3) Était-il juridiquement tenu d'attendre 30 jours avant d'accéder à une demande de ce genre?

*Arrêt* : l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

1) Aux termes de la *Loi électorale du Canada*, le rôle du directeur général des élections consiste essentiellement à appliquer de manière mécanique des dispositions légales détaillées et minutieuses qui ne laissent à peu près rien au hasard et qui ne lui confèrent en réalité qu'une marge de manœuvre très étroite et un pouvoir discrétionnaire très faible. Ce rôle est non partisan et son titulaire est astreint à la neutralité politique la plus absolue. La Loi suppose que les renseignements qui sont fournis au directeur sont vrais et exacts. Ce sont les personnes qui lui fournissent des renseignements qui sont tenues de veiller à ce qu'ils ne soient pas « faux ou trompeurs ». En règle générale, le directeur peut, et doit, accepter les renseignements qui lui sont fournis en tenant pour acquis qu'ils sont fournis par une personne autorisée et qu'ils sont exacts. Il n'est donc pas étonnant que la Loi ne confère au directeur aucun pouvoir spécifique d'enquête. Son rôle, lorsqu'il est appelé à rendre une décision sur une demande qui lui est présentée, se limite, règle générale, à veiller, à la lecture des documents qui lui sont remis par les personnes autorisées, que les conditions imposées par la Loi soient remplies. Comme le prévoit l'article 400 de la Loi, la demande de fusion est assortie d'une attestation de chacun des chefs de parti et « d'une résolution de chaque parti fusionnant autorisant la fusion ». Le chef du parti PC a qualifié de « résolution autorisant la fusion » celle qu'il a jointe à sa demande. Le directeur a pu facilement conclure, à la lecture du document, que celui-ci était bien une résolution autorisant la fusion, comme le disait le chef du parti.

2) En général, la Loi n'impose au directeur, avant de prendre sa décision, aucune obligation de consulter les membres du parti autres que ceux qui sont précisés par la Loi. Selon ses termes, en règle générale, il ne prend ses décisions que sur la foi des seuls renseignements qu'il a reçus des seules personnes autorisées à les lui transmettre, ou des personnes à qui il a été demandé de le faire, sans que quiconque d'autre

claimed that subsection 401(2), which requires the Chief Electoral Officer to notify the officers of the merging parties whether the registry is to be amended implicitly created a consultation obligation. The French text of subsection 401(2) is clear that the Chief Electoral Officer's decision on the merger application has already been made. By contrast, the English text is ambiguous in that it seems to assume that the decision is not yet made. The two versions must be reconciled by looking for the meaning that is common to both, which is the version that is plain and not ambiguous. The two versions can be reconciled by acknowledging that the English text implicitly includes the words "or not" in the expression "whether," in which case the text could be read as "whether the registry . . . is to be amended or not." The notice required in subsection 401(2) is not of the decision itself, but rather of its registration, which again presupposes that the decision has been made. The Chief Electoral Officer decides whether to authorize the merger, and once the decision is made, he transmits it to the leaders of the party. It would be strange if Parliament's words, "is to be amended," were intended to grant objectors the right to be consulted after the decision had been validly made without consultations.

(3) The Chief Electoral Officer made an error of law in accepting the merger application on the same day it was filed. Subsection 400(1) of the Act defines a period of time during which no merger application can be filed, namely "the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day." This method for establishing a prohibition period is troublesome, as the starting point comes 30 days prior to an event (issue of a writ) for which the time it will occur is unknown at the time the application is filed. A merger application that would have been filed 30 days prior to the issue of the writ would become inadmissible *ex post facto*. The only way the Chief Electoral Officer can ensure that he does not accept a merger application during the 30 days prior to the issue of a writ is to not accept any applications until the 30 days have expired. By imposing such a prohibition period, Parliament may have been seeking to ensure that electors, on the verge of an election campaign, are not thrown off balance by the sudden disappearance of two parties with which they were familiar and the sudden arrival of a new party. This interpretation is in keeping with the terms of the Act and minimizes the risks of political instability in pre-election periods. The only interpretation that would give a concrete meaning to the texts in question requires the Chief Electoral Officer to let 30 days expire once the merger application is received before accepting it.

The Federal Court refused to grant the relief sought despite the fact that the Chief Electoral Officer, by not waiting 30

puisse réclamer un droit de parole. L'appelant a soutenu que, aux termes de la version anglaise du paragraphe 401(2) (« *the Chief Electoral Officer shall notify the officers of the merging parties [ . . . ] whether the registry of parties is to be amended* »), la Loi impose implicitement au directeur une obligation de consultation. La version française du paragraphe 401(2) est claire : la décision du directeur sur la demande de fusion est déjà prise. Par contre, la version anglaise est ambiguë parce qu'elle suppose que la décision n'a pas encore été prise. Il fallait tenter de concilier les deux versions, c'est-à-dire chercher le sens qui est commun aux deux versions, la version qui est claire. Les deux versions sont conciliables si l'on admet que la version anglaise contient implicitement dans l'expression « *whether* ». l'expression « *or not* », auquel cas le texte pourrait se lire comme suit « *whether the registry [ . . . ] is to be amended or not* ». L'avis exigé au paragraphe 401(2) ne vise pas la décision elle-même, mais plutôt son enregistrement, ce qui, encore une fois, suppose que la décision a été prise. Le directeur décide d'autoriser ou non la fusion, et dès lors que sa décision est prise, il la transmet aux dirigeants du parti. Il serait curieux que le législateur voulu, par les mots « *is to be amended* », conférer aux objecteurs le droit d'être consultés après que la décision a été valablement prise sans consultation.

3) Le directeur a commis une erreur de droit lorsqu'il a accepté la demande de fusion le jour même où elle a été déposée. Le paragraphe 400(1) de la Loi définit la période pendant laquelle aucune demande de fusion ne peut être présentée, soit celle « commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin ». Cette façon d'établir une période d'interdiction est problématique, dans la mesure où son point de départ précède de 30 jours un événement (la délivrance du bref) dont on ignore au moment où la demande est présentée si et quand il surviendra. La demande de fusion qui aurait été déposée 30 jours avant la délivrance du bref deviendrait *ex post facto* irrecevable. Or, la seule façon pour le directeur de s'assurer, lorsqu'il accueille une demande de fusion, qu'elle n'a pas été présentée dans les 30 jours précédant la délivrance du bref, est de ne l'accueillir qu'une fois ce délai de 30 jours expiré. En imposant une telle période d'interdiction, le législateur a peut-être voulu s'assurer que les électeurs, au seuil d'une campagne électorale, ne soient pas déstabilisés par la disparition soudaine de deux partis qu'ils connaissaient et par l'arrivée subite d'un nouveau parti. Cette interprétation est fidèle au texte de la Loi et minimise les risques d'une instabilité politique en période préélectorale. La seule interprétation qui donne un sens concret aux textes en cause est la suivante : lorsque la demande de fusion est reçue, le directeur doit laisser s'écouler 30 jours avant de l'accueillir.

La Cour fédérale a refusé d'accorder les mesures réparatrices demandées en dépit du fait que le directeur, en



days before making his decision, violated the *Canada Elections Act* because the action had no material effect. In doing so, the Court judiciously exercised the discretion inherent to the power for judicial review. The existence of this discretion is based on the text of subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* under which the “Federal Court may” quash the decision of a federal board, commission or tribunal, and on the principles associated with traditional prerogative writs. It is not uncommon that a court, in its discretion, refuses to quash a decision made unlawfully. Although the absence of prejudice is the reason most often cited, the extent of the consequences could be another valid reason.

The respondent claimed that the Federal Court Judge erred by imposing costs against it, since it was successful in its challenge of the appellant’s application for judicial review. To justify this somewhat unusual order, the Judge stated that the appellant had “raised a valid question.” Under subsection 400(1) of the *Federal Courts Rules*, the Court “shall have full discretionary power over . . . costs and the determination of by whom they are to be paid.” The Federal Court of Appeal will not intervene in a cost award except in rare instances, where the judge is clearly misdirected in law, considered non-relevant elements or did not justify a decision that is clearly contrary to the practice generally followed. There was no reason to intervene. The appellant clarified, in the sense he proposed, a public interest legislative provision and his application was well founded. The cross-appeal was dismissed and the Judge’s order regarding costs confirmed. The costs herein would not have been granted against the Chief Electoral Officer regardless of the outcome of the appeal. It is not customary to impose costs on the federal board, commission or tribunal whose decision is being challenged, unless the order allowing the intervention so specifies or in exceptional circumstances, which was not the case here. However, the respondent was awarded costs against the appellant in this unsuccessful appeal.

n’attendant pas 30 jours avant de rendre sa décision, avait violé la *Loi électorale du Canada* parce que cela n’avait eu aucune incidence concrète. La Cour fédérale a ainsi exercé judicieusement le pouvoir discrétionnaire qui est inhérent au pouvoir de contrôle judiciaire. Ce pouvoir discrétionnaire a pour source le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, selon lequel « la Cour fédérale peut » annuler la décision d’un office fédéral, et les principes rattachés aux brefs de prérogative traditionnels. Il n’est pas rare que, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un tribunal judiciaire refuse d’annuler une décision pourtant prise illégalement. Bien que l’absence de préjudice soit le motif le plus souvent invoqué, l’énormité des conséquences peut constituer un motif aussi valable.

L’intimé a soutenu que la Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu’elle l’a condamnée aux dépens puisque la demande de contrôle judiciaire de l’appelant avait été rejetée. Pour justifier cette ordonnance quelque peu inusitée, la juge a précisé que l’appelant avait « soulevé une question valable ». Aux termes du paragraphe 400(1) des *Règles des Cours fédérales*, la Cour a « le pouvoir discrétionnaire [. . .] de désigner les personnes qui doivent payer les dépens ». La Cour d’appel fédérale ne remet en question l’adjudication des dépens qu’en de rares occasions, lorsque la décision du juge de première instance est clairement erronée ou lorsqu’il a tenu compte de considérations qui ne sont pas pertinentes ou s’il n’a pas motivé une décision qui, à sa face même, est clairement contraire à la pratique généralement suivie. Rien ne justifiait son intervention. L’appelant a fait clarifier, dans le sens qu’il proposait, une disposition légale d’intérêt public et sa demande était donc bien fondée. L’appel incident a été rejeté et l’ordonnance de la juge relative aux dépens confirmée. En l’espèce, le directeur général des élections n’aurait pas été condamné aux dépens, quelle que fût l’issue de l’appel. Il n’est pas coutume d’imposer des dépens à l’office fédéral dont la décision est attaquée; il faut que l’ordonnance accueillant la demande d’intervention aille dans ce sens ou qu’il y ait des circonstances exceptionnelles, ce qui n’était pas le cas en l’espèce. Cependant, l’intimé a eu droit aux dépens contre l’appelant dont l’appel a été infructueux.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, ss. 4, 13, 16, 42, 45, 48, 51, 53, 54, 57 (as am. by S.C. 2001, c. 21, s. 5), 95, 103, 194 (as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 40), 221, 233, 251 (as am. *idem*), 366(2) (as am. by S.C. 2004, c. 24, s. 3), (3) (as enacted *idem*), 368(c) (as am. *idem*, s. 4), 370 (as am. *idem*, s. 5), 382 (as am. by S.C. 2003, c. 19, s. 12; 2004, c. 24, s. 14), 383, 384 (as am. *idem*, s. 15), 384.1 (as enacted *idem*, s. 16), 389 (as am. by S.C.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, art. 4, 13, 16, 42, 45, 48, 51, 53, 54, 57 (mod. par L.C. 2001, ch. 21, art. 5), 95, 103, 194 (mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 40), 221, 233, 251 (mod., *idem*), 366(2) (mod. par L.C. 2004, ch. 24, art. 3), (3) (édicte, *idem*), 368(c) (mod., *idem*, art. 4), 370 (mod., *idem*, art. 5), 382 (mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 12; 2004, ch. 24, art. 14), 383, 384 (mod., *idem*, art. 15), 384.1 (édicte, *idem*, art. 16),

2003, c. 19, s. 17), 400, 401, 402 (as am. by S.C. 2003, c. 19, s. 22), 403 (as am. by S.C. 2001, c. 21, s. 21), 403.21 (as enacted by S.C. 2003, c. 19, s. 23), 403.35 (as enacted *idem*), 403.38 (as enacted *idem*), 424 (as am. *idem*, s. 34), 427, 431, 435.38 (as enacted *idem*, s. 40), 452 (as am. *idem*, s. 45), 478.02 (as enacted *idem*, s. 57), 478.23 (as enacted *idem*).

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400(1) (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)), (3).

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Ahenakew et al. v. MacKay et al.* (2003), 68 O.R. (3d) 277; 235 D.L.R. (4th) 371 (S.C.J.); affd (2004), 71 O.R. (3d) 130; 241 D.L.R. (4th) 314; 187 O.A.C. 162 (C.A.); *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334; (1984), 52 N.R. 54; [1984] 3 W.W.R. 1 (C.A.); *Scherer v. Counting Instruments Ltd.*, [1986] 2 All E.R. 529 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Cavilla v. Canada (Chief Electoral Officer)* (1994), 76 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *National Party of Canada v. Stephenson* (1996), 124 F.T.R. 108 (F.C.T.D.); affd (1998), 230 N.R. 342 (F.C.A.); *Isnana v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1999] F.C.J. No. 513 (T.D.) (QL); *Hamel v. Union Populaire*, [1980] 2 F.C. 599; (1980), 118 D.L.R. (3d) 484; 36 N.R. 254 (C.A.); *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217; (2004), 235 D.L.R. (4th) 216; 180 C.C.C. (3d) 449; 18 C.R. (6th) 57; 316 N.R. 203; 2004 SCC 6; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *Figuroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912; (2003), 227 D.L.R. (4th) 1; 108 C.R.R. (2d) 66; 306 N.R. 70; 176 O.A.C. 89; 2003 SCC 37; *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202; (1994), 115 Nfld. & P.E.I.R. 334; 111 D.L.R. (4th) 1; 360 A.P.R. 334; 21 Admin. L.R. (2d) 248; 163 N.R. 27; *Canadian Cable Television Assn v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626; (1991), 81 D.L.R. (4th) 376; 4 Admin. L.R. (2d) 61; 36 C.P.R. (3d) 455; 129 N.R. 296; 4 T.C.T. 6177 (C.A.); *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410; (1990), 72 D.L.R. (4th) 672;

389 (mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 17), 400, 401, 402 (mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 22), 403 (mod. par L.C. 2001, ch. 21, art. 21), 403.21 (édicte par L.C. 2003, ch. 19, art. 23), 403.35 (édicte, *idem*), 403.38 (édicte, *idem*), 424 (mod., *idem*, art. 34), 427, 431, 435.38 (édicte, *idem*, art. 40), 452 (mod., *idem*, art. 45), 478.02 (édicte, *idem*, art. 57), 478.23 (édicte, *idem*).

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400(1) (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)), (3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ahenakew et al. v. MacKay et al.* (2003), 68 O.R. (3d) 277; 235 D.L.R. (4th) 371 (C.S.J.); conf. par (2004), 71 O.R. (3d) 130; 241 D.L.R. (4th) 314; 187 O.A.C. 162 (C.A.); *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.); *Scherer v. Counting Instruments Ltd.*, [1986] 2 All E.R. 529 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Cavilla c. Canada (Directeur général des élections)*, [1994] A.C.F. n° 363 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Parti National du Canada c. Stephenson* [1996] A.C.F. n° 1591 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); conf. par [1998] A.C.F. n° 300 (C.A.) (QL); *Isnana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] A.C.F. n° 513 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Hamel c. Union Populaire*, [1980] 2 C.F. 599 (C.A.); *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217; 2004 CSC 6; *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; *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912; 2003 CSC 37; *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada — Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.); *Nooshinravan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 598; *Devinat c. Canada (Commission de l'immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.).

5 C.E.L.R. (N.S.) 157; 111 N.R. 321 (C.A.); *Nooshinravan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 598; *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212; (1999), 181 D.L.R. (4th) 441; 3 Imm. L.R. (3d) 1; 250 N.R. 326 (C.A.).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision ((2004), 23 Admin. L.R. (4th) 86; 264 F.T.R. 64; 2004 FC 1628) dismissing the application for judicial review of the Chief Electoral Officer's decision allowing the merger of two political parties because the non-respect of the 30-day delay provided in subsection 400(1) of the *Canada Elections Act* had no material effect. Appeal and cross-appeal dismissed.

APPEARANCES:

*Peter M. Rosenthal* and *Selwyn A. Pieters* for appellant.  
*Arthur L. Hamilton* and *Laurie Livingstone* for respondent.  
*Ronald D. Lunau* and *Catherine Beaudoin* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, for appellant.  
*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for respondent.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for intervener.

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

[1] DÉCARY J.A.: Was the merger of the Progressive Conservative Party (the PC Party) and the Canadian Reform Conservative Alliance (the Alliance) into a party called the Conservative Party of Canada (the CP of Canada) duly authorized by the Chief Electoral Officer on December 7, 2003? This is the ultimate question the Court is called upon to answer.

[2] To do so, the Court must determine whether the Chief Electoral Officer was required to verify the

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 1628) par laquelle elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant la décision du directeur général des élections accueillant la demande de fusion de deux parties politiques au motif que le manquement au délai de 30 jours prévu par le paragraphe 400(1) de la *Loi électorale du Canada* n'avait eu aucune incidence concrète. Appel et appel incidents rejetés.

ONT COMPARU :

*Peter M. Rosenthal* et *Selwyn A. Pieters* pour l'appelant.  
*Arthur L. Hamilton* et *Laurie Livingstone* pour l'intimé.  
*Ronald D. Lunau* et *Catherine Beaudoin* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Roach, Schwartz & Associates*, Toronto, pour l'appelant.  
*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour l'intimé.  
*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour l'intervenant.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : La fusion du Parti progressiste conservateur (le parti PC) et de l'Alliance réformiste conservatrice canadienne (l'Alliance) en un parti appelé le Parti conservateur du Canada (le PC du Canada) a-t-elle été valablement autorisée par le directeur général des élections, le 7 décembre 2003? Telle est la question ultime que la Cour est ici appelée à trancher.

[2] Pour y arriver, la Cour devra déterminer si le directeur a l'obligation de vérifier la teneur et

content and accuracy of the documents submitted to him, whether he was required to grant party members who opposed the merger application the right to express their view, and whether he had a legal obligation to wait 30 days before allowing such an application. Should the Court find that there was a violation of the requirements in form or substance, would the Court have the discretion, in the context of an application for judicial review, to refuse to grant the relief sought? Moreover, and this is the subject of the cross-appeal, does the Court have the discretion to grant costs to the applicant whose application is refused, on the grounds that a valid question was raised?

[3] This is the first time this Court will be asked to interpret sections 400-403 [ss. 402 (as am. by S.C. 2003, c. 19, s. 22), 403 (as am. by S.C. 2001, c. 21, s. 21)] of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, which came into force on September 1, 2000 (*C. Gaz.* Part I, Extra Vol. 134, No. 6).

#### FACTS

[4] The relevant facts were sufficiently described in the reasons for judgment by Madam Justice Heneghan of the Federal Court ((2004, 23 Admin. I.R. (4th) 86) and I will simply restate the most important ones.

[5] The appellant, the Honourable Sinclair Stevens, is a veteran member of the PC Party. He was a member of Cabinet for the Clark and Mulroney governments between 1979 and 1986.

[6] On October 15, 2003, the leader of the PC Party, Peter MacKay, and the leader of the Alliance, Stephen Harper, signed an agreement-in-principle (the Agreement-in-principle) to create “a national force that reaches out to all Canadians” that will include the rights and obligations of each of the two parties. This new political force would be called the “Conservative Party of Canada.” The Agreement-in-principle set out that the Alliance and the PC Party would treat each other as equal partners.

[7] The Agreement was submitted for review to the members of both parties. Alliance members approved the Agreement-in-principle on December 4, 2003, and

l’exactitude des documents qui lui sont soumis, s’il a l’obligation de donner droit de parole à des militants qui s’opposent à la demande de fusion et s’il a l’obligation légale d’attendre 30 jours avant d’accéder à semblable demande. Dans l’hypothèse où la Cour conclurait qu’il y a eu manquement aux exigences de fond ou de forme, la Cour a-t-elle discrétion, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, pour refuser néanmoins d’accorder les réparations demandées? Par ailleurs, et c’est là l’objet de l’appel incident, la Cour a-t-elle discrétion pour accorder les dépens au demandeur dont la demande est refusée, pour le motif qu’il avait soulevé une question valable?

[3] C’est la première fois que cette Cour est appelée à interpréter les articles 400 à 403 [art. 402 (mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 22), 403 (mod. par L.C. 2001, ch. 21, art. 21)] de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2000 (*Gaz. C.* partie I, édition spéciale, vol. 134, n<sup>o</sup> 6).

#### LES FAITS

[4] Les faits pertinents ont été amplement décrits dans les motifs de jugement de Madame la juge Heneghan, de la Cour fédérale (2004 CF 1628) et je me contenterai ici de rappeler les plus importants.

[5] L’appelant, l’honorable Sinclair Stevens, est un membre de longue date du parti PC. Il a même été membre du cabinet des gouvernements Clark et Mulroney entre 1979 et 1986.

[6] Le 15 octobre 2003, le chef du parti PC, M. Peter MacKay et le chef de l’Alliance, M. Stephen Harper ont signé une entente de principe (l’Entente de principe) en vue de créer « une force politique nationale faisant appel à tous les Canadiens et Canadiennes » qui assumerait les droits et obligations de chacun des deux partis. Cette nouvelle force politique aurait pour nom le « Parti conservateur du Canada ». L’Entente de principe prévoyait que l’Alliance et le parti PC se traiteraient réciproquement en partenaires égaux.

[7] L’Entente a été soumise à l’examen des membres des deux partis. Les membres de l’Alliance ont entériné l’entente de principe le 4 décembre 2003, et ceux du

those of the PC Party, on December 6, 2003. The resolution approved by the members of the PC Party stated, in part:

Whereas on October 15, 2003 the Leader of the PC Party of Canada entered into an Agreement-in-principle on the Establishment of the Conservative Party of Canada (the "Agreement");

...

And whereas the Leader of the Progressive Conservative Party of Canada, in accordance with the provisions of the Agreement, has requested that the Agreement be placed before the Members of the Progressive Conservative Party of Canada for consideration and the Leader seeks the support and approval of the Members of the Progressive Conservative Party of Canada for the Agreement;

Be it resolved that:

The Agreement-in-principle on the Establishment of the Conservative Party of Canada be approved and the Leader of the Progressive Conservative Party of Canada and its Management Committee are instructed and authorized to take all necessary steps to implement the Agreement.

[8] In the meantime, a group of members of the PC Party, including Mr. David Orchard, had commenced an application before the Ontario Superior Court of Justice, seeking various declaratory orders and an injunction to prevent the transfer of that party's funds to a new merged party. The application was heard December 4, 2003. The following day, December 5, 2003, it was dismissed by Justice Juriansz. This excerpt is from the reasons published as, *Ahenakew et al. v. MacKay et al.* (2003), 68 O.R. (3d) 277, at paragraph 12:

However, I do not accept this submission. The resolution before the special meeting on December 6 approves the agreement-in-principle and instructs and authorizes the Leader and the Management Committee to take all necessary steps to implement the agreement. The agreement, when read in its entirety, clearly contemplates a merger of the PC Party with the Canadian Alliance to form a new party, the Conservative Party of Canada, which "will assume all the rights, obligations, assets and liabilities of the PC Party and the Alliance". A Conservative Fund Trust is to be established to, among other things, retire the debt of either party. An Interim Joint Council is contemplated to establish riding associations, processes for the conduct of founding meetings, recognition of associations, and transfer of assets from the PC Party and Alliance riding associations to new Conservative Party riding

parti PC, le 6 décembre 2003. La résolution approuvée par les membres du parti PC se lisait, entre autres, comme suit :

[TRADUCTION] Attendu que le 15 octobre 2003 le chef du Parti PC du Canada a conclu une entente de principe sur la création du Parti conservateur du Canada (l'entente);

[. . .]

Et attendu que le chef du Parti progressiste-conservateur du Canada a, conformément aux dispositions de l'entente, demandé que l'entente soit soumise à l'examen des membres du Parti progressiste-conservateur du Canada et attendu que le chef sollicite l'appui et l'approbation des membres du Parti progressiste-conservateur du Canada en ce qui concerne l'entente;

Il est résolu que :

L'entente de principe sur la création du Parti conservateur du Canada soit approuvée et qu'il soit donné pour instruction au chef du Parti progressiste-conservateur du Canada et à son comité d'orientation de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre l'entente et que le chef et son comité soient autorisés à le faire.

[8] Dans l'intervalle, un groupe de membres du parti PC, dont M. David Orchard, avaient saisi la Cour supérieure de justice de l'Ontario d'une requête réclamant diverses déclarations ainsi qu'une injonction interdisant le transfert des actifs du parti PC au PC du Canada. La requête a été entendue le 4 décembre 2003. Le lendemain, 5 décembre 2003, elle était rejetée par le juge Juriansz. Voici des extraits de ses motifs publiés sous le nom *Ahenakew et al. v. MacKay et al.* (2003), 68 O.R. (3d) 277, au paragraphe 12 :

[TRADUCTION] Toutefois, je n'accepte pas cette observation. La résolution présentée à l'assemblée spéciale du 6 décembre approuve l'entente de principe et donne instruction au chef et au comité d'orientation de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre l'entente, et les autorise à le faire. L'entente, lue dans son intégralité, envisage clairement la fusion du parti PC et de l'Alliance canadienne pour former un nouveau parti, le Parti conservateur du Canada, lequel « assumera l'ensemble des droits, obligations, éléments d'actif et dettes du parti PC et de l'Alliance ». Une fiducie de fonds conservateur sera constituée afin, notamment, de rembourser la dette de chacun de chacun des partis. Un conseil mixte intérimaire est envisagé afin d'établir des associations de circonscription et des processus pour la tenue d'assemblées de fondation, la reconnaissance des associations

associations, and to ensure fair and effective recruitment selection, and training of Conservative Party candidates. Article 8(e) indicates the Interim Joint Council is to be responsible for the “filings with Elections Canada (as necessary to give effect of this agreement)”. Article 15 indicates that the filing with Elections Canada “with respect to the founding of the Conservative Party of Canada” is to be completed by December 31, 2003. Mr. Orchard, the only applicant to give evidence in this proceeding, indicated on his cross-examination that the agreement-in-principle made clear to him that the PC Party and the Canadian Alliance would be succeeded by the Conservative Party. If that were not apparent to the applicants, it is difficult to understand why they would request the court to make declarations that the PC Party cannot be merged with another political party except with the unanimous consent of all members. [Emphasis added.]

[9] This judgment was appealed. The appeal was dismissed June 3, 2004 (see (2004), 71 O.R. (3d) 130 (C.A.)). I will come back to this decision by the Ontario Court of Appeal.

[10] Also in the meantime, another group of members, including Mr. Stevens, asked, under the PC Party constitution, that an arbitration committee decide on the legality of the proposed vote. On December 3, 2003, the arbitration committee rendered its decision: in its opinion, the proposed vote did not contravene the PC Party statutes. Mr. Stevens had previously withdrawn from the group, apparently on the ground that, in his opinion, the arbitration committee lacked impartiality.

[11] On December 7, 2003, a Sunday, Mr. MacKay and Mr. Harper, as leader of the PC Party and leader of the Alliance respectively, submitted an application to merge their parties to the Chief Electoral Officer, in accordance with section 400 of the *Canada Elections Act* (the Act). This merger application, as set out in section 400, included an attestation from each party leader, a resolution by each party authorizing the merger and certain information required of a political party seeking to be registered. I will return to the nature of the resolution filed by the leader of the PC Party, since it is at the heart of the case.

et le transfert des éléments d'acif des associations de circonscription du parti PC et de l'Alliance à celles du nouveau Parti conservateur, et afin de garantir un recrutement et une sélection équitables et efficaces, ainsi que la formation de candidats du Parti conservateur. L'alinéa 8e) mentionne que le conseil mixte intérimaire sera chargé du « dépôt auprès d'Élections Canada (nécessaire pour donner effet à la présente entente) ». L'article 15 mentionne que le dépôt auprès d'Élections Canada « en ce qui a trait à la fondation du Parti conservateur du Canada » doit être effectué au plus tard le 31 décembre 2003. M. Orchard, le seul demandeur qui a témoigné dans la présente instance, a mentionné lors de son contre-interrogatoire que, selon lui, il ressortait clairement de l'entente de principe que le Parti conservateur remplacerait le Parti PC et l'Alliance canadienne. Si ce n'était pas évident pour les demandeurs, il est difficile de comprendre pourquoi ils demanderaient à la Cour de rendre un jugement d'éclaratoire selon lequel le Parti PC ne peut être fusionné avec un autre parti politique, sauf avec le consentement unanime de tous les membres. [Non souligné dans l'original.]

[9] Ce jugement a été porté en appel. L'appel sera rejeté le 3 juin 2004 (voir (2004), 71 O.R. (3d) 130 (C.A.)). Je reviendrai sur cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario.

[10] Dans l'intervalle, aussi, un autre groupe de membres, dont M. Stevens, avait demandé, en vertu de la constitution du parti PC, qu'un comité d'arbitrage décide de la légalité du vote proposé. Le 3 décembre 2003, le comité d'arbitrage rendait sa décision : le vote proposé ne contrevenait pas, selon lui, aux statuts du parti PC. M. Stevens s'était préalablement retiré du groupe, pour le motif, semble-t-il, qu'à son avis le comité d'arbitrage manquait d'impartialité.

[11] Le 7 décembre 2003, un dimanche, MM. MacKay et Harper, en leur qualité, respectivement, de chef du parti PC et de chef de l'Alliance, soumettent au directeur général des élections une demande de fusion de leurs partis, et ce en vertu de l'article 400 de la *Loi électorale du Canada* (la Loi). Cette demande de fusion, ainsi que le prévoit ledit article, était assortie d'une attestation du chef de chaque parti, d'une résolution de chaque parti autorisant la fusion et de certains renseignements exigés d'un parti politique désireux d'être enregistré. Je reviendrai sur la nature de la résolution déposée par le chef du parti PC, car elle est au cœur du litige.

[12] The merger application contains three short paragraphs:

This is an application pursuant to section 400 of the *Canada Elections Act* from the Canadian Reform Conservative Alliance (the “Alliance”) and the Progressive Conservative Party of Canada (the “PC Party”) for the merger of our respective parties pursuant to the said section, with the new party to be called the Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada.

Attached please find certificates attesting to the resolutions for merger adopted by each of the Alliance and PC Party.

The information required by section 366(2) of the Act is attached in appendices.

[13] That same Sunday, December 7, 2003, the Chief Electoral Officer allowed the application and amended the political party registry accordingly, replacing the names of the merging parties, the PC Party and the Alliance, with that of the Conservative Party of Canada. The following is taken from this decision:

I reviewed the application submitted under section 400 of the *Canada Elections Act* dated December 7, 2003 by the registered parties—the Progressive Conservative Party of Canada and the Canadian Reform Conservative Alliance—to become a single registered party as a result of their merger under the full name of the Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada and short-form name of Conservative/conservateur.

The application to merge was certified by the leaders of the merging parties, Mr. Peter MacKay and Mr. Stephen Harper.

The application was accompanied by the resolutions of the two merging parties as required by paragraph 400(2)(b) of the Act. The application contained the information required for a party to be registered (except for the information referred to in paragraph 366(2)(i) of the Act which is not required on an application under section 400).

...

I am satisfied that the application for merger was not made in the period referred to in subsection 400(1) of the Act.

I caused to be reviewed the information currently on file with Elections Canada, including the registry of political parties and, in the absence of any information to the contrary, was

[12] La demande de fusion comporte trois courts paragraphes, qui se lisent ainsi :

[TRADUCTION] Il s’agit d’une demande présentée en vertu de l’article 400 de la *Loi électorale du Canada* par l’Alliance réformiste conservatrice canadienne (l’Alliance) et le Parti progressiste-conservateur du Canada (le parti PC) en vue de la fusion de nos partis respectifs conformément à l’article en question. Le nouveau parti sera appelé Parti conservateur du Canada/Conservative Party of Canada.

Vous trouverez ci-joint des certificats attestant l’authenticité des résolutions portant fusion qui ont été adoptées respectivement par l’Alliance et par le parti PC.

Les renseignements exigés au paragraphe 366(2) de la Loi sont contenus dans les annexes jointes à la présente.

[13] Ce même dimanche 7 décembre 2003, le directeur accueille la demande et modifie en conséquence le registre des partis politiques, remplaçant les noms des partis fusionnants, le parti PC et l’Alliance, par celui du Parti conservateur du Canada. Je reproduis ci-après des extraits de cette décision :

[TRADUCTION] J’ai examiné la demande qui m’a été soumise en vertu de l’article 400 de la *Loi électorale du Canada* le 7 décembre 2003 par les partis enregistrés—le Parti progressiste-conservateur du Canada et l’Alliance réformiste conservatrice canadienne—en vue de devenir un seul parti enregistré par suite de leur fusion sous le nom intégral de Parti conservateur du Canada/Conservative Party of Canada et sous le nom abrégé de Conservateur/Conservative.

La demande de fusion était accompagnée d’une attestation du chef de chacun des partis fusionnants, MM. Peter MacKay et Stephen Harper.

La demande de fusion était également accompagnée de la résolution de chacun des deux partis fusionnants exigée par l’alinéa 400(2)*b* de la Loi. La demande renfermait les renseignements que doit fournir le parti qui souhaite être enregistré (sauf pour les renseignements mentionnés à l’alinéa 366(2)*i* de la Loi, qui n’ont pas à être communiqués dans le cas d’une demande présentée en vertu de l’article 400).

[. . .]

Je suis convaincu que la demande de fusion n’a pas été présentée pendant la période mentionnée au paragraphe 400(1) de la Loi.

J’ai fait réviser les renseignements qui se trouvent présentement dans le dossier d’Élections Canada, y compris le registre des partis politiques et, faute de renseignements

satisfied that the merging parties had discharged their obligations under the *Canada Elections Act*, including their obligations to report on their financial transactions and their election expenses and to maintain valid and up-to-date information concerning their registration.

I am satisfied that the merged party is eligible for registration as a political party under this Act and, pursuant to subsection 401(1) of the *Canada Elections Act*, I am therefore required to amend the registry of political parties. As a consequence, as of this day, the names of the merging parties were replaced with the name of Conservative Party of Canada/Parti conservateur du Canada.

Accordingly, pursuant to section 402 of the *Canada Elections Act*, the merger of the two merging parties takes effect today with the amendment of the registry of political parties. We will post this information on Elections Canada's Web site at [www.elections.ca](http://www.elections.ca). A notice will also be published in the *Canada Gazette*, as required by subsection 401(3) of the Act.

[14] On December 8, 2003, the Chief Electoral Officer, in accordance with subsection 401(2), notified, in writing, all the leaders of the merging parties of the amendment to the registry and had the notice required under subsection 401(3) of the Act published in the *Canada Gazette*.

[15] Still on December 8, Mr. Stevens contacted the office of the Chief Electoral Officer, stating he was surprised at the speed with which the Chief Electoral Officer handled the merger application, on a Sunday, no less. Counsel for Mr. Stevens was also concerned that his client and citizens sharing his opinions were not given the opportunity to make their point of view known.

[16] Further to the numerous exchanges regarding a request made to the Chief Electoral Officer to reconsider his decision, the Chief Electoral Officer dismissed the request on December 17, 2003, but not conceding, in doing so, that he had the power to reconsider.

[17] On December 30, 2003, Mr. Stevens sought judicial review of the Chief Electoral Officer's decision dated December 7, 2003, and, as an alternative, that of December 17, 2003.

contraires, je suis convaincu que les partis fusionnants ont assumé les obligations que leur impose la présente loi, notamment en matière de reddition de comptes sur leurs opérations financières et sur leurs dépenses électorales et de mise à jour des renseignements qui concernent leur enregistrement.

Je suis convaincu que le parti issu de la fusion est admissible à l'enregistrement sous le régime de la Loi, conformément au paragraphe 401(1) de la *Loi électorale du Canada*, et je suis donc tenu de modifier le registre des partis politiques. En conséquence, en date de ce jour, le nom des partis fusionnants est remplacé par celui de Parti conservateur du Canada/Conservative Party of Canada..

Par conséquent, conformément à l'article 402 de la *Loi électorale du Canada*, la fusion des deux partis fusionnants prend effet aujourd'hui à la suite de la modification apportée au registre des partis politiques. Les présents renseignements seront affichés sur le site d'Élections Canada à l'adresse suivante : [www.elections.ca](http://www.elections.ca). Un avis sera aussi publié dans la *Gazette du Canada*, comme l'exige le paragraphe 401(3) de la Loi.

[14] Le 8 décembre 2003, le directeur, conformément au paragraphe 401(2), notifie par écrit à tous les dirigeants des partis fusionnants la modification du registre et il fait publier dans la *Gazette du Canada* l'avis prescrit par le paragraphe 401(3) de la Loi.

[15] Toujours le 8 décembre, M. Stevens entre en communication avec le bureau du directeur, se disant étonné de la célérité avec laquelle le directeur avait traité la demande de fusion, un dimanche par surcroît. Son procureur s'inquiétait aussi du défaut de donner à son client et aux citoyens partageant ses opinions, l'occasion de faire valoir leur point de vue.

[16] À la suite de nombreux échanges reliés à une demande faite au directeur de réexaminer sa décision, le directeur, sans pour autant accepter qu'il ait compétence pour s'adonner à un tel réexamen, rejette la demande le 17 décembre 2003.

[17] Le 30 décembre 2003, M. Stevens sollicite le contrôle judiciaire de la décision du directeur en date du 7 décembre 2003 et, à titre subsidiaire, de celle du 17 décembre 2003.



[18] On November 19, 2004, Justice Heneghan dismissed the majority of the arguments raised by Mr. Stevens but accepted the argument that the Chief Electoral Officer could not, according to the Act, allow a merger application before the 30 days following the filing of the application had expired. She did decide, however, in the exercise of her discretion in judicial review cases, to dismiss the application because, under the circumstances, the non-respect of the 30-day delay did not have any consequences.

[18] Le 19 novembre 2004, la juge Heneghan rejetait la majorité des arguments soulevés par M. Stevens et retenait celui voulant que le directeur ne pouvait, selon la Loi, accueillir une demande de fusion avant que 30 jours ne se soient écoulés depuis le dépôt de la demande. Elle décidait cependant, dans l'exercice de la discrétion dont elle est investie en matière de contrôle judiciaire, de rejeter quand même la demande puisque dans les circonstances le défaut de respecter le délai de 30 jours n'avait pas porté à conséquence.

## RELEVANT LEGISLATION

### *Canada Elections Act*

#### 16. The Chief Electoral Officer shall

- (a) exercise general direction and supervision over the conduct of elections;
- (b) ensure that all election officers act with fairness and impartiality and in compliance with this Act;
- (c) issue to election officers the instructions that the Chief Electoral Officer considers necessary for the administration of this Act; and
- (d) exercise the powers and perform the duties and functions that are necessary for the administration of this Act.

...

**400.** (1) Two or more registered parties may, at any time other than during the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day, apply to the Chief Electoral Officer to become a single registered party resulting from their merger.

(2) An application to merge two or more registered parties must

- (a) be certified by the leaders of the merging parties;
- (b) be accompanied by a resolution from each of the merging parties approving the proposed merger; and
- (c) contain the information required from a party to be registered, except for the information referred to in paragraph 366(2)(i)

**401.** (1) The Chief Electoral Officer shall amend the registry of parties by replacing the names of the merging parties with the name of the merged party if

- (a) the application for the merger was not made in the period referred to in subsection 400(1); and

## LA LÉGISLATION PERTINENTE

### *Loi électorale du Canada*

#### 16. Le directeur général des élections :

- a) dirige et surveille d'une façon générale les opérations électorales;
- b) veille à ce que les fonctionnaires électoraux agissent avec équité et impartialité et observent la présente loi;
- c) donne aux fonctionnaires électoraux les instructions qu'il juge nécessaires à l'application de la présente loi;
- d) exerce les pouvoirs et fonctions nécessaires à l'application de la présente loi.

[...]

**400.** (1) Deux ou plusieurs partis enregistrés peuvent, en tout temps sauf pendant la période commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin, demander au directeur général des élections l'enregistrement du parti issu de leur fusion.

(2) La demande est assortie :

- a) d'une attestation du chef de chaque parti fusionnant;
- b) d'une résolution de chaque parti fusionnant autorisant la fusion;
- c) des renseignements exigés d'un parti politique pour devenir un parti enregistré, sauf ceux visés à l'alinéa 366(2)i).

**401.** (1) Le directeur général des élections substitue, dans le registre des partis, le nom du parti issue de la fusion à ceux des partis fusionnants :

- a) si la demande de fusion n'est pas présentée pendant la période mentionnée au paragraphe 400(1);

(b) the Chief Electoral Officer is satisfied that

(i) the merged party is eligible for registration as a political party under this Act, and

(ii) the merging parties have discharged their obligations under this Act, including their obligations to report on their financial transactions and their election expenses and to maintain valid and up-to-date information concerning their registration.

(2) The Chief Electoral Officer shall notify the officers of the merging parties in writing whether the registry of parties is to be amended under subsection (1).

(3) If the Chief Electoral Officer amends the registry of parties, he or she shall cause to be published in the *Canada Gazette* a notice that the names of the merging parties have been replaced in the registry with the name of the merged party.

**402.** (1) A merger of registered parties takes effect on the day on which the Chief Electoral Officer amends the registry of parties under subsection 401(1).

(2) On the merger of two or more registered parties,

(a) the merged party is the successor of each merging party;

(b) the merged party becomes a registered party;

(c) the assets of each merging party belong to the merged party;

(d) the merged party is responsible for the liabilities of each merging party;

(e) the merged party is responsible for the obligations of each merging party to report on its financial transactions and election expenses for any period before the merger took effect;

(f) the merged party replaces a merging party in any proceedings, whether civil, penal or administrative, by or against the merging party; and

(g) any decision of a judicial or quasi-judicial nature involving a merging party may be enforced by or against the merged party.

(3) On the merger of registered parties, any registered association of a merging party is deregistered and, despite paragraph 403.01(c), may transfer goods or funds to the merged party or a registered association of the merged party in the six months immediately after the merger. Any such transfer is not a contribution for the purposes of this Act.

b) s'il est convaincu que, à la fois :

(i) le parti issue de la fusion est admissible à l'enregistrement sous le régime de la présente loi,

(ii) les partis fusionnants ont assumé les obligations que leur impose la présente loi, notamment en matière de reddition de compte sur leurs opérations financières et sur leurs dépenses électorales et de mise à jour des renseignements qui concernent leur enregistrement.

(2) Il notifie par écrit à tous les dirigeants des partis fusionnants la modification ou non du registre en conformité avec le paragraphe (1).

(3) Il fait publier dans la *Gazette du Canada* un avis de la radiation de l'inscription des partis fusionnants du registre des partis et de l'inscription du parti issue de la fusion.

**402.** (1) La date de la fusion est celle à laquelle le directeur général des élections inscrit le parti issu de la fusion au registre au titre du paragraphe 401(1).

(2) À la date de la fusion :

a) le parti issue de la fusion succède aux partis fusionnants;

b) le parti issu de la fusion devient un parti enregistré;

c) l'actif des partis fusionnants est cédé au parti issue de la fusion;

d) le parti issu de la fusion est responsable des dettes de chacun des partis fusionnants;

e) le parti issu de la fusion continue d'assumer l'obligation des partis fusionnants de rendre compte de leurs opérations financières et de leurs dépenses électorales antérieures;

f) le parti issue de la fusion remplace chaque parti fusionnant dans les poursuites civiles, pénales ou administratives engagées par ou contre celui-ci;

g) toute décision judiciaire ou quasi judiciaire, rendue en faveur d'un parti fusionnant ou contre lui est exécutoire à l'égard du parti issu de la fusion.

(3) À la date de la fusion, les associations enregistrées des partis fusionnants sont radiées et, malgré l'alinéa 403.01c), peuvent, dans les six mois suivant la date de la fusion, céder des produits ou des sommes au parti issue de la fusion ou à une de ses associations enregistrées. Une telle cession de produits ou de sommes ne constitue pas une contribution pour l'application de la présente loi.

**403. Within six months after a merger**

(a) each of the merging parties shall provide the Chief Electoral Officer with the documents referred to in subsection 424(1) for

- (i) the portion of its current fiscal period that ends on the day before the day on which the merger takes effect, and
- (ii) any earlier fiscal period for which those documents have not been provided; and

(b) the merged party shall provide the Chief Electoral Officer with

- (i) a statement, prepared in accordance with generally accepted accounting principles, of its assets and liabilities, including any surplus or deficit, at the date of the merger,
- (ii) an auditor's report, submitted to the chief agent of the merged party, as to whether the statement presents fairly and in accordance with generally accepted accounting principles the information on which it was based, and
- (iii) a declaration in the prescribed form by the chief agent of the merged party concerning the statement.

**ANALYSIS**

[19] After reviewing the *Canada Elections Act*, I find that the duty of the Chief Electoral Officer is, essentially, the mechanical application of the very detailed and meticulously drafted legislative provisions that leave almost nothing to chance and that, in reality, confer very little flexibility and discretion on him. I am not saying this in a pejorative way; it is healthy and necessary for it to be this way, because the Chief Electoral Officer is, in a sense, the guardian of democracy in Canada, and this democracy could be compromised by granting the person on the front line in charge of protecting it powers that are even slightly arbitrary.

[20] A consequence of this finding is that the *Canada Elections Act* sets out the Chief Electoral Officer's powers so precisely that there is little risk he will get sidetracked, and his decisions will withstand most judicial review challenges because they are dictated by the very terms of the Act.

**403. Dans les six mois suivant la date de la fusion :**

a) chaque parti fusionnant produit auprès du directeur général des élections les documents visés au paragraphe 424(1) :

- (i) pour la partie de son exercice en cours antérieure à la date de la fusion,
- (ii) pour tout exercice antérieur pour lequel il n'a pas produit ces documents;

b) le parti issue de la fusion produit auprès du directeur général des élections :

- (i) un état de son actif et de son passif et de son excédent ou de son déficit—dressé selon les principes comptables généralement reconnus—, à la date de la fusion,
- (ii) le rapport de son vérificateur, adressé à son agent principal, indiquant si l'état présente fidèlement—et selon les principes comptables généralement reconnus— les renseignements contenus dans les écritures comptables sur lesquelles il est fondé,
- (iii) la déclaration de son agent principal concernant l'état, effectuée sur le formulaire prescrit.

**ANALYSE**

[19] La lecture de la *Loi électorale du Canada* m'amène à conclure que la fonction que le directeur général des élections occupe en est une, essentiellement, d'application mécanique de dispositions législatives rédigées avec force détails et minutie qui ne laissent à peu près rien au hasard et qui ne lui confèrent en réalité que bien peu de marge de manœuvre et de discrétion. Je ne dis pas cela de façon péjorative : il est sain et il est nécessaire qu'il en soit ainsi puisque le directeur général des élections est en quelque sorte le gardien de la démocratie au Canada et que celle-ci pourrait être compromise par l'attribution à la personne chargée en première ligne de la protéger de pouvoirs de nature un tant soit peu arbitraire.

[20] Un corollaire de ce constat est que la *Loi électorale du Canada* encadre si bien les pouvoirs du directeur que ce dernier risque peu de s'égarer et que ses décisions résisteront pour la plupart aux attaques de contrôle judiciaire parce que dictées par les termes mêmes de la Loi.

[21] The general powers of the Chief Electoral Officer are stated in section 16 of the Act. His duty, as I mentioned, is to ensure that electoral operations—and underlying operations, such as party registration and contributions to registered political parties—are carried out in accordance with the Act. This duty is non-partisan; even more so, it must be seen as non-partisan and its holder is held to the most absolute political neutrality. He is appointed by resolution of the House of Commons during good behaviour and may be removed from office only for cause by the Governor General on address of the Senate and the House of Commons (section 13 of the Act). The Chief Electoral Officer is one of the rare people who is disentitled from voting (section 4 of the Act).

[22] It is in light of this context that I will now consider the arguments presented by the parties and the interveners.

Obligation of the Chief Electoral Officer to verify the content and accuracy of the documents provided to him

[23] The Act sets out that key communications between the Chief Electoral Officer and possible stakeholders (elector, MP, candidate, registered association, party, party leader, party representative, etc.) are to occur in writing (see, among others, sections 45, 48, 53, 54, 95, 103, 194 [as am. by S.C. 2000, c. 12, s. 40], 221, 233, 251 [as am. *idem*], 382 [as am. by S.C. 2003, c. 19, s. 12; 2004, c. 24, s. 14], 384 [as am. *idem*, s. 15], 389 [as am. by S.C. 2003, c. 19, s. 17], 403.35 [as enacted *idem*, s. 23], 424 [as am. *idem*, s. 34], 435.38 [as enacted *idem*, s. 40], 452 [as am. *idem*, s. 45], 478.02 [as enacted *idem*, s. 57] and 478.23 [as enacted *idem*]).

[24] The Act also implies that the information provided to the Chief Electoral Officer is true and accurate. The obligation is on those who provide information to him to ensure they are not “false or misleading” (see, among others, sections 384.1 [as enacted by S.C. 2004, c. 24, s. 16], 403.38 [as enacted by S.C. 2003, c. 19, s. 23], 427 and 431). The Act also requires, occasionally, a certified statement confirming the validity of the documents provided to the Chief

[21] Les pouvoirs généraux du directeur sont énumérés à l'article 16 de la Loi. Sa fonction, comme je l'ai dit, est de s'assurer que les opérations électorales—et ce qui les sous-tend, telles l'enregistrement de partis et les contributions aux partis politiques enregistrés—se font d'une manière conforme à la Loi. Cette fonction est non partisane; mieux, elle doit être perçue comme non partisane et son titulaire est astreint à la neutralité politique la plus absolue. Il est nommé à titre inamovible par résolution de la Chambre des communes et ne peut être révoqué pour motif valable que par la gouverneure générale sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes (article 13 de la Loi). Il est l'une des rares personnes qui soit inhabile à voter (article 4 de la Loi).

[22] C'est à la lumière de ce contexte que je me penche maintenant sur les arguments avancés par les parties et par l'intervenant.

L'obligation du directeur de vérifier la teneur et l'exactitude des documents qui lui sont fournis

[23] La Loi prévoit que l'essentiel des communications entre le directeur et ses interlocuteurs possibles (électeur, député, candidat, association enregistrée, parti, chef de parti, représentant de parti, etc.) se fasse par écrit (voir, entre autres, les articles 45, 48, 53, 54, 95, 103, 194 [mod. par L.C. 2000, ch. 12, art. 40], 221, 233, 251 [mod., *idem*], 382 [mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 12; 2004, ch. 24, art. 14], 384 [mod., *idem*, art. 15], 389 [mod. par L.C. 2003, ch. 19, art. 17], 403.35 [édicte, *idem*, art. 23], 424 [mod., *idem*, art. 34], 435.38 [édicte, *idem*, art. 40], 452 [mod., *idem*, art. 45], 478.02 [édicte, *idem*, art. 57] et 478.23 [édicte, *idem*]).

[24] La Loi suppose aussi que les renseignements qui sont fournis au directeur sont vrais et exacts. L'obligation est faite à ceux qui fournissent des renseignements au directeur de s'assurer qu'ils ne sont pas « faux ou trompeurs » (voir, entre autres, les articles 384.1 [édicte par L.C. 2004, ch. 24, art. 16], 403.38 [édicte par L.C. 2003, ch. 19, art. 23], 427 et 431). La Loi exige même, à l'occasion, une déclaration attestée confirmant l'exactitude des documents fournis au

Electoral Officer (see, for example, subsections 383(1) and 384(1)).

[25] When Parliament wanted the Chief Electoral Officer to personally verify the accuracy of the information provided to him, it set this out specifically. For example, section 51 allows the Chief Electoral Officer to communicate with an elector when updating the register of electors, “to verify the . . . information relating to him or her.” In addition, under subsection 366(3), the Chief Electoral Officer “may ask the party’s leader to provide any relevant information” in order “to confirm” that one of the fundamental purposes of a party applying to be registered is to participate in public affairs by endorsing one or more of its members as candidates and supporting their election party. Under paragraph 368(c) [as am. by S.C. 2004, c. 24, s. 4], before allowing a party’s application for registration, the Chief Electoral Officer must be “satisfied” that all the required information has been provided and “is accurate,” which presumes that he has the power and the duty to lead some type of investigation.

[26] The scheme of the Act seems obvious: as a general rule, the Chief Electoral Officer may, and must, accept information provided to him assuming that it is being provided by an authorized person and that it is accurate. It is not up to him to go beyond what is given or to question the mandate of the person giving the information and thus interfere in what can be called internal party, candidate, or elector affairs. It is therefore not surprising that the Act does not confer on the Chief Electoral Officer a specific power to investigate.

[27] It follows that the role of the Chief Electoral Officer, when he is to make a decision on an application submitted to him, is limited, in general, to ensuring that, on the face of the documents submitted by persons duly authorized, the conditions required by the Act are met. Goudge J.A. noted in *obiter* in *Ahenakew*, at paragraph 43:

Moreover, even if we were inclined to entertain the argument on its merits, in my view it would not succeed. I agree with the application judge that s. 40(1)(b)(ii) places on

directeur (voir, par exemple, les paragraphes 383(1) et 384(1)).

[25] Quand le Parlement a voulu que le directeur vérifie lui-même l’exactitude des renseignements qui lui étaient fournis, il l’a fait de façon expresse. Ainsi, par exemple, l’article 51 permet au directeur de communiquer avec un électeur, lors de la mise à jour de la liste électorale, « pour vérifier l’exactitude des renseignements le concernant ». De même, le paragraphe 366(3) permet au directeur, « pour vérifier » si un parti cherchant à être enregistré compte parmi ses objectifs éventuels celui de participer aux affaires publiques en appuyant l’élection d’un de ses membres, de « demander au chef du parti de lui communiquer tous renseignements utiles ». L’alinéa 368c) [mod. par L.C. 2004, ch. 24, art. 4] impose au directeur, avant d’accueillir la demande d’enregistrement d’un parti, d’être « convaincu » que tous les renseignements requis ont été fournis et qu’ils « sont exacts », ce qui suppose qu’il a alors le pouvoir, et le devoir, de mener une certaine forme d’enquête.

[26] L’économie de la Loi me paraît ainsi évidente : règle générale, le directeur peut, et doit, accepter les renseignements qui lui sont fournis en tenant pour acquis qu’ils sont fournis par une personne autorisée et qu’ils sont exacts. Il ne lui appartient pas d’aller au-delà de ce qui lui est remis ni de remettre en question le mandat de la personne qui les lui remet et de s’immiscer ainsi dans ce qu’il est convenu d’appeler les affaires internes d’un parti, d’un candidat ou d’un électeur. Il n’est donc pas étonnant que la Loi ne confère au directeur aucun pouvoir spécifique d’enquête.

[27] Il s’ensuit que le rôle du directeur, lorsqu’il est appelé à rendre une décision sur une demande qui lui est soumise, se limite, règle générale, à s’assurer, à la face même des documents qui lui sont soumis par les personnes autorisées à les lui soumettre, que les conditions exigées par la Loi sont remplies. Ainsi que le note en *obiter* le juge d’appel Goudge, dans *Ahenakew*, au paragraphe 43 :

[TRADUCTION] En outre, même si nous étions portés à accepter l’argument sur le fond, je suis d’avis qu’il serait rejeté. Je conviens avec le juge qui a entendu la demande que

the Chief Electoral Officer, not the court, the initial duty to be satisfied that the PC Party as a merging party has provided with its application a resolution approving the proposed merger. While we need not decide it in this case, I am inclined to the view that this task is concerned with the facial validity of the resolution: on its face does the filed resolution come from the merged party and does it approve the proposed merger? This would not involve the Chief Electoral Officer in adjudicating a claim that the resolution is of no legal effect because the party did not follow its own constitutional requirements. In my view the latter, which would require evidence and argument, is a task that Parliament does not appear to have equipped the Chief Electoral Officer to perform.

However, in the circumstances of this case, I do not view this task as being for the court either. The very issue was referred by the Management Committee to the Arbitration Committee of the PC Party pursuant to the provisions of its constitution. The appellants had notice of and the opportunity to participate in the hearing held by the Arbitration Committee. They chose not to do so. The Arbitration Committee issued a thoroughly reasoned decision which concluded that there was nothing in the Party's constitution requiring unanimous consent for the resolution and that the proceedings put in place for the meeting of December 6 and for voting on the resolution met the Party's constitutional requirements. The resolution was therefore capable of constituting the approval of the proposed merger called for by the Act.

(See also, *Cavilla v. Canada (Chief Electoral Officer)* (1994), 76 F.T.R. 77 (F.C.T.D.); *National Party of Canada v. Stephenson* (1996), 124 F.T.R. 108 (F.C.T.D.), affirmed (1998), 230 N.R. 342 (F.C.A.); by analogy, *Isnana v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1999] F.C.J. No. 513 (T.D.) (QL)).

[28] This general rule applies here. The merger application, as set out in section 400 of the Act, is accompanied by an attestation by each of the party leaders. The person interacting with the Chief Electoral Officer is the party leader. The spokesperson for the party is the party leader. The Chief Electoral Officer cannot question the status of the party leader who submits an application. It must be noted that the Chief Electoral Officer is dealing with the leader of a

le sous-alinéa 40(1)b)(ii) impose au directeur général des élections, et non pas à la Cour, l'obligation première d'être convaincu que le Parti PC, en tant que parti fusionnant, a présenté avec sa demande une résolution approuvant la fusion proposée. Bien que nous n'ayons pas à trancher la question en l'espèce, j'ai tendance à penser que cette tâche concerne la validité apparente de la résolution : à sa face même, la résolution déposée provient-elle du parti fusionné et approuve-t-elle la fusion proposée? Cela n'impliquerait pas que le directeur général des élections se prononce sur une demande selon laquelle la résolution n'aurait pas d'effet juridique du fait que le parti n'aurait pas suivi les prescriptions de son acte constitutif. À mon avis, ce dernier point, qui exigerait la production d'éléments de preuve et la présentation d'observations, constitue une tâche que le législateur ne semble pas avoir demandé au directeur général des élections d'exécuter.

Toutefois, dans les circonstances de la présente affaire, je ne crois pas non plus que cette tâche revienne à la Cour. Le comité d'orientation a renvoyé cette même question au comité d'arbitrage du Parti PC, conformément aux dispositions de son acte constitutif. Les appelants ont été avisés de l'audience tenue par le comité d'arbitrage et ont eu la possibilité d'y participer. Ils ont choisi de ne pas le faire. Le comité d'arbitrage a rendu une décision solidement motivée, laquelle a conclu qu'il n'y avait rien dans l'acte constitutif du parti qui exigeait un consentement unanime pour la résolution et que la procédure mise en place pour l'assemblée du 6 décembre et le vote sur la résolution satisfaisait aux exigences de l'acte constitutif du parti. La résolution pouvait donc constituer l'approbation de la fusion proposée exigée par la Loi.

(Voir, aussi, *Cavilla c. Canada (Directeur général des élections)*, [1994] A.C.F. n° 363 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Parti National du Canada c. Stephenson*, [1996] A.C.F. n° 1591 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), conf. par [1998] A.C.F. n° 300 (C.A.) (QL); par analogie, *Isnana c. Canada (Ministre des Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, [1999] A.C.F. n° 513 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).)

[28] Cette règle générale s'applique ici. La demande de fusion, c'est l'article 400 de la Loi qui le dit, est d'abord assortie d'une attestation de chacun des chefs de parti. L'interlocuteur du directeur est le chef du parti. Le porte-parole du parti est le chef du parti. Le directeur ne peut remettre en question le statut du chef de parti qui lui soumet la demande. Il faut se rappeler que le directeur fait affaires, ici, avec le chef d'un parti enregistré, donc d'un parti légitime dont les activités

registered party, meaning a legitimate party whose activities follow the guidelines set out by the Act and whose leader's name appears on the registry of parties (see paragraph 366(2)(d) [as am. by S.C. 2004, c. 24, s. 3] and subsection 383(3)). When Parliament wanted the Chief Electoral Officer to deal with members of the party other than its leader, it set this out specifically (see, for example, subsection 401(2) of the Act, to which I will return).

[29] The merger application is also accompanied by "a resolution from each of the merging parties approving the proposed merger." In this case, we know that the leader of the PC Party considered the resolution attached to his application to be "a resolution for merger." As Justice Juriensz found in the Ontario Superior Court of Justice, I also feel that "[t]he agreement, when read in its entirety, clearly contemplates a merger of the PC Party with the Canadian Alliance to form a new party, the Conservative Party of Canada, which 'will assume all the rights, obligations, assets and liabilities of the PC Party and the Alliance'" (at paragraph 12). The Chief Electoral Officer, who we must assume follows Canadian politics very closely, could easily be satisfied, upon reading the document, that it was what the party leader said it was, namely a resolution approving the merger.

#### Obligation to give opponents the right to speak

[30] In general, the Act does not impose an obligation on the Chief Electoral Officer, before making a decision, to consult the members of a party other than those set out in the Act or, in Justice Pratte's words in *Hamel v. Union Populaire*, [1980] 2 F.C. 599 (C.A.), at page 604, an obligation to give objectors "a chance to explain themselves."

[31] Not only is the Act set out so that the Chief Electoral Officer can make decisions on the faith of the information received, but it also ensures that the decisions are made, in general, solely on the faith of the information received solely from those persons authorized, or asked, to transmit the information to him, without anyone being granted the right to speak.

s'inscrivent dans le cadre prescrit par la Loi et dont le nom du chef apparaît au registre des partis (voir l'alinéa 366(2)d) [mod. par L.C. 2004, ch. 24, art. 3] et le paragraphe 383(3)). Quand le Parlement a voulu que le Directeur fasse affaires avec d'autres membres du parti que leur chef, il l'a dit expressément (voir, par exemple, le paragraphe 401(2) de la Loi, sur lequel je reviendrai).

[29] La demande de fusion est ensuite assortie « d'une résolution de chaque parti fusionnant autorisant la fusion ». Nous savons, ici, que le chef du parti PC a qualifié de « résolution autorisant la fusion » celle qu'il joignait à sa demande. Tout comme le juge Juriensz, en Cour supérieure de justice de l'Ontario, je suis d'avis que [TRADUCTION] « [l']entente, lue dans son intégralité, envisage clairement la fusion du parti PC et de l'Alliance canadienne pour former un nouveau parti, le Parti conservateur du Canada, lequel "assumera l'ensemble des droits, obligations, éléments d'actif et dettes du parti PC et de l'Alliance" » (au paragraphe 12). Le directeur, dont on doit supposer qu'il suit de très près la vie politique canadienne, pouvait aisément se satisfaire, à la lecture du document, que celui-ci était ce que le chef du parti disait qu'il était, soit une résolution autorisant la fusion.

#### L'obligation de donner droit de parole aux opposants

[30] Il est certain qu'en général la Loi n'impose au directeur, avant de prendre une décision, aucune obligation de consulter les membres du parti autres que ceux que la Loi peut prévoir ou, pour reprendre l'expression du juge Pratte dans *Hamel c. Union Populaire*, [1980] 2 C.F. 599 (C.A.), à la page 604, aucune obligation de donner aux opposants « une chance de s'expliquer ».

[31] Non seulement la Loi est-elle ainsi faite que le directeur puisse prendre ses décisions sur la foi des renseignements reçus, mais aussi s'assure-t-elle que ses décisions se prennent, règle générale, sur la foi des seuls renseignements qu'il a reçus des seules personnes autorisées à, ou priées de, les lui transmettre, sans que quiconque d'autre puisse réclamer un droit de parole.

[32] When Parliament intended for people to be consulted before a decision is made, it did so specifically, as in section 389, which states that the Chief Electoral Officer shall not deregister a party unless the party and its leaders have had a chance to explain themselves. The same applies in section 403.21 [as enacted by S.C. 2003, s. 19, s. 23], in cases of deregistration of electoral district associations.

[33] However, there is no such obligation in the sections of the Act that deal with mergers of registered parties.

[34] The appellant claims, however, that when Parliament introduced the merger application procedure in the Act, it implicitly created a consultation obligation when it imposed the obligation in subsection 401(2) on the Chief Electoral Officer to “notify the officers of the merging parties in writing whether the registry of parties is to be amended under subsection (1)” (emphasis added).

[35] This claim cannot be sustained.

[36] The French text of subsection 401(2) is clear. The words, “*Il notifie par écrit . . . la modification ou non du registre*” are in no way ambiguous. The text is not elegant but it is clear: the Chief Electoral Officer’s decision on the merger application has already been made and the Chief Electoral Officer shall advise the leaders of the parties of his decision, which is either for or against the merger.

[37] The English text is ambiguous. At first, it seems to assume that the decision is not yet made: “The Chief Electoral Officer shall notify . . . whether the registry of parties is to be amended.”

[38] One of the rules in interpreting bilingual legislation is that “[i]f there is an ambiguity in one version but not the other, the two versions must be reconciled, that is, we must look for the meaning that is common to both versions . . . The common meaning is the version that is plain and not ambiguous” (*R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraphs 28 *et seq.*). (See also, *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada*

[32] Quand le Parlement a voulu que des personnes soient consultées avant la prise d’une décision, il l’a dit expressément, comme à l’article 389 qui prescrit que le directeur ne peut radier un parti à moins que le parti et ses dirigeants n’aient eu la chance de s’expliquer. Il en va de même, à l’article 403.21 [édicte par L.C. 2003, ch. 19, art. 23], dans le cas de radiation d’une association de circonscription.

[33] Or, il n’existe aucune telle obligation dans ces articles de la Loi qui traitent de la fusion de partis enregistrés.

[34] L’appelant prétend cependant que le Parlement, lorsqu’il a introduit dans la Loi la procédure de demande de fusion, a implicitement créé une obligation de consultation lorsqu’il a imposé au directeur, au paragraphe 401(2), l’obligation de « *notify the officers of the merging parties in writing whether the registry of parties is to be amended under subsection(1)* » (mon soulignement).

[35] Cette prétention ne saurait tenir.

[36] Le texte français du paragraphe 401(2) est clair. Les mots « *Il notifie par écrit [ . . . ] la modification ou non du registre* » ne souffrent d’aucune ambiguïté. Le texte n’est pas élégant, mais il est clair : la décision du directeur sur la demande de fusion est déjà prise et le directeur doit aviser les dirigeants des partis de sa décision, que celle-ci soit ou non favorable à la fusion.

[37] Le texte anglais est ambigu. À première lecture, il suppose que la décision n’est pas encore prise : « *The Chief Electoral Officer shall notify [ . . . ] whether the registry of parties is to be amended* ».

[38] Une des règles en matière d’interprétation des lois bilingues veut que « [s]’il y a ambiguïté dans une version de la disposition et pas dans l’autre, il faut tenter de concilier les deux versions, c’est-à-dire chercher le sens qui est commun aux deux versions [ . . . ] Le sens commun favorisera la version qui n’est pas ambiguë, la version qui est claire » (*R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, au paragraphe 28 *et seq.*). (Voir, aussi, *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigra-*



(*Minister of Citizenship and Immigration*), [2005] 2 S.C.R. 539, at paragraph 25).

[39] It seems to me that the two versions can be reconciled simply by acknowledging that the English text implicitly includes the words “or not” in the expression “whether”, in which case the text could be read as, “whether the registry . . . is to be amended or not.” It is hard to imagine that the Chief Electoral Officer would only need to advise the leaders of his decision if it is in favour of the merger. Read and understood this way, the English text, as the French text, indicates that the decision has already been made.

[40] It must be noted that the notice required in subsection 401(2) is not of the decision itself, but rather of its registration, which, again, presupposes that the decision has been made and the subject of the notice is merely to inform the leaders of the content of the decision, which, if in favour of the merger, must be registered and takes effect only upon registration.

[41] Moreover, the interpretation proposed by the appellant is incompatible with the power of decision conferred on the Chief Electoral Officer by subsection 401(1): the Chief Electoral Officer, as soon as he is convinced that the application conditions of this subsection have been met, “shall amend the registry of parties by replacing the names of the merging parties with the name of the merged party.” (Do we need a reminder that the use of the present tense, “*substitut*” in French corresponds, according to the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], to the term “shall” in the English text?) In short, the Chief Electoral Officer decides whether to authorize the merger, and once the decision is made, he transmits it to the leaders of the party. It would be strange, to say the least, if Parliament’s words, “is to be amended,” were intended to grant objectors the right to be consulted after the decision had been validly made without consultations.

Legal obligation to wait 30 days  
before granting a merger application

[42] The Chief Electoral Officer, in this case, accepted the merger application on the same day it was

*tion*); *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, au paragraphe 25.)

[39] Les deux versions me semblent conciliables pour peu qu’on accepte que le texte anglais contienne implicitement dans l’expression « *whether* », les mots « *or not* », auquel cas le texte pourrait se comprendre comme s’il disait « *whether the registry [ . . . ] is to be amended or not* ». On conçoit mal que le directeur n’ait à aviser les dirigeants de sa décision que si celle-ci est favorable à la fusion. Ainsi lu et compris, le texte anglais, comme le texte français, indiquent que la décision est déjà prise.

[40] Entre autres il faut bien comprendre que l’avis exigé au paragraphe 401(2) ne vise pas la décision comme telle, mais plutôt son enregistrement, ce qui, encore une fois, suppose que la décision a été prise et que l’objet de l’avis est simplement d’informer les dirigeants de la teneur de la décision, laquelle, si elle était favorable à la fusion, doit être enregistrée et n’a d’effet qu’à compter de son enregistrement.

[41] De plus, la lecture que propose l’appelant est incompatible avec le pouvoir de décision que le paragraphe 401(1) confère au directeur : ce dernier, dès lors qu’il est convaincu que les conditions d’application dudit paragraphe sont remplies, « substitue, dans le registre des partis, le nom du parti issu de la fusion ». (Est-il nécessaire de rappeler que l’emploi du temps présent, « substitue », en français, correspond selon la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] au terme « *shall* » que l’on retrouve dans le texte anglais?) Bref, le Directeur décide d’autoriser ou non la fusion, et dès lors que sa décision est prise, il la transmet aux dirigeants du parti. Il serait à tout le moins curieux que le Parlement ait voulu, par les mots « *is to be amended* », conférer aux militants, une fois la décision valablement prise sans consultation, le droit d’être consultés.

L’obligation légale d’attendre 30 jours  
avant d’accéder à une demande de fusion

[42] Le directeur, en l’espèce, a accepté la demande de fusion le jour même où elle lui avait été faite. La juge

filed. Justice Heneghan found that there was an error of law. I agree with her.

[43] Subsection 400(1) of the Act defines a period of time during which no merger application can be filed, namely, “the period beginning 30 days before the issue of a writ for an election and ending on polling day.” In practice, since elections are generally held 36 days following the issue of the writ, under section 57 [as am. by S.C. 2001, c. 21, s. 5] of the Act, this subsection means a merger application generally cannot be presented in the 66 days preceding a vote. (I must specify that the debate before us deals with the theory of a general election; I am not to decide whether the prescribed timeframe also applies in cases of partial elections.)

[44] Moreover, under paragraph 401(1)(a), the Chief Electoral Officer cannot authorize a merger “if the application for the merger was . . . made in the period referred to in subsection 400(1).”

[45] This method for establishing a prohibition period is troublesome, in so much as the starting point comes 30 days prior to an event (issue of a writ) for which the time it will occur, if at all, is unknown at the time the application is filed. And since the date of the issue of the writ is a secret the Prime Minister guards very closely until the very last minute, no one can predict it—not even the Chief Electoral Officer (despite his open claim at the hearing that the only purpose of the delay of 30 days prior to an election being called was so he would not have additional concerns while preparing for an election, the date of which he would have sensed in advance).

[46] A merger application that would have been filed 30 days prior to the issue of the writ would become inadmissible *ex post facto*. However, the only way the Chief Electoral Officer can ensure that when he accepts a merger application it is not during the 30 days prior to the issue of a writ is to not accept any applications until the 30 days have expired. This, in my opinion, is the only possible interpretation of these texts.

[47] The parties did not submit any extracts from any parliamentary debates that might help us. Personally, I

Heneghan a conclu que c'était là une erreur de droit. Je suis d'accord avec elle.

[43] Le paragraphe 400(1) de la Loi définit une période de temps pendant laquelle aucune demande de fusion ne peut être présentée, soit celle « commençant trente jours avant la délivrance du bref pour une élection et se terminant le jour du scrutin ». En pratique, puisqu'une élection se tient généralement, selon l'article 57 [mod. par L.C. 2001, ch. 21, art. 5] de la Loi, 36 jours après la délivrance du bref, ce paragraphe signifie qu'une demande de fusion n'est généralement pas présentable dans les 66 jours qui précèdent la tenue du scrutin. (Je précise que le débat devant nous a porté sur l'hypothèse d'une élection générale; je n'ai pas à décider, ici, si le délai prescrit vaut également dans le cas d'une élection partielle.)

[44] L'alinéa 401(1)a prescrit par ailleurs que le directeur ne peut autoriser une fusion « si la demande de fusion [. . .] est [. . .] présentée pendant la période mentionnée au paragraphe 400(1) ».

[45] Cette façon d'établir une période d'interdiction est problématique, dans la mesure où son point de départ précède de 30 jours un événement (la délivrance du bref) dont on ignore au moment où la demande est présentée si et quand il surviendra. Et comme la date de la délivrance du bref est un secret que le premier ministre garde jalousement jusqu'au tout dernier instant, nul ne peut la prédire à l'avance, pas même le directeur (en dépit de sa prétention gratuite à l'audience, que le délai de 30 jours avant le déclenchement des élections avait pour seul but de lui éviter des soucis additionnels alors qu'il s'affaire aux préparatifs d'une élection dont il aurait pressenti la date).

[46] Une demande de fusion qui aurait été déposée 30 jours avant la délivrance du bref deviendra *ex post facto* irrecevable. Or, la seule façon pour le directeur de s'assurer, lorsqu'il accueille une demande de fusion, qu'elle n'a pas été présentée dans les 30 jours précédant la délivrance du bref, est de ne l'accueillir qu'une fois ce délai de 30 jours expiré. C'est là, me semble-t-il, la seule interprétation possible de ces textes.

[47] Les parties ne nous ont soumis aucun extrait de débats parlementaires qui aurait pu nous éclairer. Je

see a valid goal that Parliament might have been seeking by imposing such a prohibition period: to ensure that electors, on the verge and in the heat of an election campaign, are not thrown off balance by the sudden disappearance of two parties with which they were familiar and the sudden arrival of a new party. Added to this, of course, are the practical problems the party created by the merger, as well as the Chief Electoral Officer himself, would suddenly face at the last minute (see, for example, section 42 of the Act, which sets out a special procedure for appointing revising agents, deputy returning officers, poll clerks and registration officers at the start of an election campaign when there has been a merger of registered parties). This political stability consideration is consistent with the consideration of “preserving the integrity of the electoral process,” set out by the Supreme Court of Canada in *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, at paragraph 72.

[48] This 30-day delay does not perhaps solve every problem, but thankfully it is not up to me to find a miracle solution. I will therefore be happy with an interpretation that is in keeping with the terms of the Act and, in my opinion, minimizes the risks of political instability in pre-election periods. On this subject, regard may be had to section 370 [as am. by S.C. 2004, c. 24, s. 5] of the Act, under which it appears that a new party that files a registration application in the 60 days preceding the issue of a writ for election, will only be registered for the following election.

[49] I therefore find that the only interpretation that would give a concrete meaning to the texts in question is the one that requires the Chief Electoral Officer to let 30 days expire once the merger application is received before accepting it. If this was not Parliament’s intention, it is free to correct our vision with a more specific legislative text.

Exercising discretionary  
power for judicial review

[50] Justice Heneghan refused to grant the relief sought despite the fact that the Chief Electoral Officer,

vois, pour ma part, un objectif valable que le Parlement a peut-être voulu rechercher en imposant une telle période d’interdiction : s’assurer que les électeurs, au seuil puis au cœur d’une campagne électorale, ne soient pas déstabilisés par la disparition soudaine de deux partis avec lesquels ils étaient familiers et l’arrivée subite d’un nouveau parti. S’ajoutent à cela, bien sûr, les difficultés d’ordre pratique auxquelles seraient subitement confrontés au dernier instant le parti issu de la fusion aussi bien que le directeur lui-même (voir, par exemple, l’article 42 de la Loi qui prescrit une procédure spéciale pour la nomination d’agents réviseurs, de scrutateurs, de greffiers de scrutin et d’agents d’inscription, en tout début de campagne électorale, lorsqu’il y a eu fusion de partis enregistrés). Cette considération de stabilité politique n’est pas étrangère à « la protection de l’intégrité du processus électoral » dont fait état la Cour suprême du Canada dans *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, au paragraphe 72.

[48] Cette exigence d’un délai de 30 jours ne règle peut-être pas tous les problèmes, mais il ne m’appartient pas, heureusement, de trouver une solution miracle. Aussi me contenterai-je d’une interprétation qui, fidèle aux termes de la Loi, me paraît minimiser les risques d’une instabilité politique en période pré-électorale. Je note à cet égard la présence de l’article 370 [mod. par L.C. 2004, ch. 24, art. 5] de la Loi, en vertu duquel il appert qu’un nouveau parti qui aurait déposé sa demande d’enregistrement dans les 60 jours précédant la délivrance d’un bref d’élection, ne serait enregistré que pour l’élection suivante.

[49] J’en viens donc à la conclusion que la seule interprétation qui vienne donner un sens concret aux textes en litige est celle qui veut que le directeur doive laisser s’écouler 30 jours, une fois une demande de fusion reçue, avant de l’accueillir. Si telle n’était pas l’intention du Parlement, il lui sera loisible de rectifier notre tir par un texte de loi plus précis.

L’exercice discrétionnaire du  
pouvoir de contrôle judiciaire

[50] La juge Heneghan a refusé d’accorder les réparations demandées en dépit du fait que le directeur,

by not waiting 30 days before making his decision, violated the *Canada Elections Act*. Taking judicial notice of the fact that no writ ordering an election was issued in the 30 days following the merger application, she found, at paragraph 118 of her reasons:

In the result, the CEO's action in immediately amending the registry of parties, although contrary to my interpretation of the Act, had no material effect. In the exercise of my discretion, I decline to grant the relief sought.

[51] Justice Heneghan, in my opinion, judiciously exercised the discretion inherent to the power for judicial review. The existence of this discretion is based both on the text of subsection 18.1(3) [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. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] under which the "Federal Court may" [emphasis added] quash the decision of a federal board, commission or tribunal, and on the principles associated with traditional prerogative writs. In this regard, it would be appropriate to return to this long excerpt from Justice Hugessen's reasons in *Schaaf v. Minister of Employment and Immigration*, [1984] 2 F.C. 334 (C.A.), at pages 342-344, which summarize the basis of this discretion best, with the adaptations required by the new, more explicit formulation of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26]:

In my view, nothing in the words used makes them other than attributive of jurisdiction. They create the power in the Court to set aside decisions which offend in one of the stated ways but do not impose a duty to do so in every case.

This appears also, I would suggest, from the wording of section 52, which describes the dispositions which are open to the Court on a section 28 application. The opening words are: "The Court of Appeal may. . ." They are clearly permissive and nowhere is there a suggestion that the Court must act whenever it finds an error of law.

This is not to say that the Court is entitled to decline to exercise the jurisdiction which is given to it by sections 28 and 52, but simply that there is nothing in the language of the statute obliging the Court to grant the remedy sought where it is inappropriate to do so. While it can no doubt be argued that

en n'attendant pas 30 jours avant de rendre sa décision, avait violé la *Loi électorale du Canada*. Prenant connaissance d'office du fait qu'aucun bref ordonnant la tenue d'une élection n'avait été délivré dans les 30 jours de la demande de fusion, elle a conclu en ces termes, au paragraphe 118 de ses motifs :

La mesure qu'a prise le DGE en modifiant sans attendre le registre des partis politiques ne tire donc pas à conséquence et ce, même si elle est contraire à l'interprétation que je fais de la Loi. Exerçant le pouvoir discrétionnaire qui m'a été conféré, je refuse d'accorder les réparations demandées.

[51] La juge Heneghan, à mon avis, a exercé judiciairement la discrétion inhérente au pouvoir de contrôle judiciaire. L'existence de cette discrétion s'appuie autant sur le texte même du paragraphe 18.1(3) [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. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] en vertu duquel « la Cour fédérale peut » annuler la décision d'un office fédéral, que sur les principes associés aux brefs de prérogative traditionnels. Il y a lieu, à cet égard, de tirer de l'ombre ce long extrait des motifs du juge Hugessen dans *Schaaf c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1984] 2 C.F. 334 (C.A.), aux pages 342 à 344, qui résumément on ne peut mieux, avec les adaptations nécessaires requises par la nouvelle formulation, plus explicite, de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26], les fondements de cette discrétion :

À mon avis, il s'agit là de rien d'autre qu'une disposition attributive de compétence. Elle confère à la Cour le pouvoir d'annuler les décisions entachées de l'un des vices mentionnés, sans pour autant lui imposer l'obligation de le faire dans chaque cas.

C'est ce qui se dégage aussi, d'après moi, de la formulation de l'article 52 qui énonce les possibilités qui s'offrent à la Cour dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 28. L'article 52 débute de la façon suivante : « La Cour d'appel peut . . . » Ces mots créent manifestement une faculté et rien n'indique que la Cour est tenue d'agir chaque fois qu'elle conclut à l'existence d'une erreur de droit.

Ce n'est pas là dire que la Cour peut refuser d'exercer la compétence que lui attribuent les articles 28 et 52; c'est simplement que les termes de la Loi ne l'obligent pas à accorder le redressement sollicité s'il n'y a pas lieu de le faire. On peut sans doute prétendre que la Loi confère certains droits

the statute creates certain rights for the litigant, it does so by granting powers to the Court and the latter must remain the master of whether or not they are to be exercised in any particular case.

Any other view would, it seems to me, lead to absurdities which could not have been in the contemplation of the Legislature. This case provides a good example: I have characterised as an error in law the Adjudicator's view that Mr. Schaaf's admission of the facts alleged against him was not evidence which he was entitled to take into account. If this had been the only error and if the Adjudicator, after hearing the testimony offered by the Case Presenting Officer, had, in compliance with sections 32 and 34 of the Regulations, given an opportunity to Mr. Schaaf and his counsel to lead evidence and make submissions, it could not seriously be argued that the decision would have to be set aside because of such error. The situation does not change, in my opinion, because other errors equally inconsequential are added to the first. Individually and cumulatively they can have had no effect upon the outcome of the inquiry. In the language of paragraph 28(1)(b), they are not errors committed "in making" the decision.

The same result can also be arrived at by a somewhat different process of reasoning which I find equally appealing. Briefly it is that the remedy provided by section 28 of the *Federal Court Act* cannot be treated as if it existed in a vacuum and had sprung full-blown and newly invented from the mind of Parliament. Section 28, by its very terms, must be read in tandem with section 18, which deals with the traditional prerogative writs, including *certiorari* and *mandamus*. Much of the language of section 28 (and some would say this is its principal defect) is the language developed by the cases with regard to those writs. In the light of the majority decision of the Supreme Court of Canada in the case of *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, it is not open in this Court to dispute that the writs of *certiorari* and *mandamus* are discretionary remedies at least as regards questions of procedural fairness. Even in those jurisdictions where the old procedure of the prerogative writs has been wholly or partly codified (see, for instance, Ontario, *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1980, chapter 224; Quebec, *Code of Civil Procedure*, article 846), the remedy has remained discretionary: *Quinn (T.E.) Truck Lines Ltd. v. Snow*, [1981] 2 S.C.R. 657; so also under section 18 of the *Federal Court Act*, where the remedy sought was not a prerogative writ but "its modern equivalent, the motion to quash" (see *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. A.G. of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739, at page 749). In my view, the same considerations which have led the courts to hold these remedies to be discretionary apply with equal force to the recourse under section 28 of the *Federal Court Act*. A proper exercise of that discretion in the present case must lead to a

au requérant, mais elle le fait par l'attribution de pouvoirs à la Cour et il appartient exclusivement à celle-ci de déterminer si, dans un cas d'espèce, ces pouvoirs doivent être exercés.

Tout autre point de vue, à ce qu'il me semble, mènerait à des absurdités qui n'ont pu être dans les intentions du législateur [...]. À mon avis, la situation ne change pas du fait que d'autres erreurs, tout aussi insignifiantes, viennent s'ajouter à la première. Qu'on les prenne séparément ou ensemble, elles n'ont pu avoir aucune incidence sur l'issue de l'enquête. Pour reprendre les termes de l'alinéa 28(1)b), ce ne sont pas des erreurs commises lorsqu'on « a rendu » la décision.

On peut arriver à la même conclusion par un raisonnement légèrement différent que j'estime tout aussi valable. En bref, selon ce raisonnement, le recours prévu par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut être considéré comme tout à fait nouveau, ayant reçu sa pleine ampleur dès que le législateur l'a tiré du néant. Le texte même de l'article 28 exige qu'on le rapproche de l'article 18 qui porte sur les brefs de prérogative traditionnels, notamment le *certiorari* et le *mandamus*. L'article 28 reprend en grande partie (et certains diraient que c'est là son principal défaut) les formules employées dans la jurisprudence afférente à ces brefs. Compte tenu de l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, rendu par la Cour suprême du Canada à la majorité, il doit être tenu pour avéré en cette Cour, du moins en ce qui a trait aux questions d'équité en matière de procédure, que les brefs de *certiorari* et de *mandamus* sont des recours discrétionnaires. Même dans les ressorts où il y a eu codification en totalité ou en partie de l'ancienne procédure des brefs de prérogative (voir, par exemple, *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1980, chapitre 224, de l'Ontario; *Code de procédure civile* du Québec, article 846), le recours conserve son caractère discrétionnaire : *Quinn (T.E.) Truck Lines Ltd. c. Snow*, [1981] 2 R.C.S. 657; c'est le cas aussi de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu'on demande non pas un bref de prérogative mais son équivalent moderne, soit « la requête en annulation » (voir *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Le Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, à la page 749). Selon moi, les considérations qui ont amené les cours à conclure au caractère discrétionnaire de ces recours s'appliquent de la même façon au recours prévu

refusal of the remedy sought on the ground that the error invoked is a simple procedural irregularity of no consequence.

[52] It is not uncommon that a court, in its discretion, refuses to quash a decision made unlawfully. Although the absence of prejudice is the reason most often cited, it is not the only one; the extent of the consequences, for example, could be another reason as valid as the lack of consequences. (See *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, at pages 228-229 (“remedies . . . are impractical”); *Canadian Cable Television Assn. v. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 F.C. 626 (C.A.); *Nooshinravan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 598; *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410 (C.A.), at page 440); *Devinat v. Canada (Immigration and Refugee Board)*, [2000] 2 F.C. 212 (C.A.), at paragraph 71 *et seq.*).

#### Reconsideration Decision

[53] Given the conclusion at which I have arrived, it is not necessary to deal with the application for judicial review of the December 17, 2003 decision, in which the Chief Electoral Officer dismissed the reconsideration request.

#### COSTS

[54] By cross-appeal, the respondent claimed the Judge erred by imposing costs against it, since it was successful in its challenge of the appellant’s application for judicial review.

[55] To justify this somewhat unusual order, the Judge stated that the appellant had “raised a valid question.” I understand from this that she granted costs in favour of the appellant against the respondent because the appellant was successful in its claim that the Chief Electoral Officer’s decision was unlawful and the reason the respondent, in the end, succeeded, was that the Court, in its discretion, refused to grant the remedies sought.

par l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L’exercice légitime de ce pouvoir discrétionnaire en l’espèce entraînera inévitablement le refus du recours sollicité pour le motif que l’erreur invoquée n’est qu’une irrégularité de procédure qui ne tire pas à conséquence.

[52] Il n’est d’ailleurs pas rare qu’une cour, dans sa discrétion, refuse d’annuler une décision pourtant prise illégalement. Bien que l’absence de préjudice soit le motif le plus souvent invoqué, ce n’est pas le seul qui puisse l’être et l’énormité des conséquences, par exemple, peut être un motif aussi valable que l’absence de conséquences. (Voir *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202, aux pages 228 et 229 (« redressements [. . .] peu réalistes »); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. American College Sports Collective of Canada, Inc.*, [1991] 3 C.F. 626 (C.A.); *Nooshinravan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 598; *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.), à la page 440); *Devinat c. Canada (Commission de l’immigration et du statut de réfugié)*, [2000] 2 C.F. 212 (C.A.), aux paragraphes 71 et ss.)

#### Décision de réexamen

[53] Vu la conclusion à laquelle j’en arrive, il n’est pas nécessaire de traiter de la demande de contrôle judiciaire de la décision du 17 décembre 2003 dans laquelle le directeur rejetait la demande de réexamen.

#### LES DÉPENS

[54] L’intimé, par appel incident, soutient que la juge a erré en lui imposant le paiement de dépens puisqu’il avait eu gain de cause dans sa contestation de la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appelant.

[55] Pour motiver cette ordonnance quelque peu inusitée, la juge a précisé que l’appelant avait « soulevé une question valable ». Je comprends de ces termes qu’elle a accordé les dépens à l’appelant contre l’intimé parce que l’appelant avait eu gain de cause dans sa prétention selon laquelle la décision du directeur était illégale et parce que l’intimé, au fond, ne sortait gagnant de l’exercice que parce que la Cour, dans sa discrétion, avait refusé d’accorder les réparations demandées.

[56] The Court “shall have full discretionary power over . . . costs and the determination of by whom they are to be paid” (subsection 400(1) [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]). Perhaps contrary to other jurisdictions, the *Federal Courts Rules* list, at subsection 400(3), a series of factors a judge may rely on in exercising this discretion. The list is not exhaustive and the Federal Court of Appeal will not intervene in a cost award except in rare instances, where the judge is clearly misdirected in law, considered non-relevant elements or did not justify a decision that is clearly contrary to the practice generally followed.

[57] In this case, I do not believe there is reason to intervene. The appellant clarified, in the sense he proposed, a public interest legislative provision and his application was well founded. As Lord Justice Buckley noted in *Scherer v. Counting Instruments Ltd.*, [1986] 2 All E.R. 529 (C.A.), at page 536:

If a party invokes the jurisdiction of the court to grant him some discretionary relief and establishes the basic grounds therefor but the relief sought is denied in the exercise of discretion . . . the opposing party may properly be ordered to pay his costs.

[58] As a result, I would dismiss the cross-appeal and confirm the Justice’s order regarding costs.

[59] As for costs in this Court, they would not have been granted against the Chief Electoral Officer regardless of the outcome of the appeal. The Chief Electoral Officer is not a party to the proceedings and acted only as intervener when leave to do so was granted by order of the Federal Court on April 28, 2004. It is not customary to impose costs on the federal board, commission or tribunal whose decision is being challenged, unless the order allowing the intervention so specifies—which is not the case—or in exceptional circumstances—such as misconduct or abuse of procedure—which are not present in this case.

[56] La Cour a « le pouvoir discrétionnaire [. . .] de désigner les personnes qui doivent les payer » (paragraphe 400(1) [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, article 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]). Contrairement, peut-être, à d’autres juridictions, les *Règles des Cours fédérales* énumèrent, au paragraphe 400(3), une série de facteurs dont un juge peut s’inspirer pour exercer sa discrétion. Cette liste n’est pas exhaustive et la Cour d’appel fédérale n’interviendra dans l’adjudication des dépens qu’en de rares occasions, là où le juge s’est clairement mal dirigé en droit, a tenu compte de considérations non-pertinentes ou n’a pas motivé une décision qui, à sa face même, est contraire à la pratique généralement suivie.

[57] En l’espèce, je ne crois pas qu’il y ait matière à intervention. L’appelant a fait clarifier, dans le sens qu’il proposait, une disposition législative d’intérêt public et sa demande était bien fondée. Ainsi que le note le lord juge Buckley, dans *Scherer v. Counting Instruments Ltd.*, [1986] 2 All E.R. 529 (C.A.), à la page 536 :

[TRADUCTION] Si une partie invoque la compétence de la Cour pour lui accorder un redressement discrétionnaire et qu’elle en établit les justifications fondamentales, mais que le redressement demandé est refusé lors de l’exercice du pouvoir discrétionnaire [. . .] il peut à bon droit être ordonné à la partie adverse de payer ses dépens.

[58] Je rejetterais en conséquence l’appel incident et confirmerais l’ordonnance de la juge relativement aux dépens.

[59] En ce qui a trait aux dépens en cette Cour, ils n’auraient pas été accordés, quelle que fut l’issue de l’appel, à l’encontre du directeur général des élections. Ce dernier n’est pas partie aux procédures et n’a agi qu’en qualité d’intervenant depuis que cette qualité lui a été reconnue par une ordonnance de la Cour fédérale datée du 28 avril 2004. Il n’est pas coutume d’imposer des dépens à l’office fédéral dont la décision est attaquée, à moins que l’ordonnance accueillant l’intervention ne le précise—ce qui n’est pas le cas—ou à moins de circonstances exceptionnelles—telles l’inconduite ou l’abus de procédure—qui ne se retrouvent pas en l’espèce.

[60] However, the respondent must have its costs against the appellant. The respondent was successful in appeal and the appellant can no longer use the ground of public interest or the ground of his success in trial Court before us. He chose not to be satisfied with the judgment rendered against him and all his grounds of appeal are dismissed: he must therefore assume the risks of an unsuccessful appeal.

#### ORDER

[61] I would dismiss the appeal and order the appellant to pay the respondent costs in this Court.

[62] I would dismiss the cross-appeal of the respondent with costs in favour of the appellant.

LINDEN J.A.: I concur.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

[60] L'intimé, par contre, devrait avoir droit à ses dépens contre l'appellant. Il a eu gain de cause en appel et l'appellant ne peut plus invoquer devant nous le motif de l'intérêt public non plus que le motif de son succès sur le fond en première instance. Il a choisi de ne pas se satisfaire du jugement rendu contre lui et tous ses motifs d'appel sont rejetés : il doit dès lors assumer les risques d'un appel infructueux.

#### DISPOSITIF

[61] Je rejetterais l'appel et ordonnerais à l'appellant de payer à l'intimé les dépens en cette Cour.

[62] Je rejetterais l'appel incident de l'intimé avec dépens en faveur de l'appellant.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.



A-160-04  
2005 FCA 236

A-160-04  
2005 CAF 236

**Ronald Brescia, Rosa Carroll, Debra Jolicoeur and Terrence Matson** (*Appellants*)

**Ronald Brescia, Rosa Carroll, Debra Jolicoeur et Terrence Matson** (*appelants*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada as represented by Treasury Board and The Canadian Grain Commission** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Conseil du Trésor et la Commission canadienne des grains** (*intimées*)

*INDEXED AS: BRESZIA v. CANADA (TREASURY BOARD) (F.C.A.)*

*RÉPERTORIÉ : BRESZIA c. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (C.A.F.)*

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Pelletier J.J.A.—Ottawa, March 8 and June 17, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 8 mars et 17 juin 2005.

*Public Service — Labour Relations — Appeal from Federal Court's dismissal of judicial review of rejection of appellants' grievance against Canadian Grain Commission decision placing them on unpaid off-duty status — Appellants placed on such status following Canadian Wheat Board decision not to ship grain by rail through Thunder Bay in winter 2000 — Appellants called back to work on basis of alphabetical order — Public Service Employment Act (PSEA), s. 29 dealing with lay-offs, but not off-duty status — Here, Commission not acting under PSEA as appellants' employment not terminated — Off-duty status not lay-off, recall to work not appointment — As off-duty status outside reach of PSEA, merit principle not applicable — Placing of employees on off-duty status without pay falling within Treasury Board's (and its delegates, such as Commission) powers in respect of personnel management pursuant to Financial Administration Act — Appeal dismissed (Pelletier J.A. dissenting).*

*Fonction publique — Relations du travail — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants en ce qui concerne le rejet du grief qu'ils avaient déposé à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des grains de les mettre en situation d'inactivité, sans rémunération — Les appelants ont été mis en situation d'inactivité par suite d'une décision de la Commission canadienne du blé de ne pas expédier de grains par rail en passant par Thunder Bay au cours de l'hiver 2000 — Les appelants ont été rappelés au travail selon l'ordre alphabétique de leurs noms — L'art. 29 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP) traite des mises en disponibilité mais non des situations d'inactivité — En l'espèce, la Commission canadienne des grains n'a pas agi sous le régime de la LEFP étant donné qu'il ne s'agissait pas de cessations d'emploi — Les situations d'inactivité n'équivalent pas à des mises en disponibilité et les rappels ne constituent pas des nominations — Étant donné que les situations d'inactivité ne sont pas visées par la LEFP, le principe du mérite ne s'applique pas — La décision de mettre des employés en situation d'inactivité sans rémunération relève du Conseil du Trésor (et de ses délégués, comme la Commission canadienne des grains) dans l'exercice des attributions que lui confère la Loi sur la gestion des finances publiques en matière de gestion du personnel — Appel rejeté (le juge Pelletier, J.C.A., dissident).*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review of the rejection of their grievance against the Canadian Grain Commission's decision to place them on "off-duty status" without pay.

Il s'agissait de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants en ce qui concerne le rejet du grief qu'ils ont déposé à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des grains de les mettre en situation d'inactivité sans rémunération.

The appellants, employees at the Commission's facility in Thunder Bay, were involved in the inspection and weighing of

Les appelants, des employés de l'installation de la Commission canadienne des grains située à Thunder Bay,

grain shipments as they are received into the terminals and as they are loaded out from the terminals onto ships. Because the St. Lawrence Seaway is closed for shipping during the winter months, the work available for the employees depends on the rail program that is announced by the Canadian Wheat Board. The Board decided not to ship grain by rail through Thunder Bay in the winter of 2000. As a result, the Commission placed 69 of its 89 operational non-seasonal indeterminate employees on "off-duty status," but the employees retained their status as employees. Concerning the return to work of these employees, the Commission rejected the reverse order of merit process and opted to call them back on the basis of alphabetical order.

The appellants argued that the respondents have no authority under the *Financial Administration Act* (FAA), the *Public Service Employment Act* (PSEA) or the *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA) to unilaterally place full-time indeterminate employees on "off-duty status" without pay.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Desjardins J.A.: The principal legislative authority for staffing in the Public Service is found in the PSEA and the *Public Service Employment Regulations* (PSE Regulations). Appointments are to be based on selection according to the merit principle which applies, *inter alia*, in the context of termination of employment (lay-off) due to lack of work. The merit principle does not apply where employment is terminated in the circumstances referred to in paragraph 11(2)(g.1) of the FAA. The PSE Regulations require lay-offs to be made in the reverse order of merit. The reverse order of merit does not apply when the services of all employees in similar positions of the same occupational group and level are no longer required. The merit principle, when it is excluded, is prescribed by statute.

The PSSRA sets out, *inter alia*, the framework for collective bargaining in the Public Service, but excludes several matters normally subject to bargaining in the private sector, such as lay-offs.

The FAA vests a number of general powers in the Treasury Board with respect to the organization and personnel management of the public service. In the case at bar, this authority has been delegated to the Commissioner of the Canadian Grain Commission. In functioning as "employer," as defined in the PSSRA, the Treasury Board may only exercise the authority given to it by Parliament under the

étaient chargés de l'inspection et du pesage des grains qui sont reçus aux terminaux et ensuite chargés à bord des navires. Étant donné que la Voie maritime du Saint-Laurent est fermée à la navigation durant les mois d'hiver, la charge de travail dépend du programme de transport ferroviaire établi par la Commission canadienne du blé, qui en l'espèce a décidé de ne pas expédier de grains par rail en passant par Thunder Bay au cours de l'hiver 2000. La Commission canadienne des grains a par conséquent mis 69 de ses 89 employés opérationnels, non saisonniers nommés pour une période indéterminée, en « situation d'inactivité » en maintenant leur statut d'employé. Pour ce qui est du rappel au travail de ces employés, la Commission canadienne des grains a écarté la possibilité d'appliquer l'ordre inverse du mérite et elle a procédé suivant l'ordre alphabétique des noms des employés.

Les appelants ont fait valoir que les intimées n'avaient pas le pouvoir, en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (LGFP), de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (LEFP) ou de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP) de mettre unilatéralement en « situation d'inactivité » sans rémunération des fonctionnaires à temps plein nommés pour une période indéterminée.

*Jugement* (le juge Pelletier, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

La juge Desjardins, J.C.A. : La LEFP et le *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique* (REFP) constituent le principal cadre législatif en matière de dotation en personnel dans la fonction publique. Les nominations se font sur la base du mérite, le principe du mérite étant notamment applicable en matière de cessations d'emploi (mise en disponibilité) faute de travail, mais non en ce qui concerne les cessations d'emploi visées à l'alinéa 11(2)g.1 de la LGFP. Suivant le REFP, les mises en disponibilité doivent s'effectuer par ordre inverse du mérite. L'ordre inverse du mérite ne s'applique pas lorsque les services de tous les employés occupant des postes similaires, appartenant aux mêmes groupe et niveau, ne sont plus requis. Les cas de non-application du principe du mérite sont prévus par la loi.

La LRTFP fixe notamment le cadre des négociations collectives dans la fonction publique, mais elle exclut plusieurs questions normalement assujetties à la négociation dans le secteur privé, dont les mises en disponibilité.

La LGFP attribue un certain nombre de pouvoirs au Conseil du Trésor relativement à l'organisation et à la gestion des ressources humaines de la fonction publique. En l'espèce, les attributions du Conseil du Trésor ont été déléguées au commissaire de la Commission canadienne des grains. À titre d'employeur, au sens de la LRTFP, le Conseil du Trésor ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont conférés par le

FAA. That authority does not extend to those matters addressed in the PSEA.

The term “off-duty status” is found nowhere in the PSEA, PSSRA and FAA. Instead, what is found is section 29 of the PSEA, which deals with lay-off. In *Attorney General of Canada v. Gray*, Pratte J. stated that although the expression “lay-off” does not necessarily imply a termination of employment, a public servant cannot be said to be laid off if his employment has not been terminated. And in that same case, Heald J. noted that the generally accepted definition of “lay-off” when used as a labour term is “[t]emporary, prolonged or final separation from employment as a result of lack of work.” In the case at bar, the Commission did not act under section 29 of the PSEA as the appellants’ employment was not terminated. They remained at all times employees of the Commission. The merit principle found in the PSEA thus did not apply since the off-duty status is not contemplated in that Act. Off-duty status is not a lay-off under the PSEA and the recall does not constitute an appointment.

The wide powers conferred on the Treasury Board and its delegates under paragraphs 7(1)(e) and 11(2)(a) of the FAA and clauses 6.01 and 25.01 of the applicable collective agreement are grants of authority which allowed the Commission to place the appellants on an off-duty status without pay. Specifically, the Treasury Board under paragraph 7(1)(e) is given authority over “personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed,” and under paragraph 11(2)(d), it may determine and regulate the pay, the hours of work and leave, and any matters related thereto (such as, for example, the procedure followed for the release and the recall of employees in the case at bar).

*Per Nadon J.A. (concurring):* “Off-duty status” is a temporary lay-off that does not constitute a “lay-off” within the meaning of section 29 of the PSEA. As a result, the power to place employees on “off-duty status” falls within the powers given to Treasury Board in respect of personnel management. There was no legal basis for concluding that the order in which the appellants were recalled to work was subject to the merit principle. Because “off-duty status” is outside the reach of the PSEA, the provisions of that Act could not be relied on to support the proposition that the recall of employees is subject to the merit principle.

*Per Pelletier J.A. (dissenting):* The placing of employees on off-duty status does not comply with the PSE Regulations. A careful reading of subsections 29(1) and (2) of the PSEA

Parlement aux termes de la LGFP. Ces pouvoirs ne s’étendent pas aux questions dont traite la LEFP.

La LEFP, la LRTFP et la LGFP ne font aucune mention des mots « situation d’inactivité ». On y trouve plutôt l’article 29 de la LEFP, qui traite de la mise en disponibilité. Dans *Procureur général du Canada c. Gray*, le juge Pratte a déclaré que bien que l’expression « mise en disponibilité » n’implique pas nécessairement une cessation d’emploi, un fonctionnaire ne peut être dit en disponibilité s’il n’est mis fin à son emploi. Dans le même arrêt, le juge Heald a noté que la définition généralement acceptée de « mise en disponibilité » dans le vocabulaire des relations de travail est « séparation provisoire, prolongée ou définitive de l’emploi par suite du manque de travail ». Dans la présente affaire, la Commission canadienne des grains n’a pas agi en vertu de l’article 29 de la LEFP étant donné qu’il n’y a pas eu cessation d’emploi. Les appelants sont demeurés en tout temps des employés de la Commission. Le principe du mérite énoncé dans la LEFP ne s’appliquait pas, car la loi n’envisage pas la situation d’inactivité. Il n’y a pas eu mise en disponibilité au sens de la LEFP et les rappels ne constituent pas des nominations.

Les pouvoirs étendus conférés au Conseil du Trésor et à ses délégués en vertu des alinéas 7(1)(e) et 11(2)(a) de la LGFP et des paragraphes 6.01 et 25.01 des conventions collectives applicables permettent à la Commission canadienne des grains de mettre les appelants en situation d’inactivité sans rémunération. En particulier, le Conseil du Trésor a, en vertu de l’alinéa 7(1)(e), le pouvoir d’agir à l’égard de la « gestion du personnel de l’administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d’emploi » et en vertu de l’alinéa 11(2)(d), il peut déterminer et réglementer les traitements, les horaires et les congés, ainsi que les questions connexes (comme, par exemple, la procédure suivie pour le renvoi et le rappel des employés dans la présente affaire).

*Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants):* La « situation d’inactivité » est une mise en disponibilité temporaire qui ne constitue pas une « mise en disponibilité » au sens de l’article 29 de la LEFP. En conséquence, le pouvoir de mettre des fonctionnaires en « situation d’inactivité » relève de la compétence du Conseil du Trésor en matière de gestion de personnel. Il n’existe aucun fondement légal permettant de conclure que le rappel des appelants était assujéti au principe du mérite. Étant donné que la « situation d’inactivité » ne tombe pas dans le champ d’application de la LEFP, on ne peut s’appuyer sur les dispositions de cette Loi pour soutenir la proposition que le rappel des fonctionnaires est assujéti au principe du mérite.

*Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident):* Mettre des employés en situation d’inactivité n’est pas conforme au REFP. La lecture attentive des paragraphes 29(1) et (2) de la LEFP mène

leads to the conclusion that while cessation of employment is a consequence of lay-off, it is not a condition of lay-off. Putting employees on no-work no-pay (i.e. off-duty) status would be treated as a lay-off in any other work environment. Cessation of employment flows from subsection 29(2) once there has been a lay-off. The operation of this subsection cannot be averted by purporting to continue a laid-off employee's employment.

à la conclusion que la cessation d'emploi n'est pas une condition de la mise en disponibilité, bien qu'elle en soit une conséquence. Mettre des employés en congé forcé sans rémunération (c.-à-d. en situation d'inactivité) serait incontestablement considéré comme une mise en disponibilité dans tout autre milieu de travail. Lorsqu'il y a une mise en disponibilité, il y a une cessation d'emploi en vertu du paragraphe 29(2). L'effet de ce paragraphe ne peut être évité en prétendant maintenir l'emploi d'un fonctionnaire mis en disponibilité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, ss. 10, 13.  
*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49(E)); 1998, c. 14, s. 103(F)), 8, 9 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 3), 10 (as am. *idem*, s. 50(F)); 1996, c. 18, s. 4), 11 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22; S.C. 1992, c. 54, s. 81; 1995, c. 44, s. 51; 1996, c. 18, s. 5; 1999, c. 31, s. 101(F)), 12 (as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 6), 13 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 50(F)).  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 2(1) "Public Service", 5 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 4), 10 (as am. *idem*, s. 10), 17(4)(a),(b),(c),(d), 21 (as am. *idem*, s. 16; 1996, c. 18, s. 15), 25, 28 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 18), 29 (as am. *idem*, s. 19; 1995, c. 17, s. 8; 1996, c. 18, s. 16), 30 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 20), 34.1 to 34.6 (as enacted *idem*, s. 22).  
*Public Service Employment Regulations, 1993*, SOR/93-286, s. 34(1) (as am. by SOR/97-142, s. 15(F); 97-352, s. 10(E)), (3) (as am. by SOR/97-142, s. 10).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 2(1) "employer", 7, 57(2), 69(3) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 57), 87(3) (as am. *idem*, s. 67), 91, Sch. I, II.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*P.S.A.C. v. Canada (Canadian Grain Commission)* (1986), 5 F.T.R. 51 (F.C.T.D.) (QL); *Attorney General of Canada v. Gray*, [1978] 1 F.C. 808; (1977), 18 N.R. 393 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2, 49(A); 1998, ch. 14, art. 103(F)), 8, 9 (mod., par L.C. 1991, ch. 24, art. 3), 10 (mod., *idem*, art. 50(F)); 1996, ch. 18, art. 4), 11 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1992, ch. 54, art. 81; 1995, ch. 44, art. 51; 1996, ch. 18, art. 5; 1999, ch. 31, art. 101(F)), 12 (mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 6), 13 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50(F)).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 2(1) « fonction publique », 5 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 4), 10 (mod., *idem*, art. 10), 17(4)a),b),c),d), 21 (mod., *idem*, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15), 25, 28 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 18), 29 (mod., *idem*, art. 19; 1995, ch. 17, art. 8; 1996, ch. 18, art. 16), 30 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 20), 34.1 à 34.6 (édictees, *idem*, art. 22).  
*Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, art. 10, 13.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2(1) « employeur », 7, 57(2), 69(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 57), 87(3) (mod., *idem*, art. 67), 91, ann. I, II.  
*Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)*, DORS/93-286, art. 34(1) (mod. par DORS/97-142, art. 15(F); 97-352, art. 10(A)), (3) (mod. par DORS/97-142, art. 10).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*A.F.P.C. c. Canada (Commission canadienne des grains)*, [1986] A.C.F. n° 498 (1<sup>er</sup> inst.) (QL); *Procureur général du Canada c. Gray*, [1978] 1 C.F. 808 (C.A.).

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Housen c. Nilolaisen*, [2002] 2 R.C.S.

48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20; *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; *Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3; (1999), 174 D.L.R. (4th) 588; 64 C.R.R. (2d) 189 (C.A.); *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734; (1994), 113 D.L.R. (4th) 295; 3 C.C.P.B. 194; 165 N.R. 101 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Tremblay* (1996), 208 N.R. 56 (F.C.A.); *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Jindal* (1998), 229 N.R. 212 (F.C.A.); *Tower v. M.N.R.*, [2004] 1 F.C.R. 183; (2003), 231 D.L.R. (4th) 318; [2003] 4 C.T.C. 263; 2003 FCA 307.

235; 2002 CSC 33; *Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.); *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Tremblay*, [1996] A.C.F. n° 1335 (C.A.) (QL); *Énergie atomique du Canada Ltée c. Jindal*, [1998] A.C.F. n° 847 (C.A.) (QL); *Tower c. M.R.N.*, [2004] 1 R.C.F. 183; 2003 CAF 307.

## AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board Secretariat. *Agreement between the Treasury Board and the Public Service Alliance of Canada. Group: Technical Services*, Expiry Date: 21 June 2007.  
Caron, Renée. *Employment Law in the Federal Public Service*, looseleaf. Aurora: Ont.: Canada Law Book, 2001.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2004), 247 F.T.R. 49; 2004 FC 277) dismissing the appellants' application for judicial review of the rejection of their grievance against the Canadian Grain Commission's decision to place them on off-duty status without pay. Appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

## APPEARANCES:

*Andrew J. Raven* for appellants.  
*Richard E. Fader* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

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

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

[1] DESJARDINS J.A.: The appellants represent approximately 75 percent of the full-time operational employees at the Canadian Grain Commission (the

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Convention entre le Conseil du Trésor et l'Alliance de la Fonction publique du Canada. Groupe : Services techniques*, date d'expiration : le 21 juin 2007.  
Caron, Renée. *Employment Law in the Federal Public Service*, looseleaf. Aurora : Ont. : Canada Law Book, 2001.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 277) rejetant la demande de contrôle judiciaire des appelants en ce qui concerne le rejet du grief qu'ils ont déposé à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des grains de les mettre en situation d'inactivité sans rémunération. Appel rejeté, le juge Pelletier, J.C.A. étant dissident.

## ONT COMPARU :

*Andrew J. Raven* pour les appelants.  
*Richard E. Fader* pour les intimées.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Raven, Allen, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP*, Ottawa, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimées.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Les appelants représentent environ 75 pour 100 des employés opérationnels à temps plein de l'installation de la

Commission) facility in Thunder Bay. They filed grievances, under section 91 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (the PSSRA), challenging the decision of the Commission to place them and their co-workers, without the employees' consent, on "off-duty status" without pay, for a period of up to three months, beginning January 10, 2000. They request that all monies and time lost during the "off-duty" period be reinstated to them.

[2] The Commission is the federal department responsible for establishing and maintaining standards of quality for Canadian grain as well as regulating grain handling in Canada, to ensure a dependable commodity for domestic and export markets (*Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, section 13).

[3] During the relevant time period, the Commission's Thunder Bay facility employed 105 full-time permanent, indeterminate, non-seasonal employees, of which 89 were operational employees.

[4] The tenure of employees of the Commission is in keeping with the legislative scheme governing federal public service employment. It covers indeterminate non-seasonal employees who are permanent full-time indeterminate employees employed continuously throughout the year. Among them are those who were placed on "off-duty status." The Commission also hires indeterminate seasonal employees who are permanent full-time indeterminate employees for the dates only on which the St. Lawrence Seaway is open. The Commission also hires term employees to fill in where there are increased volumes of grain being shipped through Thunder Bay.

[5] The Commission employees are involved in the inspection and weighing of grain shipments as they are received into the terminals and as they are loaded out

Commission canadienne des grains (la Commission) à Thunder Bay. En vertu de l'article 91 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 (la LRTFP), ils ont déposé des griefs pour contester la décision de la Commission de les mettre en « situation d'inactivité », eux et leurs collègues, sans le consentement des employés et sans paye, pour une période de trois mois ou moins à compter du 10 janvier 2000. Ils demandent le remboursement de toutes les sommes et heures de travail correspondant à la période « d'inactivité ».

[2] La Commission est le secteur de l'administration publique fédérale chargé d'implanter et de maintenir des normes de qualité à l'égard des grains au Canada et d'y réglementer la manutention des grains, de manière à garantir la fiabilité du produit pour les marchés intérieur et extérieur (*Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, article 13).

[3] Durant la période visée, l'installation de la Commission à Thunder Bay employait 105 fonctionnaires à temps plein, permanents, non saisonniers et nommés pour une période indéterminée, dont 89 étaient des employés opérationnels.

[4] La permanence des employés de la Commission cadre avec le régime législatif régissant l'emploi dans la fonction publique fédérale. Elle s'applique aux employés non saisonniers nommés pour une période indéterminée, lesquels sont des employés à temps plein permanents nommés pour une période indéterminée, employés tout au long de l'année. Le personnel qui a été mis « en situation d'inactivité » faisait partie de ces employés. La Commission engage aussi des employés saisonniers nommés pour une période indéterminée, qui sont des employés permanents à temps plein nommés pour une période indéterminée, seulement aux dates d'ouverture de la Voie maritime du Saint-Laurent. La Commission engage aussi des employés nommés pour une période déterminée pour répondre aux besoins lorsque des quantités accrues de grains passent par Thunder Bay.

[5] Les employés de la Commission procèdent à l'inspection et au pesage des grains qui sont reçus aux terminaux et qui sont ensuite chargés à bord des navires.

from the terminals onto ships. In addition, employees check shipments for infestation, manage the documentation of grain shipments and conduct audits of terminal stocks.

[6] The St. Lawrence Seaway is closed for shipping in winter months (from late December to late March). As a result, work volume decreases. The work available depends on the rail program that is announced by the Canadian Wheat Board.

[7] In the fall of 1999, the Canadian Wheat Board decided not to ship grain by rail through Thunder Bay in the winter of 2000. The decision was communicated to the Commission on December 6, 1999. Effective January 10, 2000, the Commission placed 69 of its 89 operational non-seasonal indeterminate employees on "off-duty status," with an estimated return date of on or before April 3, 2000. The stated reasons for this action are found in a letter dated December 21, 1999, from J.A. Robertson, Regional Director, Industry Services, Thunder Bay, to the appellants. The letter reads (A.B., Vol. II, page 467):

Due to reduced volumes of grain expected through the port during the next three months, it has become necessary to place some employees on off-duty status. As a result of this decision, you will be placed on off-duty status beginning January 10, 2000. You will be recalled to work on or before April 3, 2000. It may be possible to provide you with some employment during this period depending on operational requirements, training and our ability to develop projects. We will endeavor to give you as much notice of recall as possible.

If you wish to utilize earned vacation or LLOT credits, you may do so, delaying the start date of your off-duty period. You should contact your supervisor as soon as possible in this regard to ensure that the Record of Employment can be completed accurately. We must know by December 31, 1999 if you plan on using leave to delay the start of the off-duty period in order to make the necessary adjustments to the pay cheque for the period of January 6 to 19. Your Record of Employment will be sent to the HRDC office unless arrangements are made with the personnel unit.

Les employés vérifient également les cargaisons contre les infestations, traitent la documentation relative aux expéditions de grains et effectuent des vérifications des stocks aux terminaux.

[6] La Voie maritime du Saint-Laurent est fermée à la navigation dans les mois d'hiver (de la fin décembre à la fin mars) et il y donc une réduction de la charge de travail. Le travail disponible dépend du programme de transport ferroviaire annoncé par la Commission canadienne du blé.

[7] À l'automne 1999, la Commission canadienne du blé a décidé de ne pas expédier de grains par rail en passant par Thunder Bay à l'hiver 2000. Sa décision a été communiquée à la Commission canadienne des grains le 6 décembre 1999. À compter du 10 janvier 2000, la Commission a mis 69 de ses 89 employés opérationnels, non saisonniers nommés pour une période indéterminée, en « situation d'inactivité », en fixant la date probable de leur retour au travail au 3 avril 2000. Les raisons invoquées pour cette décision se trouvent dans une lettre aux appelants, datée du 21 décembre 1999, de J.A. Robertson, directeur régional des Services industriels à Thunder Bay, dont voici un extrait (dossier d'appel, vol. II, à la page 467) :

[TRADUCTION] La diminution de la quantité de céréales qui va transiter par le port au cours des trois prochains mois nous oblige à placer un certain nombre d'employés en inactivité. À la suite de cette décision, vous serez placé en situation d'inactivité à partir du 10 janvier 2000. Vous serez rappelé au travail le 3 avril 2000 au plus tard. Nous tenterons de vous fournir du travail pendant cette période en fonction des exigences opérationnelles, des besoins en formation et de notre capacité à mettre sur pied des projets. Nous nous efforcerons de vous prévenir le plus tôt possible de la reprise du travail.

Si vous désirez utiliser des congés annuels acquis ou des crédits de congés compensatoires, vous pouvez le faire, ce qui reportera à plus tard la date de commencement de votre période d'inactivité. Vous devriez, dès que possible, joindre à ce sujet votre chef d'équipe, pour garantir que votre relevé d'emploi est exact. Si vous avez l'intention d'utiliser vos congés pour différer le commencement de votre période d'inactivité, nous devons le savoir d'ici au 31 décembre 1999 afin de procéder aux redressements nécessaires au chèque de paye pour la période du 6 au 19 janvier. Votre relevé d'emploi sera envoyé au bureau de DRHC sauf si des arrangements sont pris avec l'unité du personnel.

Due to the extent of the work volume reduction this winter, there are no feasible alternatives to off-duty status. We will continue to try and develop projects and reasonable training initiatives to reduce the impact of the off-duty period. If you have questions or require further clarification on the above, please contact the undersigned at 626-1400. [Emphasis in original.]

[8] The decision was taken after consultation by the Director, Industry Services, with the Commission in Winnipeg, Manitoba, who acted pursuant to delegated authority under the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985 c. F-11 (the FAA). She describes “off-duty status” as follows in her affidavit (A.B., Vol. II, page 320, at paragraph 6):

It is my understanding that off-duty status is a no-work, no-pay situation as contemplated in the collective agreements covering the affected employees. The employment relationship remains the same. Employees continue to be employed by the employer but are temporarily allocated to be not at work.

The employees were therefore “to be not at work.” They were unpaid but retained their status as employees.

[9] The Commission contemplated the possibility of implementing the “off-duty status” program using the reverse order of merit (ROM) process but rejected it. The Commission’s Regional Director (Thunder Bay), Jack Robertson, explained (A.B., Vol. II, page 624):

I would like to avoid going in to a ROM process as much as possible. We don’t really have the time to deal with this, and I anticipate that we might have to develop one as a result of going ahead with Program Review. I would prefer to do such a thing only once, and the obvious time to do it would be after we identify the number of positions affected by program review.

[10] The temporary “off-duty status” without pay for the 69 indeterminate employees was implemented in the following manner:

- Within a couple of weeks following their “off-duty status”, certain employees were called back to work for one- or two-week blocks;

L’ampleur de la réduction du volume de travail que nous allons connaître cet hiver nous empêche d’envisager d’autres solutions que la mise en situation d’inactivité. Nous allons continuer à essayer de mettre au point des projets et des initiatives de formation raisonnable de façon à réduire les répercussions de cette période d’inactivité. Pour toute question ou tout éclaircissement sur ce qui précède, veuillez joindre le soussigné au 626-1400. [Souligné dans l’original.]

[8] La décision a été prise, après consultation de la Commission à Winnipeg (Manitoba), par la directrice des Services industriels qui exerçait un pouvoir délégué en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP). Dans son affidavit, la directrice décrit ainsi la « situation d’inactivité » (dossier d’appel, vol. II, page 320, paragraphe 6) :

[TRADUCTION] Selon ce que je comprends, la situation d’inactivité en est une sans travail et sans paye conformément aux conventions collectives des employés affectés. La relation d’emploi demeure la même. Les employés continuent à être employés par l’employeur, mais on considère temporairement qu’ils sont hors travail.

Par conséquent, les employés étaient censés « être hors travail ». Sans être payés, ils conservaient leur statut d’employé.

[9] Après avoir envisagé d’appliquer l’ordre inverse du mérite pour mettre en œuvre le plan de « situation d’inactivité », la Commission y a renoncé. Le directeur régional de la Commission à Thunder Bay, Jack Robertson, a expliqué (dossier d’appel, vol. II, page 624) :

[TRADUCTION] Autant que possible, je voudrais éviter d’appliquer le procédé de l’ordre inverse du mérite. Nous n’en avons pas vraiment le temps et je prévois qu’il nous faudra en développer un en conséquence du lancement de l’Examen des programmes. Je préférerais ne faire cela qu’une seule fois et le moment pour le faire devrait, à l’évidence, être après que nous ayons déterminé le nombre de postes affectés par l’Examen des programmes.

[10] La « situation d’inactivité » temporaire sans paye des 69 employés nommés pour une période indéterminée a été mise en œuvre de la façon suivante :

- Dans les deux semaines qui ont suivi leur mise en « situation d’inactivité », certains fonctionnaires ont été rappelés au travail pour des périodes d’une ou deux semaines.



- Employees were called back on the basis of alphabetical order;

- If an employee was not present to receive the call, the next name on the alphabetical list of employees would be contacted;

- Employees were telephoned on the Thursday or Friday preceding the Monday on which they were requested to return to work;

- Employees who had opted for a leave with income averaging to lessen the effect of the "off-duty status" were not telephoned for this work.

[11] All employees were returned to work by March 13, 2000.

[12] The consequences to the 69 indeterminate employees placed on "off-duty status" during the relevant period included the following situations:

- Unless they chose to use accumulated leave credits, the employees did not receive any income during that period;

- The employees did not accrue sick leave or annual leave benefits unless they worked and were paid for a period of at least 10 days in a month. They were not given any guarantee to that 10-day period;

- The employees were required to make payments on their share of the monthly rate for the Public Service Superannuation based on deemed salary for the first three months. Although Canada Pension Plan contributions were not required, it was acknowledged by the Commission that placements of an employee on "off-duty status" could impact on the amount of eventual benefits;

- Employees on "off-duty status" were required to pay their share for coverage of Supplementary Death Benefits in order to maintain coverage. They were required to pay their share of Disability Insurance. They would only continue to be covered under the Public

- Les fonctionnaires étaient rappelés selon l'ordre alphabétique de leurs noms.

- Lorsqu'un employé n'était pas présent pour recevoir l'appel, on appelait le nom suivant sur la liste alphabétique.

- On téléphonait aux fonctionnaires le jeudi ou le vendredi précédant le lundi où ils étaient censés retourner au travail.

- Pour ce travail, ceux des fonctionnaires qui se prévalaient de leur congé avec étalement du revenu afin d'atténuer les effets de la « situation d'inactivité » ne recevaient pas d'appel.

[11] Tous les employés étaient de retour au travail le 13 mars 2000.

[12] Pour les 69 fonctionnaires nommés pour une période indéterminée, mis en « situation d'inactivité » durant la période visée, les conséquences ont été notamment les suivantes :

- Durant cette période, ils n'ont reçu aucun revenu, sauf les fonctionnaires ayant choisi de se prévaloir de leurs congés accumulés.

- Les fonctionnaires n'ont pas acquis de crédits de congé de maladie ou de congé annuel, sauf ceux qui ont travaillé et ont été payés pour une période d'au moins 10 jours par mois. Cette période de 10 jours ne leur était nullement garantie.

- Les fonctionnaires ont été requis de payer leur part des cotisations mensuelles à la Pension de la fonction publique, calculées en fonction du salaire estimé pour les trois premiers mois. Bien que les contributions au Régime de pensions du Canada ne fussent pas requises, la Commission a reconnu que la mise d'un fonctionnaire en « situation d'inactivité » pouvait avoir une incidence sur le montant des prestations éventuelles.

- Les fonctionnaires en « situation d'inactivité » ont été requis de payer leur part des primes à l'égard des Prestations supplémentaires de décès pour conserver leur garantie. Ils ont été requis de payer leur part de l'Assurance-Invalidité. Seuls ceux qui ont payé leurs

Service Health Care Plan if they continued to pay the employee premiums for the first three months. If, however, “off-duty status” extended past three months, employees would be responsible for the employer’s contribution as well.

[13] The appellants’ grievances were eventually rejected. The Chief Commissioner, who represented the final level of their grievances, indicated in his letter dated June 18, 2002 (A.B., Vol. II, page 668):

This is in response at the final level to your grievance received February 3, 2000. Specifically your grievance states “I grieve abuse of authority on the part of the CGC in placing me on off-duty (off-pay-TIE whatever the terms at the time) as an indeterminate full-time federal employee. I have an agreement with the Treasury board and the Public Service Commission. There are otherwise designated employees, seasonal or terms for this purpose.”

Off-duty status was instituted as a result of a temporary lack of work. Article 25.01 of the Technical Services collective agreement specifies that “. . . scheduled hours of work shall not be construed as guaranteeing the employee minimum or maximum hours of work.”

Managing work or lack of work does not constitute abuse of authority. Your grievance is therefore denied and your corrective action “all monies and/or lost time be reinstated to me for the period of off-duty” is not granted.

[14] In a further letter of June 28, 2002, the Chief Commissioner explained (A.B., Vol. II, page 672) that the Commission’s authority to place employees on “off-duty status” was derived from paragraphs 7(1)(a),(b) and (e) and paragraphs 11(2)(a) and (d) of the *Financial Administration Act* and the decision of Joyal J. in *P.S.A.C. v. Canada (Canadian Grain Commission)* (1986), 5 F.T.R. 51 (F.C.T.D.) (PSAC; FCTD).

[15] The appellants sought judicial review of the decision of the Chief Commissioner. Their applications were dismissed by the Federal Court (*Brescia v. Canada*

cotisations salariales pour les trois mois ont continué à être protégés par le Régime de soins de santé de la fonction publique. Cependant, si la « situation d’inactivité » avait dépassé trois mois, les employés auraient également été responsables des cotisations de l’employeur.

[13] Les griefs des appelants ont finalement été rejetés. Le commissaire en chef, qui représentait le dernier niveau à l’égard de leurs griefs, a indiqué dans sa lettre du 18 juin 2002, (dossier d’appel, vol. II, page 668) :

[TRADUCTION] La présente est la réponse au dernier niveau à l’égard de votre grief reçu le 3 février 2000. Votre grief est ainsi libellé [TRADUCTION] : « Je dépose un grief en raison d’un abus de pouvoir de la part de la Commission canadienne des grains pour m’avoir mis en inactivité (sans paye (« off-pay-TIE ») quel qu’ait été le terme alors) en tant que fonctionnaire fédéral à temps plein nommé pour une période indéterminée. J’ai une convention avec le Conseil du Trésor et la Commission de la fonction publique. Il y a des employés désignés autrement, par le terme de saisonnier ou d’autres termes à cette fin. »

La mise en inactivité a été décidée à cause d’une pénurie temporaire de travail. L’article 25.01 de la convention collective des Services techniques précise que « [l]es heures normales de travail d’un employé ne seront pas interprétées comme lui garantissant un minimum ou un maximum d’heures de travail ».

La gestion du travail ou de la pénurie de travail ne constitue pas un abus de pouvoir. Votre grief est donc rejeté et la mesure de redressement demandée, à savoir « le remboursement de toutes les sommes et heures de travail correspondant à la période d’inactivité », est refusée.

[14] Dans une lettre ultérieure datée du 28 juin 2002, le commissaire en chef a expliqué (dossier d’appel, vol. II, page 672) que le pouvoir de la Commission de mettre des employés en « situation d’inactivité » découlait des alinéas 7(1)(a), b) et e) ainsi que 11(2)(a) et d) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, et de la décision du juge Joyal, *A.F.P.C. c. Canada (Commission canadienne des grains)* [1986] A.C.F. n° 498 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (AFPC; C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[15] Les appelants ont demandé le contrôle judiciaire de la décision du commissaire en chef. Leur demande a été rejetée par la Cour fédérale (*Brescia c. Canada*

(*Treasury Board*) (2004), 247 F.T.R. 49) for reasons identical to those given by the Chief Commissioner.

[16] Kelen J. at paragraphs 30-31 of his reasons, cited at length Joyal J.'s 1986 decision, including Joyal J.'s paragraphs 50, 53 and 71:

. . . I would find no difficulty in concluding that the general authority of the Treasury Board to manage personnel as contained in sections 5 and 7 of the *Financial Administration Act* includes the authority to place certain employees in the circumstances described herein on off-pay status.

...

I must therefore endorse the principle that the employer in its management functions may do that which is not specifically or by inference prohibited by Statute. Certain it is that the process of "off-pay status" does not do violence to either common sense or to the spirit and intent of the public statutes affecting public servants. Particularly, would the scheme appear consonant with the exercise of the general power attributed to Treasury Board in paragraph 7(1)(i) of the *Financial Administration Act* "to provide for such other matters . . . as the Treasury Board considers necessary for effective personnel management in the public service."

...

I must conclude that the scheme of "off-pay status" comes within the legislative field of authority conferred on the Treasury Board under the *Financial Administration Act*. I further conclude that the scheme is not in its essence a lay-off pursuant to section 29 of the *Public Service Employment Act*. I find also that in the absence of any prohibitory provision in the collective agreement, the scheme is not by necessary implications contrary to its terms and conditions or of a nature to do violence to the collective agreement's purposes and objects. I further find that the off-pay scheme strikes a proper balance between statutory provisions on the one hand and contractual provisions on the other, neither of them being offended by the scheme. I conclude that management's discretionary initiative to cope with short-term staff surplus or work shortage in the way intended has been exercised in a lawful manner.

[17] Kelen J., at paragraph 40 of his reasons, also relied on clauses 6.01 and 25.01 of the *Agreement*

(*Conseil du Trésor*), 2004 CF 277, pour les mêmes motifs que ceux du commissaire en chef.

[16] Aux paragraphes 30 et 31 de ses motifs, le juge Kelen a cité longuement la décision de 1986 du juge Joyal, notamment ses paragraphes 50, 53 et 71 :

[. . .] Je conclus sans hésitation que le pouvoir général du Conseil du Trésor en matière de gestion de personnel prévu aux articles 5 et 7 de la *Loi sur l'administration financière* comprend notamment le pouvoir de recourir à l'état de non-rémunération dans les circonstances décrites aux présentes.

[. . .]

Je dois par conséquent entériner le principe selon lequel l'employeur peut, dans l'exercice de ses fonctions de gestion, faire ce qui ne lui est pas expressément ou implicitement interdit par la loi. Il est sûr que le processus de mise en état de non-rémunération ne va pas à l'encontre du bon sens, ni de l'esprit et de l'intention des lois publiques visant les fonctionnaires. En particulier, ce régime semblerait-il compatible avec l'exercice du pouvoir général dont jouit le Conseil du Trésor, selon l'alinéa 7(1)(i) de la *Loi sur l'administration financière* « de régler toutes les autres questions, . . . que le Conseil du Trésor estime nécessaires pour la direction efficace du personnel de la fonction publique.

[. . .]

Je dois conclure que le régime prévoyant « la radiation d'un employé de la liste de paye » relève de la compétence législative attribuée au Conseil du Trésor en vertu de la *Loi sur l'administration financière*. J'estime également que le régime en question n'équivaut pas à une véritable mise en disponibilité au sens de l'article 29 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. J'arrive aussi à la conclusion qu'à défaut dans la convention collective d'une disposition d'interdiction, le régime susmentionné ne constitue pas, en raison des conséquences qu'il entraîne, une atteinte aux conditions prévues dans la convention collective, et il ne va pas non plus à l'encontre des objets de cette dernière. J'ajouterais que la radiation d'un employé de la liste de paye établit un bon équilibre entre les dispositions législatives, d'une part, et les dispositions contractuelles, d'autre part, et qu'elle ne viole aucune de ces dispositions. Enfin, je suis d'avis que les mesures discrétionnaires envisagées par la direction pour faire face au problème temporaire du personnel excédentaire ou au manque de travail sont légales.

[17] Le juge Kelen, au paragraphe 40 de ses motifs, s'est appuyé aussi sur les paragraphes 6.01 et 25.01 de

between the Treasury Board and the Public Service Alliance of Canada. Group: Technical Services which the Chief Commissioner had also relied on. These clauses read thus:

#### ARTICLE 6

##### MANAGERIAL RESPONSIBILITIES

6.01 Except to the extent provided herein, this agreement in no way restricts the authority of those charged with managerial responsibilities in the Public Service.

...

#### ARTICLE 25

##### HOURS OF WORK

...

25.01 An employee's scheduled hours of work shall not be construed as guaranteeing the employee minimum or maximum hours of work.

[18] The appellants appeal this decision of the Federal Court. They say that the respondents have no authority under the FAA, the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 (the PSEA) or the PSSRA to unilaterally place full-time indeterminate employees on "off-duty status" without pay.

[19] The appellants submit that the Treasury Board, or the Commission acting under delegated authority, must manage its workforce in a manner consistent with three separate Acts of Parliament, the FAA, the PSSRA and the PSEA. They refer to section 10 of the *Canada Grain Act*, which provides that the employees of the Commission shall be appointed in a manner authorized by law. They say that there are no provisions in the legislative scheme which contemplate the right to place employees on "off-duty status" without pay. Nowhere in these statutes or related regulations is "off-duty status" or an equivalent term defined or ever used. They submit that, if the lawful authority to "temporarily allocate employees to be not at work" exists at all, it must arise under this group of legislation by necessary implication and in a manner consistent with the general principles governing employment in the federal public service.

la Convention entre le Conseil du Trésor et l'Alliance de la Fonction publique du Canada. Groupe : Services techniques que le commissaire en chef avait également invoqués et que voici :

#### ARTICLE 6

##### RESPONSABILITÉ DE LA DIRECTION

6.01 Sauf dans les limites indiquées, la présente convention ne restreint aucunement l'autorité des personnes chargées d'exercer des fonctions de direction dans la fonction publique.

[. . .]

#### ARTICLE 25

##### DURÉE DU TRAVAIL

[. . .]

25.01 La durée du travail prévue à l'horaire d'un employé ne doit pas être considérée comme une garantie d'une durée minimale ou maximale du travail.

[18] Les appelants interjettent appel de cette décision de la Cour fédérale. Selon leur prétention, en vertu de la LGFP, de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33; la LEFP) ou de la LRTFP, les intimés n'ont pas le pouvoir de mettre unilatéralement, en « situation d'inactivité » sans paye, des fonctionnaires à temps plein nommés pour une période indéterminée.

[19] Les appelants font valoir que le Conseil du Trésor, ou la Commission agissant en vertu d'un pouvoir délégué, doit gérer son personnel en conformité avec trois lois fédérales distinctes, la LGFP, la LRTFP et la LEFP. Ils citent l'article 10 de la *Loi sur les grains du Canada* qui prévoit que les employés de la Commission sont nommés conformément à la loi. Selon leur prétention, aucune disposition dans le régime législatif ne prévoit le droit de mettre des employés en « situation d'inactivité » sans paye. Nulle part dans ces lois ou dans leurs règlements d'application, les mots « situation d'inactivité » ou des termes équivalents ne sont utilisés. Ils font valoir que le pouvoir légal de [TRADUCTION] « désigner temporairement des employés comme hors travail », même s'il existait, devrait découler de cet ensemble de lois, par déduction nécessaire et de manière compatible avec les principes généraux qui régissent l'emploi dans la fonction publique.

[20] The appellants further say that there is no statutory authority or other authority which supports the decision of the Commission to temporarily lay off employees without pay during periods of temporary shortage of work. If that authority resides anywhere, it must be found by implication in the governing provisions of the PSEA and the reverse order of merit provisions specified in the *Public Service Employment Regulations, 1993*, SOR/93-286 (the PSE Regulation). These provisions, however, relate to lay off situations which call for permanent separation of employment. There is, they submit, no mechanism in or under the PSEA which authorizes temporary lay-off.

#### The applicable standard of review

[21] The appellants and the respondents agree that the proper standard of review of the Chief Commissioner's decision is correctness. This matter, they say, is jurisdictional in nature. It involves a matter of statutory interpretation over which the Federal Court has the expertise (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247). The decision of the motions Judge is also to be reviewed by this Court on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8).

#### ANALYSIS

##### Relevant statutory provisions

[22] The three key statutes which govern the present case are the FAA, the PSSRA and the PSEA, which were adopted in 1967. These three statutes are described in detail in a well-documented book by Renée Caron entitled *Employment Law in the Federal Public Service* (looseleaf, Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2001). I shall use this book generously as I proceed with a global view of the relevant provisions.

##### The PSEA

[23] The principal legislative authority for staffing in the Public Service is found in the PSEA and the PSE Regulations.

[20] Les appelants soutiennent en outre qu'il n'y a aucun fondement législatif ou autre à la décision de la Commission de mettre des employés temporairement en disponibilité sans paye durant des périodes de manque de travail temporaire. Si ce fondement existait quelque part, il devrait se trouver implicitement dans les dispositions habilitantes de la LEFP et dans les dispositions sur l'ordre inverse du mérite du *Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (1993)*, DORS/93-286 (le REFP). Ces dispositions, toutefois, se rapportent à des situations de mise en disponibilité entraînant la cessation permanente de l'emploi. Il n'y a, soutiennent-ils, aucun dispositif dans la LEFP ou sous son régime qui autorise les mises en disponibilité temporaires.

#### La norme de contrôle applicable

[21] Les appelants et les intimés conviennent que la norme de contrôle applicable à la décision du commissaire en chef est la norme de la décision correcte. La question, disent-ils, est une question de compétence. Elle implique une question d'interprétation de la loi pour laquelle la Cour fédérale est compétente, (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247). La décision du juge saisi de la requête doit également être examinée par la Cour selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8).

#### ANALYSE

##### Dispositions législatives pertinentes

[22] Les trois lois principales qui régissent la présente affaire sont la LGFP, la LRTFP et la LEFP qui ont été adoptées en 1967. Ces trois lois sont décrites en détail dans un livre bien documenté de Renée Caron, *Employment Law in the Federal Public Service* (Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2001, feuille mobile). Je me servirai abondamment de ce livre pour offrir une vue d'ensemble des dispositions pertinentes.

##### La LEFP

[23] Le principal cadre législatif pour la dotation en personnel dans la fonction publique est formé par la LEFP et le REFP.

[24] The term “Public Service” is defined in the PSEA [subsection 2(1)] as having the same meaning as in the PSSRA. The defined term “Public Service” is to be distinguished from the words “public service.” The PSEA applies to that portion of the federal public service coming under Part I of Schedule I of the PSSRA to which the Treasury Board is the employer and also to that portion of the public service coming under Part II of Schedule I of the PSSRA, which comprises a list of enumerated separate employees (see *Lavoie v. Canada*, [2000] 1 F.C. 3 (C.A.), note 21; *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734 (C.A.), at page 753).

[25] The PSEA provides for the establishment of the Public Service Commission, whose main duty is to appoint or provide for the appointment of qualified persons to or within the Public Service in accordance with the provisions and principles of the PSEA (section 5 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 4]).

[26] Appointments are to be based on selection according to merit, as determined by the Public Service Commission. The merit principle applies at the hiring stage (section 10 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10] of the PSEA), in the context of competitions for positions within the Public Service (section 21 [as am. *idem*, s. 16; 1996, s. 18, s. 15] of the PSEA) and in the context of termination of employment (lay-off) due to lack of work, the discontinuation of a function or the transfer of work or a function outside the Public Service (section 29 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 19; 1995, c. 17, s. 8; 1996, c. 18, s. 16] of the PSEA and subsection 34(1) [as am. by SOR/97-142, s. 15(F); 97-352, s. 10(E)] of the PSE Regulations). It does not apply where employment is terminated in the circumstances referred to in paragraph 11(2)(g.1) [as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 5] of the FAA.

[27] Lay-off is therefore a means of dealing with an employee whose services are no longer required because of lack of work (subsection 29(1) of the PSEA). Lay-off means, however, specifically the cessation of employment (subsection 29(2) of the PSEA).

[24] La LEFP [paragraphe 2(1)] donne au terme « fonction publique » le même sens que la LRTFP. Le terme défini « fonction publique » doit être distingué du terme « fonction publique » dans son sens courant. La LEFP s’applique à la partie de la fonction publique fédérale qui est assujettie à la partie I de l’annexe I de la LRTFP pour laquelle le Conseil du Trésor est l’employeur, ainsi qu’à la partie de la fonction publique fédérale qui est assujettie à la partie II de l’annexe I de la LRTFP, laquelle comprend une liste d’employés énumérés distincts (voir *Lavoie c. Canada*, [2000] 1 C.F. 3 (C.A.), note 21; *Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734 (C.A.), à la page 753).

[25] La LEFP prévoit la constitution de la Commission de la fonction publique dont la principale mission est de donner ou de faire nommer à un poste de la fonction publique des personnes qualifiées, appartenant ou non à celle-ci conformément aux dispositions et principes énoncés dans la LEFP (article 5 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 4]).

[26] Les nominations se font sur la base d’une sélection fondée sur le mérite, selon ce que détermine la Commission de la fonction publique. Le principe de la sélection au mérite s’applique au moment de l’embauche (article 10 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10] de la LEFP), dans le contexte de concours pour l’obtention d’un poste dans la fonction publique (article 21 [mod., *idem*, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15] de la Loi) et dans le contexte d’une cessation d’emploi (mise en disponibilité) faute de travail, par suite de la suppression d’une fonction ou à cause de la cession du travail ou de la fonction à l’extérieur de la fonction publique (article 29 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 19; 1995, ch. 17, art. 8; 1996, ch. 18, art. 16] de la Loi et paragraphe 34(1) [mod. par DORS/97-142, art. 15(F); 97-352, art. 10(A)] du REFP). Il ne s’applique pas aux cessations d’emploi survenant dans les circonstances visées à l’alinéa 11(2)g.1) [mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 5] de la LGFP.

[27] La mise en disponibilité est par conséquent un moyen de traiter un employé dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail (paragraphe 29(1) de la LEFP). La mise en disponibilité signifie expressément, toutefois, la cessation d’emploi (paragraphe 29(2) de la LEFP).

[28] Section 29 reads thus:

29. (1) Where the services of an employee are no longer required by reason of lack of work, the discontinuance of a function or the transfer of work or a function outside the Public Service, otherwise than where the employment of the employee is terminated in the circumstances referred to in paragraph 11(2)(g.1) of the *Financial Administration Act*, the deputy head, in accordance with the regulations of the Commission, may lay off the employee.

...

(2) An employee ceases to be an employee when the employee is laid off pursuant to subsection (1).

[29] Subsection 34(1) of the PSE Regulations requires lay-offs to be made in the reverse order of merit. It provides the following:

*Lay-offs*

34. (1) Where the services of one or more employees of a part of the organization are no longer required by reason of lack of work, the discontinuance of a function or the transfer of work or a function outside the Public Service, the appropriate deputy head, subject to subsection (2), shall assess the merit of the employees employed in similar positions of the same occupational group and level in that part of the organization, and identify the employees who may be laid off in reverse order of merit, beginning with the least meritorious, and may declare those employees to be surplus employees.

...

[30] The reverse order of merit does not apply, as provided in subsection 34(3) [as am. by SOR/97-142, s. 10], when the services of all employees in similar positions of the same occupational group and level are no longer required:

34. . . .

(3) Subsections (1), (1.1) and (2) do not apply where the services of all employees employed in similar positions of the same occupational group and level in the same part of the organization are no longer required by reason of lack of work,

[28] L'article 29 est ainsi conçu :

29. (1) L'administrateur général peut, en conformité avec les règlements de la Commission, mettre en disponibilité le fonctionnaire dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail, par suite de la suppression d'une fonction ou à cause de la cession du travail ou de la fonction à l'extérieur de la fonction publique, sauf si le fonctionnaire a été licencié dans les circonstances prévues à l'alinéa 11(2)g.1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[. . .]

(2) Le fonctionnaire mis en disponibilité en vertu du paragraphe (1) perd sa qualité de fonctionnaire.

[29] Selon le paragraphe 34(1) du REFP, les mises en disponibilité doivent s'effectuer par ordre inverse du mérite. Le paragraphe contient les dispositions suivantes :

*Mise en disponibilité*

34. (1) Lorsque les services d'un ou de plusieurs fonctionnaires d'un secteur de l'organisation ne sont plus nécessaires faute de travail, par suite de la suppression d'une fonction ou à cause de la cession du travail ou de la fonction à l'extérieur de la fonction publique, l'administrateur général compétent, sous réserve du paragraphe (2), évalue le mérite des fonctionnaires qui occupent des postes semblables des mêmes groupe et niveau professionnels dans ce secteur et désigne, par ordre inverse de mérite en commençant par le moins méritant, les fonctionnaires qui peuvent être mis en disponibilité; il peut déclarer ces derniers fonctionnaires excédentaires.

[. . .]

[30] L'ordre inverse du mérite ne s'applique pas, conformément au paragraphe 34(3) [mod. par DORS/97-142, art. 10], lorsque les services de tous les employés qui occupent des postes semblables des mêmes groupe et niveau professionnels ne sont plus nécessaires.

34. [. . .]

(3) Les paragraphes (1), (1.1) et (2) ne s'appliquent pas lorsque les services de tous les fonctionnaires qui occupent des postes semblables des mêmes groupe et niveau professionnels dans le même secteur de l'organisation ne sont

the discontinuance of a function or the transfer of work or a function outside the Public Service.

[31] The PSEA contains other provisions governing the manner in which employees may be temporarily or permanently separated from employment in the public service. For example, the PSEA provides for the termination of an employee for cause during a probationary period (section 28 [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 18]); at the end of a term appointment (section 25); and under a leave of absence from the public service (section 30 [as am. *idem*, s. 20]).

[32] The merit principle, when it is excluded, is prescribed by statute (subsections 21(5) and 34.6(1) [as enacted *idem*, s. 22] of the PSEA (deployment)). Moreover, when priority is given, it is also specified by statute (see paragraphs 17(4)(a) to (d)).

[33] The Public Service Commission does not possess the power to make deployments (Part III.I [sections 34.1 to 34.6 (as enacted *idem*)] of the PSEA) nor the power to establish standards of discipline in the public service. Those powers belong to the Treasury Board (paragraphs 11(2)(f) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 81] and subsection 11(4) [as am. *idem*] of the FAA).

### The PSSRA

[34] The PSSRA sets out, among other things, the framework for collective bargaining in the Public Service. It provides a process of certification of bargaining agents, negotiation of collective agreements, and processes for enforcement of collective agreements through grievance and adjudication. The PSSRA excludes several matters normally subject to bargaining in the private sector: appointments, promotion, demotion, transfer, lay-off, superannuation, workers' compensation and classification (section 7 and subsection 57(2) of the Act).

[35] Paragraph 57(2)(b) of the PSSRA prohibits the alteration or elimination in any collective agreement of any term or condition of employment "that has been or

plus nécessaires faute de travail, par suite de la suppression d'une fonction ou à cause de la cession du travail ou de la fonction à l'extérieur de la fonction publique.

[31] La LEFP contient d'autres dispositions régissant le licenciement temporaire ou permanent des employés de la fonction publique. Par exemple, la LEFP prévoit le renvoi pour un motif déterminé au cours d'un stage (article 28 [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 18]); à la fin d'une période déterminée (article 25); lors d'un congé de la fonction publique (article 30 [mod., *idem*, art. 20]).

[32] Le principe du mérite, lorsqu'il est exclu, c'est par une prescription de la loi (paragraphes 21(5) et 34.6(1) [édictees, *idem*, art. 22] de la LEFP (mutation)). De plus, lorsqu'une priorité est accordée, elle est également déterminée par la loi (voir les alinéas 17(4)a à d)).

[33] La Commission de la fonction publique ne détient pas le pouvoir d'effectuer des mutations (partie III.I [articles 34.1 à 34.6 (édictees, *idem*)] de la LEFP) ni celui d'imposer des règles de discipline dans la fonction publique. Ces pouvoirs appartiennent au Conseil du Trésor (alinéas 11(2)f) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 81] et paragraphe 11(4) [mod., *idem*] de la LGFP).

### La LRTFP

[34] La LRTFP fixe notamment le cadre des négociations collectives dans la fonction publique. Elle prévoit des processus pour l'accréditation des agents négociateurs, pour la négociation des conventions collectives et pour l'application des conventions collectives par la présentation d'un grief et l'arbitrage. La LRTFP exclut plusieurs questions normalement assujetties à la négociation dans le secteur privé : nomination, promotion, rétrogradation, mutation, mise en disponibilité, pension de retraite, indemnité d'accidents de travail et classification (article 7 et paragraphe 57(2) de la Loi).

[35] L'alinéa 57(2)b) de la LRTFP interdit qu'une convention collective ait pour effet de modifier ou supprimer une condition d'emploi « établie ou [ . . . ]



may be established” (my emphasis) pursuant to certain Acts of Parliament enumerated in Schedule II. The PSEA is named in Schedule II.

[36] Subsection 57(2) reads:

57. . . .

(2) No collective agreement shall provide, directly or indirectly, for the alteration or elimination of any existing term or condition of employment or the establishment of any new term or condition of employment,

(a) the alteration or elimination or the establishment of which would require or have the effect of requiring the enactment or amendment of any legislation by Parliament, except for the purpose of appropriating moneys required for its implementation; or

(b) that has been or may be established pursuant to any Act specified in Schedule II. [My emphasis.]

[37] Similarly, arbitral awards and conciliatory reports may not include any of those matters which are excluded from collective bargaining (subsections 69(3) [as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 57] and 87(3) [as am. *idem*, s. 67] of the PSSRA.)

[38] Where the dispute resolution mechanism for concluding a collective agreement is by way of binding arbitration, paragraph 69(3)(b) [as am. *idem*, s. 57] of the PSSRA provides important exclusions:

69. . . .

(3) No arbitral award shall deal with

. . .

(b) standards, procedures or processes governing the appointment, appraisal, promotion, demotion, deployment, lay-off or termination of employment, other than by way of disciplinary action, of employees; [My emphasis.]

[39] Where the dispute resolution mechanism for concluding a collective agreement is conciliation,

pouvant l’être » (je souligne) en conformité avec une loi mentionnée à l’annexe II. La LEFP est nommée à l’annexe II.

[36] Voici le paragraphe 57(2) :

57. [. . .]

(2) Une convention collective ne peut avoir pour effet direct ou indirect de :

a) modifier, supprimer ou établir une condition d’emploi de manière que cela nécessiterait ou entraînerait l’adoption ou la modification d’une loi fédérale, exception faite des lois affectant les crédits nécessaires à son application;

b) modifier ou supprimer une condition d’emploi établie, ou établir une condition d’emploi pouvant l’être, en conformité avec une loi mentionnée à l’annexe II. [Je souligne.]

[37] De même, les décisions arbitrales et les rapports de conciliation ne peuvent porter sur aucune des questions qui sont exclues du champ des négociations collectives (paragraphe 69(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 57] et 87(3) [mod., *idem*, art. 67] de la LRTFP).

[38] Lorsque le mécanisme de règlement de différends en vue de conclure une convention collective est l’arbitrage obligatoire, l’alinéa 69(3)b) [mod., *idem*, art. 57] de la LRTFP prévoit les exclusions importantes suivantes :

69. [. . .]

(3) Sont exclues du champ des décisions arbitrales les questions suivantes :

[. . .]

b) les normes, procédures ou méthodes régissant la nomination, l’évaluation, l’avancement, la rétrogradation, la mutation, la mise en disponibilité ou le licenciement de fonctionnaires, à moins que celui-ci ne résulte d’une mesure disciplinaire; [Je souligne.]

[39] Lorsque le mécanisme de règlement des différends en vue de la conclusion d’une convention

subsection 87(3) of the PSSRA provides the same category of exclusions:

87. . . .

(3) No report of a conciliation board shall contain any recommendation concerning the standards, procedures or processes governing the appointment, appraisal, promotion, demotion, deployment, lay-off or termination of employment, other than by way of disciplinary action, of employees. [My emphasis.]

[40] The FAA establishes the Treasury Board's authority to act for the Queen's Privy Council for Canada on matters relating to the financial management of the government as well as its public service. Sections 7 to 11 [ss. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49(E); 1998, c. 14, s. 103(F)), 9 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 3), 10 (as am. *idem*, s. 50(F); 1996, c. 18, s. 4), 11 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22; S.C. 1992, c. 54, s. 81; 1995, c. 44, s. 51; 1996, c. 18, s. 5; 1999, c. 31, s. 101(F))] of the FAA vest a number of general powers in the Treasury Board with respect to the organization and personnel management of the public service. This authority may be delegated by Treasury Board to the deputy head of a department—the Commissioner of the Canadian Grain Commission in the case at bar.

[41] The provisions of subsection 7(1) of the FAA provide, *inter alia*, that:

7. (1) The Treasury Board may act for the Queen's Privy Council for Canada on all matters relating to

...

(b) the organization of the public service of Canada or any portion thereof, and the determination and control of establishments therein;

...

(e) personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed therein; [My emphasis.]

[42] The powers and functions of the Treasury Board are further specified in section 11 of the FAA. It should

collective est la conciliation, le paragraphe 87(3) de la LRTPF prévoit la même catégorie d'exclusions :

87. [ . . ]

(3) Le rapport du bureau de conciliation ne peut contenir de recommandation concernant les normes, procédures ou méthodes régissant la nomination, l'évaluation, l'avancement, la rétrogradation, la mutation, la mise en disponibilité ou le licenciement de fonctionnaires, à moins que celui-ci ne résulte d'une mesure disciplinaire. [Je souligne.]

[40] La LGFP confère au Conseil du Trésor le pouvoir d'agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard de questions relatives à la gestion financière du gouvernement et de sa fonction publique. Les articles 7 à 11 [art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2, 49(A); 1998, ch. 14, art. 103(F)), 9 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 3), 10 (mod., *idem*, art. 50(F); 1996, ch. 18, art. 4), 11 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1992, ch. 54, art. 81; 1995, ch. 44, art. 51; 1996, ch.18, art. 5; 1999, ch. 31, art. 101(F))] de la LGFP attribuent un certain nombre de pouvoirs au Conseil du Trésor relativement à l'organisation et à la gestion des ressources humaines de la fonction publique. Le Conseil du Trésor peut déléguer ces attributions à l'administrateur général d'un ministère, le commissaire de la Commission canadienne des grains en l'espèce.

[41] Les dispositions du paragraphe 7(1) de la LGFP prévoient notamment que :

7. (1) Le Conseil du Trésor peut agir au nom du Conseil privé de la Reine pour le Canada à l'égard des questions suivantes :

[ . . ]

b) l'organisation de l'administration publique fédérale ou de tel de ses secteurs ainsi que la détermination et le contrôle des établissements qui en font partie;

[ . . ]

e) la gestion du personnel de l'administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d'emploi; [Je souligne.]

[42] Les pouvoirs et les fonctions du Conseil du Trésor sont davantage précisés à l'article 11 de la LGFP.

be noted first that the term “public service” is thus defined for the purposes of sections 11, 12 [as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 6] and 13 [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 50(F)] of the FAA:

11. (1) In this section and sections 12 and 13,

...

“public service” has the meaning given the expression “Public Service” in the *Public Service Staff Relations Act* and includes any portion of the public service of Canada designated by the Governor in Council as part of the public service for the purposes of this section and sections 12 and 13; [My emphasis.]

[43] Subsection 11(2) of the FAA provides:

11. . . .

(2) Subject to the provisions of any enactment respecting the powers and functions of a separate employer but notwithstanding any other provision contained in any enactment, the Treasury Board may, in the exercise of its responsibilities in relation to personnel management including its responsibilities in relation to employer and employee relations in the public service, and without limiting the generality of sections 7 to 10,

(a) determine the requirements of the public service with respect to human resources and provide for the allocation and effective utilization of human resources within the public service;

...

(a) determine and regulate the pay to which persons employed in the public service are entitled for services rendered, the hours of work and leave of those persons and any matters related thereto;

...

(f) establish standards of discipline in the public service and prescribe the financial and other penalties, including termination of employment and suspension, that may be applied for breaches of discipline or misconduct, and the circumstances and manner in which and the authority by which or whom those penalties may be applied or may be varied or rescinded in whole or in part;

Il convient de noter que le terme « fonction publique » est défini de la façon suivante aux fins des articles 11, 12 [mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 6] et 13 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50(F)] de la LGFP.

11. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 12 et 13.

[. . .]

«fonction publique» S’entend au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, ainsi que de tout secteur de l’administration publique fédérale désigné comme tel par le gouverneur en conseil pour l’application du présent article et des articles 12 et 13. [Je souligne.]

[43] Le paragraphe 11(2) de la LGFP prévoit :

11. [. . .]

(2) Sous réserve des seules dispositions de tout texte législatif concernant les pouvoirs et fonctions d’un employeur distinct, le Conseil du Trésor peut, dans l’exercice de ses attributions en matière de gestion du personnel, notamment de relations entre employeur et employés dans la fonction publique :

a) déterminer les effectifs nécessaires à la fonction publique et assurer leur répartition et leur bonne utilisation;

[. . .]

d) déterminer et réglementer les traitements auxquels ont droit les personnes employées dans la fonction publique, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes;

[. . .]

f) établir des normes de discipline dans la fonction publique et prescrire les sanctions pécuniaires et autres y compris le licenciement et la suspension, susceptibles d’être appliquées pour manquement à la discipline ou pour inconduite et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces sanctions peuvent être appliquées, modifiées ou annulées, en tout ou en partie;

(g) provide for the termination of employment, or the demotion to a position at a lower maximum rate of pay, for reasons other than breaches of discipline or misconduct, of persons employed in the public service, and establishing the circumstances and manner in which and the authority by which or by whom those measures may be taken or may be varied or rescinded in whole or in part;

(g.1) provide for the termination of employment of an employee to whom an offer of employment is made as the result of the transfer of any work, undertaking or business from a portion of the public service specified in Part I of Schedule I to the *Public Service Staff Relations Act* to any body or corporation that is a separate employer or that is outside the public service, and establish the terms and conditions under which, the circumstances and manner in which and the authority by which or by whom that termination may be made or may be varied or rescinded in whole or in part; [My emphasis.]

[44] The authority of the Treasury Board as employer is wide but by no means absolute. Subsection 11(3) [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 50, Sch. II, item 4(F)] of the FAA expressly provides:

11. . . .

(3) The powers and functions of the Treasury Board in relation to any of the matters specified in subsections (2) to (2.4) do not extend to any such matter that is expressly determined, fixed, provided for, regulated or established by any Act otherwise than by the conferring of powers or functions in relation thereto on any authority or person specified in that Act, and do not include or extend to any power or function specifically conferred on, or any process of personnel selection required or authorized to be employed by, the Public Service Commission by or under the authority of the *Public Service Employment Act*. [My emphasis.]

[45] In functioning as “employer,” as defined in subsection 2(1) of the PSSRA, the Treasury Board may only exercise the authority given to it by Parliament under the FAA. As mentioned above, that authority does not extend to those matters addressed in the PSEA. The restriction on the Treasury Board’s authority is also evident in a number of provisions of the PSSRA, for example, paragraphs 57(2)(b), and 69(3)(b) and subsection 87(3).

g) prévoir, pour des raisons autres qu’un manquement à la discipline ou une inconduite, le licenciement ou la rétrogradation à un poste situé dans une échelle de traitement comportant un plafond inférieur des personnes employées dans la fonction publique et indiquer dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs ces mesures peuvent être appliquées, modifiées ou annulées, en tout ou en partie;

g.1) prévoir le licenciement d’un employé à qui une offre d’emploi est faite en raison du transfert d’une activité ou entreprise d’un secteur de la fonction publique mentionné à la partie I de l’annexe I de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* à une entité qui constitue un employeur distinct ou qui ne fait pas partie de la fonction publique, et indiquer dans quelles conditions et selon quelles modalités, dans quelles circonstances, de quelle manière, par qui et en vertu de quels pouvoirs cette mesure peut être appliquée, modifiée ou annulée, en tout ou en partie; [Je souligne.]

[44] Les pouvoirs du Conseil du Trésor à titre d’employeur sont étendus, mais nullement absolus. Le paragraphe 11(3) [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 50, ann. II, n° 4(F)] de la LGFP prévoit expressément :

11. [. . .]

(3) Le Conseil du Trésor ne peut exercer ses pouvoirs et fonctions à l’égard des questions visées aux paragraphes (2) à (2.4) et dans une autre loi lorsque celle-ci régit la matière expressément et non par simple attribution de pouvoirs et fonctions à une autorité ou à une personne déterminée; il ne peut non plus exercer des pouvoirs ou fonctions expressément conférés à la Commission de la fonction publique sous le régime de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, ni mettre en œuvre des méthodes de sélection du personnel dont l’application relève, sous le régime de cette loi, de la Commission. [Je souligne.]

[45] À titre d’« employeur », au sens du paragraphe 2(1) de la LRTFP, le Conseil du Trésor ne peut exercer que les pouvoirs qui lui sont conférés par le Parlement aux termes de la LGFP. Comme cela est dit plus haut, ces pouvoirs ne s’étendent pas aux questions visées dans la LEFP. La restriction des pouvoirs du Conseil du Trésor est également évidente dans plusieurs dispositions de la LRTFP, par exemple les alinéas 57(2)(b) et 69(3)(b) et le paragraphe 87(3).

## DISCUSSION

[46] The term “off-duty status” is found nowhere in these three statutes.

[47] What is found is section 29 of the PSEA which deals with lay-off. The deputy head, in accordance with the regulations of the Commission, may lay off employees where their services are no longer required by reason of lack of work. The consequence of invoking the power of subsection 29(1) of the PSEA is that “[a]n employee ceases to be an employee when the employee is laid off pursuant to subsection (1)” (see subsection 29(2) of the PSEA).

[48] In *Attorney General of Canada v. Gray*, [1978] 1 F.C. 808 (C.A.), at page 811, Pratte J. stated that the expression “lay-off,” in common parlance, does not necessarily imply a termination of employment. He added however that for one who is conversant with the legislation applicable to the Public Service, a public servant cannot be said to be laid off if his employment has not been terminated. Heald J., in the same case, noted at pages 812-813 that the generally accepted definition of “lay-off” when used as a labour term is “[t]emporary, prolonged or final separation from employment as a result of lack of work.” The context and the specific legislation are therefore of prime importance when one must assess the meaning of the term “lay-off” (see for example *Canada (Attorney General) v. Tremblay* (1996), 208 N.R. 56 (F.C.A.), at paragraph 9; *Atomic Energy of Canada Ltd. v. Jindal* (1998), 229 N.R. 212 (F.C.A.), at paragraphs 11-12).

[49] In the case at bar, the Commission did not act under section 29 of the PSEA. The appellants were placed on off-duty status as a group, without pay, because of temporary shortage of work. Their employment was not terminated. They remained at all times employees of the Commission, which later recalled them by alphabetical order.

[50] I find that the wide powers conferred on the Treasury Board and its delegates under paragraphs

## DISCUSSION

[46] Les mots « situation d’inactivité » ne se trouvent nulle part dans ces trois lois.

[47] Ce que l’on y trouve, c’est l’article 29 de la LEFP, qui traite de la mise en disponibilité. L’administrateur général peut, en conformité avec les règlements de la Commission, mettre en disponibilité des fonctionnaires dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail. La conséquence de l’invocation du paragraphe 29(1) de la LEFP est qu’un fonctionnaire « mis en disponibilité en vertu du paragraphe (1) perd sa qualité de fonctionnaire » (voir le paragraphe 29(2) de la LEFP).

[48] Dans *Procureur général du Canada c. Gray*, [1978] 1 C.F. 808 (C.A.), à la page 811, le juge Pratte a déclaré que l’expression « mise en disponibilité », en langage ordinaire, n’implique pas nécessairement une cessation d’emploi. Il a ajouté toutefois que, pour une personne versée dans la législation applicable à la fonction publique, un fonctionnaire ne peut être dit en disponibilité s’il n’est mis fin à son emploi. Dans le même arrêt, le juge Heald a noté aux pages 812 et 813 que la définition généralement acceptée de « mise en disponibilité », lorsqu’on applique ce terme au travail, est « [s]éparation provisoire, prolongée ou définitive de l’emploi par suite du manque de travail ». Par conséquent, le contexte et la loi en cause importent tout particulièrement pour déterminer le sens du terme « mise en disponibilité » (voir par exemple *Canada (Procureur général) c. Tremblay*, [1996] A.C.F. n° 1335 (C.A.), au paragraphe 9; *Énergie atomique du Canada Ltée c. Jindal*, [1998] A.C.F. n° 847 (C.A.), aux paragraphes 11 et 12).

[49] En l’espèce, la Commission n’a pas agi en vertu de l’article 29 de la LEFP. Les appelants ont été mis en situation d’inactivité en tant que groupe, sans paye, à cause d’un manque temporaire de travail. Il n’était pas mis fin à leur emploi. Ils sont demeurés en tout temps des employés de la Commission, qui les a rappelés ensuite par ordre alphabétique.

[50] Je conclus que les pouvoirs étendus conférés au Conseil du Trésor et à ses délégués en vertu des alinéas

7(1)(e) and 11(2)(a) and (d) of the FAA and clauses 6.01 and 25.01 of the applicable collective agreement are grants of authority which allowed the Commission to place the appellants on an off-duty status without pay. Specifically, the Treasury Board under paragraph 7(1)(e) is given authority over “personnel management in the public service of Canada, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed”; under paragraph 11(2)(a), it may provide for their effective utilization; under paragraph 11(2)(d), it may determine and regulate the pay, the hours of work and leave, and any matters related thereto. These last words would cover the procedure followed for the release and the recall of employees. Moreover, under the Agreement, the managerial responsibilities remain unrestricted, unless provided to the contrary. The employee is given no guarantee with regard to his minimum or maximum hours of work.

[51] In the 1986 decision of Joyal J. in *P.S.A.C.*, at paragraph 42, the employee was assured, during the short period of March 10 to April 15, 1986, “that the actual duration of his unemployment” would “follow the equitable merit rules.” No such guarantee was given to the appellants in the case at bar.

[52] Strictly speaking, the merit principle found in the PSEA does not find application since the off-duty status is not contemplated under the Act. It is not a lay-off under the PSEA and the recall does not constitute an appointment. It is difficult to accept, however, that management would find itself without guidelines to treat its employees fairly during these difficult periods. The system of recall by alphabetical order was certainly unreasonable since the same persons would consistently find themselves at the back of the line.

[53] The wide powers given to the Treasury Board should only be exercised in the spirit of the tradition of fairness reflected in numerous pieces of legislation.

#### CONCLUSION

[54] This appeal should be dismissed with costs.

7(1)(e) et 11(2)(a) et d) de la LGFP et des paragraphes 6.01 et 25.01 des conventions collectives applicables permettent à la Commission de mettre les appelants en situation d'inactivité sans paye. En particulier, le Conseil du Trésor en vertu de l'alinéa 7(1)e) a le pouvoir d'agir à l'égard de la « gestion du personnel de l'administration publique fédérale, notamment la détermination de ses conditions d'emploi »; en vertu de l'alinéa 11(2)a), il peut assurer leur bonne utilisation; en vertu de l'alinéa 11(2)d), il peut déterminer et réglementer les traitements, les horaires et les congés, ainsi que les questions connexes. Ces derniers mots pourraient comprendre la procédure suivie pour le renvoi et le rappel des employés. De plus, en vertu de la convention collective, les responsabilités de gestion demeurent entières, sauf toute disposition contraire. Aucune garantie n'est donnée au fonctionnaire quant au nombre minimal ou maximal de ses heures de travail.

[51] Dans la décision de 1986 du juge Joyal, *A.F.P.C.*, au paragraphe 42, on avait assuré à l'employé durant la courte période du 10 mars au 15 avril 1986 « que sa mise au chômage serait faite selon l'ordre du mérite ». Dans la présente affaire, aucune garantie de cette sorte n'a été donnée aux appelants.

[52] À proprement parler, le principe du mérite énoncé dans la LEFP ne s'applique pas, car la loi n'envisage pas la situation d'inactivité. Il ne s'agit pas d'une mise en disponibilité au sens de la LEFP et le rappel ne constitue pas une nomination. Il est toutefois malheureux de constater que la direction manque de lignes de conduite sur la façon de traiter avec justice ses employés en ces temps difficiles. Le système du rappel par ordre alphabétique était certainement déraisonnable puisqu'il implique que les mêmes personnes se retrouvent toujours à la fin de la liste.

[53] Le Conseil du Trésor ne devrait exercer les pouvoirs étendus qui lui sont conférés, que dans l'esprit traditionnel d'équité qui s'exprime dans de nombreux textes de lois.

#### CONCLUSION

[54] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel, avec dépens.

\* \* \*

\* \* \*

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

[55] NADON J.A.: I have read, in draft, the reasons which my colleague Desjardins J.A. gives for dismissing this appeal. I agree entirely with my colleague that the “off-duty status” is a temporary lay-off that does not constitute a “lay-off” within the meaning of section 29 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33, as amended (the PSEA), and that, as a result, the power to place employees on “off-duty status” falls within the powers given to Treasury Board in respect of personnel management by reason of paragraphs 7(1)(b) and (e), 11(2)(a) and (f) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (the FAA).

[56] I also agree with Desjardins J.A. that the recall of the appellants could be done by alphabetical order. I come to this conclusion because, like my colleague, I am unable to find any authority to support the contrary view.

[57] Desjardins J.A., in her clear analysis of the relevant legislation, has effectively demonstrated that there is nothing in the PSEA, nor in the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, that is applicable to the “off-duty status.” Hence, I see no legal basis for concluding that the order in which the appellants were recalled to work was subject to the merit principle.

[58] As my colleague ably shows by her analysis of the relevant legislation, the merit principle is applicable to the appointment and the lay-off of public servants, both of which situations fall, without doubt, within the ambit of the PSEA and, hence, within the jurisdiction of the Public Service Commission.

[59] In my view, once it is conceded that the “off-duty status” is outside the reach of the PSEA, the provisions of that Act cannot be relied on to support the proposition that the recall of employees is subject

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

[55] LEJUGENADON, J.C.A. : J’ai lu dans leur version préliminaire les motifs que ma collègue la juge Desjardins a prononcés pour rejeter l’appel. Je suis entièrement de son avis que la « situation d’inactivité » est une mise en disponibilité temporaire qui ne constitue pas une « mise en disponibilité » au sens de l’article 29 de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, modifiée (la LEFP) et, en conséquence, que le pouvoir de mettre des fonctionnaires en « situation d’inactivité » relève de la compétence du Conseil du Trésor de gérer le personnel par application des alinéas 7(1)(b) et e) et 11(2)(a) et f) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP).

[56] Je suis aussi de l’avis de la juge Desjardins que le rappel des appelants pouvait se faire par ordre alphabétique. J’en viens à cette conclusion parce que, comme ma collègue, je ne trouve aucune source pour soutenir l’avis contraire.

[57] Dans son analyse pénétrante de la législation pertinente, la juge Desjardins a clairement démontré que rien, ni dans la LEFP, ni dans la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, n’est applicable à la « situation d’inactivité ». Par conséquent, je ne vois aucun fondement légal à la conclusion que l’ordre de rappel des appelants était assujéti au principe du mérite.

[58] Comme ma collègue l’a adroitement montré dans son analyse de la législation pertinente, le principe du mérite s’applique à la nomination et à la mise en disponibilité des fonctionnaires, lesquelles tombent, toutes deux, indubitablement dans le champ d’application de la LEFP et sont donc du ressort de la Commission de la fonction publique.

[59] À mon avis, dès lors que l’on admet que la « situation d’inactivité » ne tombe pas dans le champ d’application de la LEFP, on ne peut s’appuyer sur les dispositions de cette Loi pour soutenir la proposition

to the merit principle.

[60] I therefore conclude that there is nothing to prevent the respondents from recalling the appellants to work on the basis of alphabetical order.

[61] To conclude, I wish to point out that the appellants do not argue that the merit principle was applicable to the recall. Rather, their submissions are to the effect that one of the reasons why we should not conclude as Desjardins J.A. proposes with respect to Treasury Board's authority to place the appellants on "off-duty status", is that the merit principle would be ousted. The essence of the appellants' submissions on this point appears from paragraphs 31, 35, 36, 39, 43 and 44 of their memorandum of fact and law:

Indeed, the effect of the approach asserted by the Respondents in the present case is to render illusory a full-time indeterminate employee's ability to reasonably anticipate yearly income from employment, to plan and benefit from accrued vacation and leave credits, and to rely on the overriding principle of security of tenure in accordance with merit.

...

There are no provisions in this legislative scheme which contemplate the right to place employees on "off-duty status" without pay. Indeed, nowhere in the FAA, PSSRA, PSEA, or related Regulations, applicable to operational employees at the Commission, is "off-duty status", or an equivalent term, defined or even used.

It is submitted that, if the lawful authority to "temporarily allocate employees to be not at work" exists at all, it must arise under this legislation by necessary implication and in a manner consistent with the general principles governing employment in the Federal Public Service.

...

Moreover, the PSEA establishes Parliament's intention that employment status in the Federal Public Service be governed by the principle of merit. The importance of the merit principle applies at the hiring stage, in the context of competitions for positions within the Public Service, and

que le rappel des fonctionnaires est assujéti au principe du mérite.

[60] Je conclus donc que rien n'interdit aux intimés de rappeler les appelants au travail par ordre alphabétique.

[61] En conclusion, je voudrais faire remarquer que les appelants ne plaident pas que le principe du mérite s'applique au rappel. Ils prétendent plutôt que l'une des raisons pour lesquelles nous ne devrions pas épouser la conclusion de la juge Desjardins sur le pouvoir du Conseil du Trésor de mettre les appelants en « situation d'inactivité » est que le principe du mérite s'en trouverait annulé. Sur ce point, l'essence des allégations des appelants ressort des paragraphes 31, 35, 36, 39, 43 et 44 de leur mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION]

À n'en pas douter, l'effet de l'approche défendue par les intimés dans la présente affaire est de rendre illusoire la capacité d'un fonctionnaire à temps plein nommé pour une période indéterminée de prévoir raisonnablement le revenu annuel à tirer de son emploi, de planifier et de bénéficier de ses congés accumulés et de ses crédits de congé et de se fier au principe absolu de l'inamovibilité conformément au mérite.

[...]

Aucune disposition du présent régime législatif n'envisage le droit de mettre des employés « en situation d'inactivité » sans paye. À vrai dire, nulle part dans la LGFP, la LRTFP et la LEFP ou dans leurs règlements d'application, applicables aux employés opérationnels de la Commission, le terme « situation d'inactivité » ou un terme équivalent n'est défini ou même utilisé.

Nous soutenons que, si le pouvoir légal de [TRADUCTION] « désigner temporairement des employés comme hors travail » existait, il devrait découler de cette législation par déduction nécessaire et d'une manière compatible avec les principes généraux régissant l'emploi dans la fonction publique fédérale.

[...]

De plus, la LEFP démontre l'intention du Parlement que le statut de l'emploi dans la fonction publique fédérale soit régi par le principe du mérite. L'importance du principe du mérite s'applique au stade de l'embauchage, dans le contexte de concours pour les postes au sein de la fonction publique, et



terminations due to a lack of work, the deletion of a function, or contracting out.

...

It is the case that subsection 29(2) of the PSEA contemplates a permanent severance of the employment relationship. It is submitted, however, that Parliament turned its mind to the full range of circumstances in which employees can become separated from their employment in the Public Service. This includes providing a statutory basis for the right of an employee to resign his or her employment—a right which, it is submitted, would be implied in the circumstances of private sector employers. In light of the detail of these provisions, the Appellants assert that Parliament could have provided, and deliberately chose not to provide, for standards respecting temporary suspensions from employment without pay.

Moreover, in light of the overriding importance of the principle of selection according to merit [and] the blanket jurisdiction of the Public Service Commission over matters of lay-off, the Appellants maintain that it is inconsistent to infer a reserved authority to Treasury Board to action significant temporary lay-offs on any basis deemed expedient at the time. In the present case, Treasury Board management representatives unilaterally shortened affected employees work year by one quarter and allocated return to work on the basis of alphabetical order.

[62] I would therefore dispose of the appeal in the way proposed by Desjardins J.A.

\*\*\*

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

[63] PELLETIER J.A. (dissenting): I have read the reasons of my colleagues and find that I must respectfully disagree with them.

[64] All are agreed that the Grain Commission's authority over personnel matters is derived from Treasury Board's authority under the *Financial Administration Act*.

[65] Treasury Board's powers do not include any power or function conferred upon the Public Service

aux cessations dues au manque de travail ainsi qu'à la suppression d'une fonction ou à la sous-traitance.

[. . .]

Il est vrai que le paragraphe 29(2) de la LEFP envisage une cessation permanente de la relation d'emploi. Nous soutenons, toutefois, que le législateur avait à l'esprit la gamme complète des circonstances dans lesquelles des employés peuvent perdre leur emploi dans la fonction publique. Ceci comprend donner un fondement légal au droit d'un employé de démissionner de son emploi, droit, selon nous, qui serait implicite dans le cas des employeurs du secteur privé. Vu le détail de ces dispositions, les appelants affirment que le législateur aurait pu prévoir, et a délibérément choisi de ne pas prévoir, des normes à l'égard des suspensions temporaires d'emploi sans paye.

De plus, au vu de l'importance primordiale du principe de la sélection selon le mérite et de la compétence générale de la Commission de la fonction publique sur les questions de mise en disponibilité, les appelants soutiennent qu'il serait incohérent d'en déduire un pouvoir de réserve pour le Conseil du Trésor de procéder à des mises en disponibilité temporaires importantes pour toute raison jugée opportune. En l'espèce, les représentants du Conseil du Trésor ont unilatéralement abrégé d'un quart l'année de travail des employés touchés et effectué les rappels au travail selon l'ordre alphabétique.

[62] Je disposerais par conséquent de l'appel conformément à la proposition de la juge Desjardins.

\*\*\*

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

[63] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissent) : Après avoir lu les motifs de mes collègues, j'en viens à la conclusion que je dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec eux.

[64] Tous conviennent que l'autorité de la Commission des grains relativement aux questions de personnel découle des pouvoirs du Conseil du Trésor en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[65] Les pouvoirs du Conseil du Trésor ne comprennent aucun des pouvoirs ou aucune des

Commission (the Commission) by the *Public Service Employment Act*. See subsection 11(3) of the *Financial Administration Act*:

11. . . .

(3) The powers and functions of the Treasury Board in relation to any of the matters specified in subsection (2) to (2.4) do not extend to any such matter that is expressly determined, fixed, provided for, regulated or established by any Act otherwise than by the conferring of powers or functions in relation thereto on any authority or person specified in that Act, and do not include or extend to any power or function specifically conferred on, or any process of personnel selection required or authorized to be employed by, the Public Service Commission by or under the authority of the *Public Service Employment Act*. [My emphasis.]

[66] Section 29 of the *Public Service Employment Act* gives the Public Service Commission the power to make regulations governing the lay-off of employees for lack of work:

29. (1) Where the services of an employee are no longer required by reason of lack of work, the discontinuance of a function or the transfer of work or a function outside the Public Service, otherwise than where the employment of the employee is terminated in the circumstances referred to in paragraph 11(2)(g.1) of the *Financial Administration Act*, the deputy head, in accordance with the regulations of the Commission, may lay off the employee.

(2) An employee ceases to be an employee when the employee is laid off pursuant to subsection (1). [My emphasis.]

[67] It would seem to follow from this that Treasury Board cannot lay off employees for lack of work, except in accordance with the regulations made by the Public Service Commission. I believe that all are agreed that the placing of employees on off-duty status, as was done here, does not comply with the Public Service Commission regulations [i.e. the *Public Service Employment Regulations*].

[68] The employer says its does not have to comply with those Regulations because off-duty status does not amount to lay-off because it does not result in cessation of employment. This argument is based upon subsection 29(2), reproduced above.

fonctions conférés à la Commission de la fonction publique (la Commission) par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Voir le paragraphe 11(3) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* :

11. [. . .]

(3) Le Conseil du Trésor ne peut exercer ses pouvoirs et fonctions à l'égard des questions visées aux paragraphes (2) à (2.4) et dans une autre loi lorsque celle-ci régit la matière expressément et non par simple attribution de pouvoirs et fonctions à une autorité ou à une personne déterminée; il ne peut non plus exercer des pouvoirs ou fonctions expressément conférés à la Commission de la fonction publique sous le régime de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, ni mettre en œuvre des méthodes de sélection du personnel dont l'application relève, sous le régime de cette loi, de la Commission. [Non souligné dans l'original.]

[66] L'article 29 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* donne à la Commission de la fonction publique le pouvoir de prendre un règlement d'application pour régir la mise en disponibilité des fonctionnaires faute de travail :

29. (1) L'administrateur général peut, en conformité avec les règlements de la Commission, mettre en disponibilité le fonctionnaire dont les services ne sont plus nécessaires faute de travail, par suite de la suppression d'une fonction ou à cause de la cession du travail ou de la fonction à l'extérieur de la fonction publique, sauf si le fonctionnaire a été licencié dans les circonstances prévues à l'alinéa 11(2)g.1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

(2) Le fonctionnaire mis en disponibilité en vertu du paragraphe (1) perd sa qualité de fonctionnaire. [Non souligné dans l'original.]

[67] Il semble s'ensuivre que le Conseil du Trésor ne peut pas mettre des fonctionnaires en disponibilité faute de travail, sauf en conformité avec les règlements pris par la Commission de la fonction publique. Tous ont convenu, je crois, que mettre des employés en situation d'inactivité, comme en l'espèce, n'est pas conforme aux règlements de la Commission de la fonction publique.

[68] L'employeur soutient qu'il n'a pas à se conformer à ces règlements, car la situation d'inactivité n'équivaut pas à une mise en disponibilité puisqu'il n'en résulte pas de cessation d'emploi. Cet argument repose sur le paragraphe 29(2), cité ci-dessus.

[69] A careful reading of subsections 29(1) and (2) leads to the conclusion that while cessation of employment is a consequence of lay-off, it is not a condition of lay-off. Before subsection 29(2) can have any effect, there must be a lay-off. If a lay-off was, by definition, a cessation of employment, subsection 29(2) would be redundant. There is a presumption against redundancy in statutory interpretation. See *Tower v. M.R.N.*, [2004] 1 F.C.R. 183 (C.A.), at paragraph 15. It would therefore seem to follow that a lay-off pursuant to subsection 29(1) is not a permanent cessation of employment, though subsection 29(2) makes it so.

[70] I do not think it contentious to say that in any other work environment, putting employees on no-work no-pay status would be treated as a lay-off. We have been given no reason to believe that the definition of lay-off has changed since it was briefly reviewed by Joyal J. in the predecessor to this case *P.S.A.C. v. Canada (Canadian Grain Commission)* (1986), 5 F.T.R. 51 (F.C.T.D.) [at paragraphs 32, 35 and 37]:

An inquiry into the meaning of the term “lay-off” is warranted. One naturally starts with the statutory definition as found in section 29 of the *Public Service Employment Act*. A lay-off is essentially a discharge due to lack of work or to the discontinuance of a function. According to *The Concise Oxford Dictionary* (7th ed. Oxford: The Clarendon Press, 1982) at page 569, it is a “discharge (temporary) owing to shortage of work”. In *The Oxford English Dictionary*, Vol. VI, at page 130, it is “to dismiss (a workman), usually temporarily”. I should note here that Oxford suggests that the word “lay-off” is of U.S. origin.

...

The expression “*mise en disponibilité*” contains in its dictionary meaning the characteristic of “temporary”. *Larousse Illustré*, 1986, defines “*disponibilité*” as: “*position spéciale des fonctionnaires et des officiers qui momentanément n’exercent pas leurs fonctions*”.

*Robert & Collins French-English Dictionary* at page 214 translates “*disponibilité*” as “a civil servant on leave of absence or temporarily freed from duty” and *Harrap’s* in turn (at page L-13) translates lay-off as “*congédier, licencier, renvoyer temporairement (des ouvriers)*”.

[69] La lecture attentive des paragraphes 29(1) et (2) mène à la conclusion que la cessation d’emploi n’est pas une condition de la mise en disponibilité, bien qu’elle en soit une conséquence. Une mise en disponibilité doit d’abord avoir lieu pour que le paragraphe 29(2) puisse avoir un effet quelconque. Par définition, si une mise en disponibilité était une cessation d’emploi, le paragraphe 29(2) serait redondant. Il y a une présomption contre la redondance dans l’interprétation des lois. Voir *Tower c. M.R.N.*, [2004] 1 R.C.F. 183 (C.A.), au paragraphe 15. Il semblerait s’ensuivre qu’une mise en disponibilité visée au paragraphe 29(1) n’est pas une cessation d’emploi permanente, bien que le paragraphe 29(2) la rende telle.

[70] Je pense que, dans tout milieu de travail, mettre des employés dans une situation sans travail et sans paye serait incontestablement considéré comme une mise en disponibilité. Aucune raison ne nous a été donnée de croire que la définition de la mise en disponibilité a changé depuis qu’elle a été brièvement examinée par le juge Joyal dans *A.F.P.C. c. Canada (Commission canadienne des grains)*, [1986] A.C.F. n° 498 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) [aux paragraphes 32, 35 et 37] :

Une étude du sens du terme « mise en disponibilité » s’impose à ce stade. On commence tout naturellement par la définition légale qui se trouve à l’article 29 de la *Loi sur l’emploi dans la Fonction publique*. La mise en disponibilité est essentiellement la cessation des fonctions, faute de travail ou à cause de la suppression d’une fonction. D’après le *Concise Oxford Dictionary* (7<sup>e</sup> édition Oxford: The Clarendon Press, 1982) à la page 569, il s’agit « [TRADUCTION] d’une perte d’emploi (temporaire) du fait du manque de travail ». Selon *The Oxford English Dictionary*, Vol. VI, à la page 130, la mise en disponibilité consiste à [TRADUCTION] « renvoyer (un ouvrier), habituellement de façon temporaire ».

[. . .]

Les dictionnaires confèrent à la mise en disponibilité un caractère « temporaire ». *Le Larousse illustré*, 1986, définit la « disponibilité » comme la « position spéciale des fonctionnaires et des officiers qui, momentanément, n’exercent pas leurs fonctions ».

Le Dictionnaire français-anglais Robert et Collins donne comme traduction pour la mise en disponibilité à la page 214 : [TRADUCTION] « Fonctionnaire en congé sans solde ou temporairement libéré de ses obligations » et le *Harrap’s*, quant à lui, traduit « lay-off » (à la page L-13) de la manière

[71] The employer says that off-duty status, no-work no-pay, is not lay-off because it does not result in a termination of employment. Why does it not result in a termination of employment? Because employees continue to be eligible for work-related benefits. I do not find this persuasive. Cessation of employment flows from subsection 29(2) once there has been a lay-off. The operation of subsection 29(2) cannot be averted by purporting to continue a laid-off employee's employment. From an employee's point of view, the defining characteristic of a lay-off is being told to stay home and having to forego your pay as a result. Having the right to continue to pay premiums for benefits does not make a lay-off less a lay-off.

[72] I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Federal Court dated February 25, 2004 [(2004), 247 F.T.R. 49], quash the decision of the Chief Commissioner of the Canadian Grain Commission in response to the appellants' grievances, and remit the matter to the Chief Commissioner with the direction that placing the appellants on off-duty status without pay is a lay-off within the meaning of subsection 29(1) of the *Public Service Employment Act* and can therefore only be implemented according to the Regulations made by the Public Service Commission.

suyvante : « congédier, licencier, renvoyer temporairement (des ouvriers) ».

[71] Selon l'employeur, la situation d'inactivité, sans travail et sans paye, n'est pas une mise en disponibilité parce qu'elle ne se traduit pas par une cessation d'emploi. Pourquoi ne se traduit-elle pas par une cessation d'emploi? Parce que les fonctionnaires continuent à être admissibles à des avantages sociaux. Je ne trouve pas cela convaincant. La cessation d'emploi découle du paragraphe 29(2) lorsqu'il y a mise en disponibilité. L'effet du paragraphe 29(2) ne peut être évité en prétendant poursuivre l'emploi d'un fonctionnaire mis en disponibilité. Du point de vue de l'employé, ce qui définit une mise en disponibilité, c'est de se faire dire de rester à la maison et de renoncer en conséquence à son salaire. Avoir le droit de continuer à payer des primes pour des avantages ne diminue en rien la réalité d'une mise en disponibilité.

[72] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale rendue le 25 février 2004 [2004 CF 277], j'infirmes la décision du commissaire en chef de la Commission canadienne des grains en réponse aux griefs des appelants et je renverrais l'affaire au commissaire en chef avec la directive que mettre les appelants en situation d'inactivité sans paye est une mise en disponibilité au sens du paragraphe 29(1) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* et ne peut donc être fait que conformément au Règlement pris par la Commission de la fonction publique.

A-536-04  
2005 FCA 208

A-536-04  
2005 CAF 208

**AstraZeneca Canada Inc. (Appellant)**

**AstraZeneca Canada Inc. (appelante)**

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. (intimés)**

A-535-04

A-535-04

**AstraZeneca Canada Inc. (Appellant)**

**AstraZeneca Canada Inc. (appelante)**

v.

c.

**The Minister of Health, the Attorney General of  
Canada (Respondents)**

**Le ministre de la Santé, le procureur général du  
Canada (intimés)**

and

et

**Apotex Inc. (Intervener)**

**Apotex Inc. (intervenante)**

**INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v. CANADA  
(MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ASTRAZENECA CANADA INC. c. CANADA  
(MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Noël J.A.—Toronto, May 27;  
Ottawa, June 2, 2005.

Cour d'appel fédérale, juge Noël, J.C.A.—Toronto, 27  
mai; Ottawa, 2 juin 2005.

*Patents — Application for stay of execution of Federal Court of Appeal judgment setting aside Federal Court decisions, quashing notice of compliance (NOC) in respect of Apotex' generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under brand name "Apo-Omeprazole" — Apotex marketing, selling cheaper drug since NOC issued — Day after Federal Court of Appeal judgment, Supreme Court of Canada releasing decision relating to proper interpretative approach to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — In Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General), Supreme Court of Canada discarding interpretative approach focussing on patent protection since infringement not suspected on facts of case — But NOC Regulations to be construed to achieve stated objective when reliance placed on patented drug to accelerate issuance of NOC — Patent Act, s. 55.2(4) authority for making of regulations to prevent infringement of patent — Thus part of statutory scheme of Act to allow generic manufacturers to enter market without delay after expiry of relevant patent — Application of NOC Regulations where no infringement inferred, suspected would be ultra vires regulation-making power — Statutory objectives of facilitating generic entry on market, providing access to*

*Brevets — Demande de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant des décisions de la Cour fédérale et annulant un avis de conformité (AC) concernant la version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg d'Apotex, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole » — Après la délivrance de l'AC, Apotex a commercialisé et vendu la version moins coûteuse du médicament — Le jour suivant le prononcé du jugement de la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada a rendu une décision concernant l'interprétation que doit recevoir le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Dans l'arrêt Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général), la Cour suprême du Canada n'a pas retenu la méthode d'interprétation axée sur la protection par brevet étant donné que dans les circonstances de cette affaire, aucune contrefaçon ne pouvait être soupçonnée ou inférée — Toutefois lorsqu'on a recours à un médicament breveté pour accélérer la délivrance d'un avis de conformité, le Règlement doit être interprété de manière à réaliser son objectif déclaré — L'art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets confère le pouvoir de prendre des règlements dans le but d'empêcher la contrefaçon d'un brevet — Une partie du régime législatif*

*cheaper drugs may trump patent protection when NOC Regulations not applying — Patent protection overriding objective when NOC Regulations applying.*

*Practice — Judgments and Orders — Stay of Execution — Application for stay of execution of Federal Court of Appeal judgment setting aside Federal Court decisions, quashing notice of compliance (NOC) in respect of Apotex' generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under brand name "Apo-Omeprazole" — Apotex undertaking to apply for leave to appeal to Supreme Court of Canada without delay, seeking pre-judgment status quo until disposition of leave applications, appeals — Apotex required to demonstrate proposed leave applications, appeals raising serious issue, irreparable harm suffered in absence of stay, balance of inconvenience favouring issuance of stay — Irreparable harm, balance of inconvenience determined on basis of NOC Regulations' objectives — Status quo maintained despite public interest in executing Federal Court of Appeal judgment pending appeal.*

This was an application for a stay of execution of a Federal Court of Appeal judgment setting aside two earlier Federal Court decisions and quashing the notice of compliance (NOC) granted by the Minister of Health to Apotex Inc. in respect of its generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under the brand name "Apo-Omeprazole". Since the issuance of the NOC, Apotex spent much time and effort obtaining the interchangeable designation for its drug with AstraZeneca's "Losec" 20 mg capsules and had accepted and processed many orders for its much cheaper version of AstraZeneca's product. The day following the Federal Court of Appeal judgment, the Supreme Court of Canada released its decision in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)* setting forth the proper interpretative approach to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. As a result of that decision, Apotex sought to stay execution of the Federal Court of Appeal judgment, undertaking to apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada without delay, and sought the pre-judgment *status quo* until the disposition of its applications for leave and appeals. The issue was whether Apotex demonstrated that its proposed leave applications and

*visé à permettre aux fabricants de médicaments génériques d'entrer sur le marché dès que le brevet pertinent est arrivé à expiration — L'application du Règlement lorsqu'aucune contrefaçon n'est inférée ou soupçonnée excéderait le pouvoir de réglementation conféré par la Loi — Faciliter l'entrée de médicaments génériques sur le marché et donner accès à des médicaments moins coûteux sont des objectifs législatifs qui peuvent éclipser la protection assurée par un brevet tant que le Règlement n'entre pas en jeu — Dès que le Règlement s'applique, la protection conférée par brevet doit être l'élément prépondérant.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Sursis d'exécution — Demande de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant des décisions de la Cour fédérale et annulant un avis de conformité (AC) concernant la version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg d'Apotex, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole » — Apotex s'est engagée à déposer sans délai des demandes d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada et elle a demandé le maintien de la situation avant jugement jusqu'à ce que ses demandes d'autorisation et les pourvois éventuels soient tranchés — Apotex devait démontrer que les demandes d'autorisation d'appel proposées soulevaient une question sérieuse, qu'elle subirait un préjudice irréparable si les suspensions n'étaient pas accordées et que la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'octroi des suspensions — Les questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients ont été tranchées en tenant compte de l'objet du Règlement — Le statu quo a été maintenu bien qu'il y avait un intérêt public à donner effet au jugement de la Cour d'appel fédérale en attendant l'issue du pourvoi.*

Il s'agissait d'une demande de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale infirmant deux décisions antérieures de la Cour fédérale et annulant l'avis de conformité (AC) délivré par le ministre de la Santé à Apotex Inc. concernant la version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg d'Apotex, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole ». Depuis la délivrance de l'AC, Apotex a consacré beaucoup de temps et d'énergie afin que son médicament et les gélules « Losec » en doses de 20 mg d'AstraZeneca soient reconnus comme interchangeables et elle a accepté et traité de nombreuses commandes pour sa version, beaucoup moins coûteuse, du produit d'AstraZeneca. Le jour suivant le prononcé du jugement de la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême du Canada a rendu une décision dans l'affaire *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)* concernant l'interprétation que doit recevoir le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Par suite de cet arrêt, s'étant engagée à déposer sans délai des demandes d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada, Apotex a sollicité le sursis de l'exécution du jugement de la Cour d'appel fédérale et demandé le maintien de la situation

appeals raised a serious issue, that it would suffer irreparable harm in the absence of a stay, and that the balance of inconvenience favoured its issuance.

*Held*, the application should be allowed.

The leave applications and appeals established the existence of a serious issue. With respect to Apotex' leave applications, despite its recent decision, it was arguable that the Supreme Court could conclude that confusion remained regarding the interpretative approach to the NOC Regulations so as to give rise to a question of public importance. With respect to the appeals themselves, the dissenting reasons were sufficient to establish a serious issue. The irreparable harm claimed by Apotex was that it did not have a legal claim for lost sales and market share. There was no merit to this claim given AstraZeneca's formal undertaking that it would abide by any order concerning damages. The irreparable harm claimed in the name of the Canadian public was more compelling. If the purpose of the NOC Regulations is to facilitate generic entry and promote access to cheaper drugs, irreparable harm would result from restricting the market to AstraZeneca's product and the balance of inconvenience would favour continued access to Apotex' cheaper drug for Canadians. However, if the purpose of the NOC Regulations is to prevent patent infringement, there would be a public interest in ensuring that this objective is achieved pending appeal, despite a potential increase in drug costs.

*Bristol-Myers Squibb* dealt with these two competing interests of the NOC Regulations. The product in issue was an innovator drug, which means that the related NOC had been obtained without reliance on Bristol-Myers Squibb's patented drug. Therefore, there was no basis for suspecting the making of a "copycat drug" and no basis for applying the NOC Regulations. The Supreme Court discarded an interpretative approach focussed on patent protection since infringement could clearly not be suspected or inferred on the facts of that case. However, when a comparison is made by a generic manufacturer to a patented drug or reliance is in fact placed on a patented drug so as to facilitate or accelerate the issuance of an NOC, the NOC Regulations must be construed to achieve

avant jugement jusqu'à ce que les demandes d'autorisation d'appel devant la Cour suprême du Canada et les pourvois éventuels soient tranchés. Il s'agissait de déterminer si Apotex avait démontré que les demandes d'autorisation proposées et les pourvois éventuels soulevaient une question sérieuse, qu'elle subirait un préjudice irréparable si les suspensions n'étaient pas accordées et que l'application du principe de la prépondérance des inconvénients militait en faveur de l'octroi des suspensions.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Vu les demandes d'autorisation et les pourvois envisagés, l'existence d'une question sérieuse a été établie. Pour ce qui est des demandes d'autorisation, il était possible de soutenir que, malgré son arrêt récent, la Cour suprême pourrait conclure que, compte tenu de la confusion que suscite encore l'interprétation du Règlement, l'affaire soulève une question d'importance publique. Quant aux pourvois en tant que tels, les motifs dissidents témoignaient à eux seuls de l'existence d'une question sérieuse. Pour ce qui est du préjudice irréparable qu'elle subirait, Apotex a soutenu ne pouvoir réclamer en justice les pertes qu'elle accuserait au titre des ventes et des parts de marché perdus. Cet argument n'a pas été retenu étant donné qu'AstraZeneca s'était formellement engagée à respecter toute ordonnance que la Cour pourrait rendre relativement à des dommages-intérêts. L'argument selon lequel le public canadien subirait un préjudice irréparable s'est révélé plus convaincant. Si l'objet du Règlement est de faciliter l'entrée sur le marché des médicaments génériques et de favoriser l'accès à des médicaments moins coûteux, le fait de limiter le marché au produit d'AstraZeneca causerait un préjudice irréparable et l'application du principe de la prépondérance des inconvénients favoriserait l'accès continu des Canadiens au médicament moins coûteux d'Apotex. Toutefois, si l'objet du Règlement est la prévention de la contrefaçon, il y a un intérêt public à veiller à ce que cet objectif soit rempli jusqu'à l'issue d'un appel, même si cela entraîne une hausse du coût des médicaments.

Dans le contexte du Règlement, ces intérêts opposés ont été examinés dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb*. Dans cette affaire, le produit en litige était un médicament novateur, ce qui signifie que l'AC connexe avait été obtenu sans recours au médicament breveté de Bristol-Myers Squibb. Par conséquent, il n'y avait aucun motif de soupçonner ou d'inférer qu'une « copie de médicament » était en cours de fabrication, ni d'appliquer le Règlement. La Cour suprême n'a pas retenu la méthode d'interprétation axée sur la protection par brevet, parce que compte tenu des faits de cette affaire, il était clair qu'aucune contrefaçon ne pouvait être soupçonnée ou inférée. Toutefois, lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait une comparaison avec un médicament breveté ou a recours à

their stated objective. Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* provided authority for the making of regulations for the purpose of “preventing the infringement of a patent”. Since Parliament’s introduction of the early working exemption (subsection 55.2(1)), part of the statutory scheme (subsection 55.2(4)) of the Act is to allow generic manufacturers to enter the market without delay after the relevant patent has expired. Allowing a generic manufacturer to put itself in a position to enter the market without delay after the expiry of the relevant patent, while helpful to generic drug companies, is consistent with the patent protection provided under the scheme and does not allow for the making of regulations for any purpose, which would override patent protection. But where no infringement is inferred or suspected, applying the NOC Regulations would have an effect that is *ultra vires* the regulation-making power. Facilitating generic entry on the market and providing access to cheaper drugs are statutory objectives that can trump patent protection so long as the NOC Regulations are not brought into play. However, patent protection must be the overriding consideration when their application is triggered. Despite the fact that there was a public interest in giving effect to the judgments of the Federal Court of Appeal pending appeal, maintenance of the *status quo* until the Supreme Court disposes of the leave application was the best exercise of the Court’s discretion.

un médicament breveté pour faciliter ou accélérer la délivrance d’un avis de conformité, le Règlement doit être interprété de manière à réaliser son objectif déclaré. Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* confère le pouvoir de prendre des règlements dans le but déclaré d’« empêcher la contrefaçon d’un brevet ». Depuis l’insertion par le législateur de l’exception relative aux travaux préalables (paragraphe 55.2(1)), une partie du régime législatif (paragraphe 55.2(4)) vise à permettre aux fabricants de médicaments génériques d’entrer sur le marché dès que le brevet pertinent est arrivé à expiration. Permettre à un fabricant de médicaments génériques d’entreprendre les démarches nécessaires pour entrer sur le marché dès que les brevets pertinents arrivent à expiration est, tout en étant utile aux sociétés de fabrication de médicaments génériques, compatible avec la protection que confère un brevet en vertu du régime législatif applicable et n’autorise pas de prendre des règlements à une fin qui aurait préséance sur cette protection. Mais l’application du Règlement lorsqu’aucune contrefaçon n’est inférée ou soupçonnée excéderait le pouvoir de réglementation conféré par la Loi. Faciliter l’entrée de médicaments génériques sur le marché et donner accès à des médicaments moins coûteux sont des objectifs législatifs qui peuvent éclipser la protection conférée par brevet tant que le Règlement n’entre pas en jeu. Toutefois, dès que le Règlement s’applique, la protection conférée par brevet doit être l’élément prépondérant. Bien qu’il y ait un intérêt public à donner effet aux jugements de la Cour jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur le pourvoi, décider de maintenir le statu quo jusqu’à ce que la Cour suprême ait statué sur les demandes d’autorisation constituait pour la Cour la meilleure façon d’exercer son pouvoir discrétionnaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), (4) (as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; 100 C.C.C. (3d) 449; 62 C.P.R. (3d) 41.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), (4) (édicte, *idem*; 2001, ch. 10, art. 2).  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.



## AUTHORS CITED

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

APPLICATION for a stay of execution of a Federal Court of Appeal judgment (*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 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) setting aside two earlier Federal Court decisions (*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 519; 263 F.T.R. 161; 2004 FC 1277; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2005] 2 F.C.R. 123; (2004), 21 Admin. L.R. (4th) 193; 36 C.P.R. (4th) 141; 259 F.T.R. 294; 2004 FC 1278) and quashing the notice of compliance granted to Apotex Inc. in respect of its generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under the brand name “Apo-Omeprazole”. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Harry B. Radomski and Andrew R. Brodtkin* for intervenor in A-535-04 and respondent in A-536-04 Apotex Inc.  
*Gunars A. Gaikis and Nancy P. Pei* for appellant AstraZeneca Canada Inc.  
*Frederick B. Woyiwada* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Goodmans LLP*, Toronto, for intervenor in A-535-04 and respondent in A-536-04 Apotex Inc.  
*Smart & Biggar*, Toronto, for appellant AstraZeneca Canada Inc.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] NOËL J.A.: On May 18, 2005, this Court rendered judgment [[2005] 1 F.C.R. 297] (Sharlow J.A. dissenting) setting aside two earlier decisions of the Federal Court [(2004), 36 C.P.R. 519 (F.C.) and [2005]

## DOCTRINE CITÉE

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

DEMANDE de sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel fédérale (*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2005] 1 R.C.F. 297; 2005 CAF 189) infirmant deux jugements antérieurs de la Cour fédérale (*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1277; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2005] 2 R.C.F. 123; 2004 CF 1278) et annulant l'avis de conformité délivré à Apotex Inc. pour sa version générique de gélules d'oméprazole de 20 mg vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole ». Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Harry B. Radomski et Andrew R. Brodtkin* pour l'intervenante dans A-535-04 et l'intimée dans A-536-04 Apotex Inc.  
*Gunars A. Gaikis et Nancy P. Pei* pour l'appelante AstraZeneca Canada Inc.  
*Frederick B. Woyiwada* pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'intervenante dans A-535-04 et l'intimée dans A-536-04 Apotex Inc.  
*Smart & Biggar*, Toronto, pour l'appelante AstraZeneca Canada Inc.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Le 18 mai 2005, la Cour a rendu un jugement [[2005]1 R.C.F. 297] (dans lequel le juge Sharlow était dissidente) infirmant deux décisions antérieures de la Cour fédérale [2004 CF 1277 et [2005]

2 F.C.R. 123] and quashing the notice of compliance (NOC) granted by the Minister of Health (the Minister) to Apotex Inc. (Apotex) in respect of its generic version of omeprazole 20 mg capsules sold under the brand name “Apo-Omeprazole”.

[2] The next day the Supreme Court released its decision in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533 wherein it set forth the proper interpretative approach to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations). Apotex maintains that the majority decisions of this Court are inconsistent with this approach and asks that they be stayed pending the disposition of applications for leave to appeal to the Supreme Court which it undertakes to file without delay, and if allowed, pending the disposition of the appeals.

[3] The Minister of Health, represented by the Attorney General of Canada supports the applications and the respondent AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) resists them.

[4] In order to obtain the requested stays, it is incumbent upon Apotex to demonstrate that its proposed leave applications and appeals raise a serious question, that it will suffer irreparable harm in the absence of a stay and that the balance of inconvenience favours their issuance.

#### Serious Issue

[5] With respect to the first demonstration, it is not usually useful to dwell on the seriousness of the question. Once an arguable case has been made out, the Court should move on to assess the other considerations (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199).

[6] Turning to the leave applications, it is arguable in my view that the Supreme Court could conclude, despite its recent pronouncement, that confusion remains with respect to the interpretative approach to the NOC

2 R.C.F. 123] et annulant l’avis de conformité délivré par le ministre de la Santé (le ministre) à Apotex Inc. (Apotex) pour sa version générique de gélules d’oméprazole de 20 mg, vendues sous la marque nominative « Apo-Oméprazole ».

[2] Le lendemain, la Cour suprême a rendu public son arrêt dans l’affaire *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, où elle a exposé la manière appropriée d’interpréter le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Apotex soutient que les décisions majoritaires de la Cour ne cadrent pas avec cette méthode d’interprétation et demande que leur exécution soit suspendue jusqu’à ce qu’une décision ait été rendue sur les demandes d’autorisation d’appel devant la Cour suprême qu’elle s’engage à déposer sans délai et, si elles sont accueillies, jusqu’à l’issue des appels.

[3] Le ministre de la Santé, représenté par le procureur général du Canada, appuie les demandes, et l’intimée AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) s’y oppose.

[4] Pour obtenir la suspension demandée, Apotex doit démontrer que les demandes d’autorisation et les appels qu’elle propose soulèvent une question sérieuse, qu’elle subira un préjudice irréparable si les suspensions ne sont pas accordées et que la prépondérance des inconvénients fait pencher la balance en faveur de l’octroi de la suspension.

#### Question sérieuse

[5] En ce qui concerne le premier élément à prouver, il n’est habituellement pas utile de s’étendre sur le caractère sérieux de la question. Une fois qu’une cause défendable a été établie, la Cour devrait procéder à l’appréciation des autres éléments à considérer (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199).

[6] Pour ce qui est des demandes d’autorisation, on peut soutenir, selon moi, que la Cour suprême pourrait conclure, malgré son arrêt récent, que la méthode d’interprétation du Règlement suscite encore de la

Regulations so as to give rise to a question of public importance.

[7] As to the appeals themselves, the dissenting reasons of Sharlow J.A. when read with those of Kelen J. who disposed of the initial applications are sufficient to establish the existence of a serious issue.

#### Irreparable Harm and Balance of Inconvenience

[8] The issue thus becomes whether, in respect of each application, irreparable harm has been demonstrated and whether the balance of inconvenience favours the issuance of a stay. In support of its allegation of irreparable harm, Apotex submits that since the issuance of the NOC on January 27, 2004, it has committed an extraordinary amount of time and energy obtaining the interchangeable designation for its drug with AstraZeneca's "Losec" 20 mg capsules; that orders have been solicited and accepted; that many patients have purchased its drug; that its drug is considerably less expensive than AstraZeneca's product.

[9] Apotex adds that in the absence of a stay, it risks losing its formulary listings with a number of provinces, substantial sales, market shares and that even if it is successful on appeal, no one will be liable to it for these damages. Although Apotex recognizes that this harm is monetary in nature, it will be irrecoverable and therefore the loss will be irreparable.

[10] In contrast, Apotex submits that if a stay is granted, AstraZeneca will simply be subject to a further period of competition in respect of which it will have a corresponding further claim for damages in the infringement action which it has already filed in the Federal Court (T-1409-04).

[11] Apotex further argues that in the absence of a stay, the Canadian public will be deprived of its cheaper version of omeprazole, thereby putting additional

confusion, de sorte qu'elle soulève une question d'importance publique.

[7] Quant aux appels eux-mêmes, les motifs dissidents de la juge Sharlow, lorsqu'on les examine de concert avec ceux du juge Kelen qui a statué sur les demandes initiales, suffisent pour établir l'existence d'une question sérieuse.

#### Préjudice irréparable et prépondérance des inconvénients

[8] Il s'agit donc de savoir si, en ce qui concerne chacune des demandes, l'existence d'un préjudice irréparable a été établie et si la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi d'une suspension. À l'appui de son allégation de préjudice irréparable, Apotex soutient que depuis la délivrance de l'avis de conformité le 27 janvier 2004, elle a consacré énormément de temps et d'énergie à l'obtention pour son médicament de la désignation interchangeable avec les gélules « Losec » en doses de 20 mg d'AstraZeneca, que des ordonnances ont été demandées et accordées, que de nombreux malades ont acheté son médicament, et que ce dernier coûte nettement moins cher que le produit d'AstraZeneca.

[9] Apotex ajoute que, sans une suspension, elle risque de perdre ses inscriptions sur les formulaires de plusieurs provinces, de nombreuses ventes ainsi que des parts de marché et que, même si elle obtient gain de cause en appel, nul ne sera tenu responsable envers elle de ces dommages. Apotex reconnaît que ce préjudice est de nature pécuniaire, mais comme il sera impossible de recouvrer les sommes perdues, la perte sera irréversible.

[10] Par contre, Apotex affirme que si une suspension est accordée, AstraZeneca devra simplement affronter la concurrence pendant une période additionnelle et qu'elle pourra réclamer relativement à cette période des dommages-intérêts dans l'action en contrefaçon qu'elle a déjà déposée en Cour fédérale (T-1409-04).

[11] Apotex fait en outre valoir que s'il n'y a pas suspension, la population canadienne sera privée de sa version moins coûteuse de l'oméprazole, ce qui exercera

pressures on the Canadian health system. Apotex submits that this will result in irreparable harm to the Canadian public and tilts the balance of inconvenience in favour of the issuance of a stay.

[12] In this regard, the Attorney General submits that the *status quo* is represented primarily by the fact that Apotex received its NOC in January 2004, and Apo-Omeprazole has been capable of being lawfully marketed in Canada since then. Hospitals, pharmacies and other dispensers of the drug would have been purchasing, holding, and distributing stock, and patients would have been receiving prescriptions to be filled (and refilled) with the drug; in many cases these activities would have been funded by provincial governments.

[13] The Attorney General adds that with the quashing of the NOC, sale of the drug suddenly became unlawful, notwithstanding the effect on members of the public other than the parties in the litigation. The situation will be returned to the pre-judgment *status quo* if the judgment is overturned on appeal. However, if the stay is not granted, there will be a temporary interruption in the *status quo*. Resulting problems in the delivery of health care in Canada would include substantial difficulties for provincial formularies, health care professionals and patients, involving *inter alia* concerns for forecasting, budgeting and alternative therapies.

[14] Thus, any temporary interruption in the *status quo* can only create disruption, confusion, and additional costs in the health care system and among its participants. According to the Attorney General, the public interest will be better served if the *status quo* is not interrupted.

[15] AstraZeneca for its part argues that allowing Apotex to continue sales of Apo-Omeprazole despite the fact the NOC has been quashed will result in a significant loss of sales of its " Losec ". Such loss will have a greater impact on AstraZeneca than the loss to Apotex if the judgment is enforced. " Losec " is AstraZeneca's single most important brand and its sales

des pressions additionnelles sur le système de santé canadien. Elle prétend qu'un préjudice irréparable sera ainsi causé à la population canadienne et que la prépondérance des inconvénients favorise donc l'octroi d'une suspension.

[12] À cet égard, le procureur général soutient que le statu quo découle principalement du fait qu'Apotex a reçu son avis de conformité en janvier 2004 et que, depuis ce temps, il a été possible de commercialiser légalement l'Apo-Oméprazole au Canada. Des hôpitaux, des pharmacies et d'autres distributeurs du médicament en auraient acheté, détenu et distribué, et des malades auraient reçu des ordonnances à remplir (et à renouveler) pour ce médicament; dans bien des cas, ces activités auraient été financées par les gouvernements provinciaux.

[13] Le procureur général ajoute que, lorsque l'avis de conformité a été annulé, la vente du médicament est subitement devenue illicite, malgré l'effet de cette mesure sur les membres du public autres que les parties au litige. La situation sera ramenée au statu quo antérieur au jugement si ce dernier est infirmé en appel. Toutefois, si la suspension n'est pas accordée, il y aura une rupture temporaire du statu quo. Au nombre des problèmes que cela créerait dans la prestation des soins de santé au Canada, notons des difficultés importantes pour les formulaires provinciaux, pour les professionnels de la santé et pour les malades, notamment, des problèmes en matière de prévision, de budgétisation et de thérapies non conventionnelles.

[14] C'est donc dire que toute rupture temporaire du statu quo ne peut qu'entraîner des perturbations, de la confusion et des coûts additionnels dans le système des soins de santé et pour ses participants. Selon le procureur général, l'intérêt public sera mieux servi si le statu quo n'est pas rompu.

[15] AstraZeneca fait valoir pour sa part qu'autoriser Apotex à continuer de vendre l'Apo-Oméprazole malgré l'annulation de l'avis de conformité entraînera une importante diminution des ventes de son médicament « Losec ». Cette perte aura plus d'impact sur AstraZeneca que celle que subira Apotex si le jugement est appliqué. « Losec » est la marque la plus importante

comprise a greater percentage of AstraZeneca's total sales than Apo-Omeprazole sales are as a percentage of Apotex' total sales.

[16] In any event, AstraZeneca is ready to indemnify Apotex with respect to damages that may result from the implementation of the judgment of this Court between now and the ultimate disposition of the appeal.

[17] Finally, AstraZeneca submits that the alleged public cost savings as a result of the presence of Apo-Omeprazole in the marketplace is not a relevant consideration under the NOC Regulations. According to AstraZeneca, the same can be said for all generic products, which would suggest that any order removing or preventing a generic from entering the marketplace should be stayed pending appeal.

#### Disposition

[18] The irreparable harm claimed by Apotex itself is irreparable in the sense Apotex can look to no one for compensation. However, the question of whether the Court should exercise its discretion in favour of Apotex on this ground alone need not be answered in light of the undertaking which has been formally made by AstraZeneca as follows:

AstraZeneca Canada Inc. ("AstraZeneca") undertakes to abide by any order concerning damages that the court may make if Apotex is granted leave to appeal the Order of the Court of Appeal dated May 18, 2005 in Court Files Nos. A-536-04 and A-535-04 (the "Order") and such appeal is allowed and it ultimately appears that the granting of the Order has caused damage to Apotex Inc. ("Apotex") for which AstraZeneca ought to compensate Apotex, during the time period beginning on the date that this Court dismisses Apotex' motion for a stay and ending on the date that the SCC grants Apotex' appeal.

[19] In my view, this undertaking is a full answer to Apotex' argument that it does not have a legal claim for its losses.

[20] The irreparable harm claimed in the name of the Canadian public is more compelling. While I do not accept that patients and doctors would be "confused" by

d'AstraZeneca et les ventes de ce produit représentent un plus grand pourcentage des ventes totales d'AstraZeneca que le pourcentage que représentent les ventes de l'Apo-Oméprazole par rapport aux ventes totales d'Apotex.

[16] De toute façon, AstraZeneca est disposée à indemniser Apotex pour les dommages pouvant résulter de l'application du jugement de la Cour d'ici au règlement ultime de l'appel.

[17] Enfin, AstraZeneca soutient que les économies que la présence de l'Apo-Oméprazole sur le marché permettrait au public de réaliser ne sont pas un élément pertinent en vertu du Règlement. D'après AstraZeneca, on peut affirmer la même chose pour tous les produits génériques, ce qui voudrait dire qu'il faudrait suspendre toute ordonnance qui prévoit le retrait d'un médicament générique du marché, ou l'empêche d'y entrer, jusqu'à l'issue de l'appel.

#### Décision

[18] Le préjudice dont Apotex elle-même fait état est irréparable en ce sens qu'Apotex ne peut se tourner vers personne pour obtenir une indemnisation. Toutefois, il n'est aucunement nécessaire de répondre à la question de savoir si, pour ce seul motif, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur d'Apotex, vu l'engagement qu'a pris AstraZeneca :

[TRADUCTION] AstraZeneca Canada Inc. (AstraZeneca) s'engage à se conformer à toute ordonnance que la Cour pourra rendre relativement à des dommages-intérêts si Apotex obtient l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance de la Cour d'appel datée du 18 mai 2005 dans les dossiers A-536-04 et A-535-04 (l'ordonnance), si cet appel est accueilli et s'il s'avère finalement que l'octroi de l'ordonnance a causé à Apotex Inc. (Apotex) un préjudice nécessitant indemnisation de la part d'AstraZeneca et ce, entre la date où la Cour rejette la requête en suspension et celle où la CSC fait droit à l'appel d'Apotex.

[19] À mon avis, cet engagement réfute complètement l'argument d'Apotex voulant qu'elle n'aie pas de réclamation fondée en droit à l'égard de ses pertes.

[20] Le préjudice irréparable invoqué au nom du public canadien est plus convaincant. Bien que je ne souscrive pas à l'idée que le fait de limiter le marché au

restricting the market to AstraZeneca's product pending appeal or that this would somehow "disrupt" the system, I am satisfied that irreparable harm would result if indeed the NOC Regulations are intended to facilitate generic entry and promote access to cheaper drugs. On that assumption, I am also satisfied that the balance of inconvenience would favour continued access to Apotex' cheaper drug for Canadians.

[21] If on the other hand, the overriding purpose of the NOC Regulations is the prevention of infringement, there is a public interest in ensuring that this objective is achieved pending appeal, even though it results in higher drug costs. The protection of patent rights, if that be the overriding consideration, brings with it increased drug costs for Canadians and it follows that the balance of inconvenience cannot be tilted in favour of keeping Apotex' product on the market only because it is cheaper.

[22] The relationship between these two competing interests under the NOC Regulations is at the heart of the decision of the Supreme Court in *Bristol-Myers Squibb*. I have given serious consideration to whether I can comment on this case given that Apotex relies on it to support its serious issue argument. The conclusion I have reached is that this cannot preclude a consideration of that decision under the other branches of the test.

[23] In *Bristol-Myers Squibb*, Binnie J. for the majority spoke of the "balance" underlying the NOC Regulations [at paragraphs 1-2]:

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

produit d'AstraZeneca jusqu'à l'issue de l'appel serait source de « confusion » pour les malades et les médecins ou « perturberait » le système, je suis convaincu qu'il y aurait un préjudice irréparable si le Règlement vise effectivement à faciliter l'entrée sur le marché des médicaments génériques et à favoriser l'accès à des médicaments moins coûteux. M'appuyant sur cette hypothèse, je suis également convaincu que la prépondérance des inconvénients favoriserait l'accès continu des Canadiens au médicament moins coûteux d'Apotex.

[21] Si, en revanche, l'objectif primordial du Règlement est la prévention de la contrefaçon, il y a un intérêt public à veiller à ce que cet objectif soit atteint jusqu'à l'issue d'un appel, même si cela entraîne une hausse du coût des médicaments. La protection des droits conférés par brevet, si tel est l'objectif primordial, s'accompagne d'une hausse du coût des médicaments pour les Canadiens et il s'ensuit que la prépondérance des inconvénients ne peut faire pencher la balance en faveur du maintien du produit d'Apotex sur le marché parce qu'il est moins coûteux.

[22] Le lien entre ces deux intérêts opposés dans le contexte du Règlement est au cœur de l'arrêt de la Cour suprême dans *Bristol-Myers Squibb*. Je me suis sérieusement demandé si je pouvais commenter cet arrêt étant donné qu'Apotex se fonde sur celui-ci pour étayer son argument axé sur l'existence d'une question sérieuse. Je suis arrivé à la conclusion que cela ne peut pas empêcher un examen de cet arrêt en fonction des autres éléments du critère.

[23] Dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb*, le juge Binnie, s'exprimant au nom de la majorité, a traité de l'« équilibre » qui sous-tend le Règlement [aux paragraphes 1 et 2] :

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

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

Later, he stated (at paragraph 47):

It seems clear that the *NOC Regulations* were introduced to help generic drug companies and at the same time to curb potential patent abuse by them.

[24] The issue in that case was whether the *NOC Regulations* were to be applied so as to protect Bristol-Myers Squibb’s patent rights. This in turn depended on which side of the “balance” best achieved the statutory purpose.

[25] At the beginning of his analysis, Binnie J. noted that facts are always important (paragraph 34). The important fact in that case was that the product in issue was an innovator drug which means that the related *NOC* had been obtained without reliance on Bristol-Myers Squibb’s patented drug or on its “Canadian reference product” when the matter is considered in the perspective of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870. This is highly significant as absent such reliance, there is no basis for suspecting or inferring that a “copycat drug” is in the making, and no basis for triggering the application of the *NOC Regulations* when regard is had to their reason for being.

[26] Against this background, one can see why the Supreme Court saw fit to discard an interpretative approach focussed on patent protection, as it was clear that no infringement could be suspected nor inferred on the facts of that case. However, I believe that I am giving this decision a fair reading in saying that when a comparison is made by a generic manufacturer to a patented drug or reliance is in fact placed on a patented drug so as to facilitate or accelerate the issuance of an *NOC*, the *NOC Regulations* must be construed to achieve their stated objective (paragraph 69).

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

Et plus loin (au paragraphe 47) :

Il semble évident que le *Règlement ADC* a été pris pour aider les fabricants de produits génériques et, par la même occasion, pour freiner l’exploitation potentiellement abusive de brevets [...]

[24] Dans cette affaire, la question en litige était celle de savoir s’il fallait appliquer le *Règlement* de façon à protéger les droits conférés par brevet à Bristol-Myers Squibb. Cela dépendait de l’élément de l’« équilibre » qui permettait le mieux d’atteindre l’objectif de la loi.

[25] Au début de son analyse, le juge Binnie a souligné que les faits sont toujours importants (paragraphe 34). Le fait important dans cette affaire était que le produit en litige était un médicament novateur, ce qui signifie que l’avis de conformité connexe avait été obtenu sans recours au médicament breveté de Bristol-Myers Squibb ou à son « produit de référence canadien », lorsque l’on considère la question sous l’angle du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. C’est très important car, dans un tel cas, il n’y a aucun motif de soupçonner ou d’inférer qu’une « copie de médicament » est en cours de fabrication, ni de déclencher l’application du *Règlement*, lorsque l’on tient compte de sa raison d’être.

[26] Dans ce contexte, on peut comprendre pourquoi la Cour suprême a jugé bon de rejeter une méthode d’interprétation axée sur la protection par brevet, car il était clair qu’étant donné les faits de l’affaire, aucune contrefaçon ne pouvait être soupçonnée ou inférée. Cependant, je crois interpréter correctement cet arrêt en affirmant que, lorsqu’un fabricant de médicaments génériques fait une comparaison avec un médicament breveté ou a recours à un médicament breveté pour faciliter ou accélérer la délivrance d’un avis de conformité, le *Règlement* doit être interprété de manière à réaliser son objectif déclaré (paragraphe 69).

[27] In his analysis, Binnie J. provided a very useful history of patented medicine legislation in Canada [at paragraphs 8-11]:

Until 1993 the Minister of Health was not directly concerned with patent issues. Indeed, Parliament's policy since 1923 had been to favour health cost savings over the protection of intellectual property by making available to generic manufacturers a scheme of compulsory licencing of an "invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine" under s. 39(4) of the *Patent Act*. The compulsory licencing scheme gathered momentum after 1969 when it was extended to imported drugs. A compulsory licence could invariably be obtained from the Commissioner of Patents, and a notice of compliance ("NOC") from the Minister of Health, providing the generic manufacturer could establish pharmaceutical equivalence of its product with the innovator drug ("the Canadian reference product"). In determining the terms of the licence and amount of royalty payable, the Commissioner of Patents was required to "have regard to the desirability of making the medicine available to the public at the lowest possible price consistent with giving to the patentee due reward for the research leading to the invention and for such other factors as may be prescribed" (s. 39(5)). The royalty payable to the patent owner was generally fixed at 4 percent to 5 percent of the net selling price of the drug in posological form, or 15 percent of the net selling price of the drug in bulk (T. Orhac, "The New Canadian Pharmaceutical Compulsory Licensing Provisions" (1990), 6 *C.I.P.R.* 276; G.F. Takach, *Patents: A Canadian compendium of law and practice* (1993), at p. 119; and see *Imperial Chemical Industries PLC v. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (F.C.A.), at pp. 139-40). Linking licence fees to the cost of the "research leading to the invention" did not cover the cost of massive research programs required by the innovators to produce the few "winners" from the many false starts and failed research projects that never came to market.

Section 39(14) of the *Patent Act* simply required the Commissioner of Patents to notify the Department of National Health and Welfare of all compulsory licence applications.

In a reversal of policy, Parliament in 1993 repealed the compulsory licence provisions of the *Patent Act* by what

[27] Dans son analyse, le juge Binnie a présenté un historique fort utile de la législation relative aux médicaments brevetés au Canada [aux paragraphes 8 à 11] :

Jusqu'en 1993, le ministre de la Santé n'était pas directement touché par les questions de brevet. En effet, depuis 1923, le Parlement avait comme politique de favoriser les économies dans le secteur des soins de santé au détriment de la protection de la propriété intellectuelle en rendant accessible aux fabricants de produits génériques, en vertu du par. 39(4) de la *Loi sur les brevets*, un régime de licence obligatoire à l'égard des brevets portant sur une « invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins ». Le régime de licence obligatoire a gagné du terrain après 1969, lorsqu'il a été appliqué aux drogues importées. Un fabricant de produits génériques pouvait invariablement obtenir du commissaire aux brevets une licence obligatoire et, du ministre de la Santé, un avis de conformité (« ADC »), pourvu qu'il puisse établir l'équivalence pharmaceutique de son produit avec la nouvelle drogue (« le produit de référence canadien »). En arrêtant les conditions de la licence et en fixant le montant de la redevance à payer, le commissaire aux brevets devait « [tenir] compte de l'opportunité de rendre les médicaments accessibles au public au plus bas prix possible tout en accordant au breveté une juste rémunération pour les recherches qui ont conduit à l'invention et pour les autres facteurs qui peuvent étre prescrits » (par. 39(5)). La redevance payable au breveté était en général fixée à un taux variant entre 4 et 5 pour 100 du prix de vente net du médicament sous forme posologique, ou à 15 pour 100 du prix de vente net du médicament en vrac (T. Orhac, « Les nouvelles dispositions de la *Loi canadienne sur les brevets* en ce qui concerne l'octroi de licences obligatoires dans le domaine pharmaceutique ou Comment tomber de mal en pis » (1990), 6 *R.C.P.I.* 276; G. F. Takach, *Patents : A Canadian compendium of law and practice* (1993), p. 119; et voir *Imperial Chemical Industries PLC c. Novopharm Ltd.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 137 (C.A.F.), p. 139-140). En établissant un lien entre les redevances et les « recherches qui ont conduit à l'invention », on ne tenait pas compte du coût de la masse de programmes de recherches que les innovateurs doivent mener avant d'obtenir, sur la quantité de faux départs et de projets infructueux qui n'aboutissent jamais sur le marché, quelques rares « gagnants ».

Le paragraphe 39(14) de la *Loi sur les brevets* obligeait simplement le commissaire des brevets à aviser le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social de toutes les demandes de licence obligatoire.

En 1993, le Parlement a fait volte-face et a abrogé les dispositions de la *Loi sur les brevets* relatives aux licences



became known as Bill C-91 (S.C. 1993, c. 2) and extinguished all compulsory licences issued on or after December 20, 1991. In part, these changes flowed from international obligations accepted by Canada under the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 1869 U.N.T.S. 299 (“TRIPS”). More immediately, perhaps, it was thought that Canada’s compulsory licensing system would be declared incompatible with Canada’s obligations under the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994/02, in particular art. 1709(10), signed at the end of 1992.

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. [Underlining in original.]

[28] That, it seems, is precisely what was intended. The early working exemption was inserted in subsection 55.2(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 and Parliament provided in subsection 55.2(4) [as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2] the authority for the making of regulations for the stated purpose of “preventing the infringement of a patent.” Binnie J. later explained that where no infringement was inferred or suspected, a construction which nevertheless results in the NOC Regulations being applied could not be sustained. The statutory scheme also had to be considered (see Elmer Driedger (*Construction of Statutes* (2nd ed., 1983), at page 247) as quoted by Binnie J., at paragraph 38) and part of that scheme (subsection 55.2(1)) is to allow generic manufacturers to enter the market without delay after the relevant patent has expired.

obligatoires en adoptant ce que l’on a appelé le projet de loi C-91 (L.C. 1993, ch. 2), et en annulant toutes les licences obligatoires octroyées le 20 décembre 1991 ou par la suite. Ces modifications découlaient notamment des obligations internationales assumées par le Canada dans le cadre d’un accord international, l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 1869 R.T.N.U. 332 (« ADPIC »). Il est possible qu’à plus court terme, on ait pensé que le régime canadien de licences obligatoires serait jugé incompatible avec les obligations incombant au Canada en vertu de l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 no 2, signé à la fin de 1992, en particulier avec son par. 1709(10).

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’« emmagasinement » en matière de protection de brevet, le gouvernement a pris le *Règlement ADC*, en cause dans le présent pourvoi. [Soulignement dans l’original.]

[28] C’est là, semble-t-il, précisément ce qui était visé. L’exception relative aux travaux préalables a été insérée au paragraphe 55.2(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et le législateur a prévu, au paragraphe 55.2(4) [édicte, *idem*; 2001, ch. 10, art. 2], le pouvoir de prendre des règlements dans le but déclaré d’« empêcher la contrefaçon d’un brevet ». Le juge Binnie a plus tard expliqué que, dans les cas où aucune contrefaçon n’était inférée ou soupçonnée, une interprétation qui menait néanmoins à l’application du Règlement ne pouvait pas être défendue. Il faut également prendre en considération le régime établi par la loi (voir Elmer Driedger (*Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la page 247), cité par le juge Binnie, au paragraphe 38) et une partie de ce régime (paragraphe 55.2(1)) vise à permettre aux fabricants de médicaments génériques

[29] Binnie J. was not thereby suggesting that the NOC Regulations can have as an overriding purpose the entry of generic products on the market. Allowing a generic manufacturer to put itself in a position to enter the market without delay after the relevant patent has expired, while helpful to generic drug companies, is consistent with the patent protection provided under the scheme and does not allow for the making of regulations for any purpose which would override patent protection.

[30] Indeed, Binnie J. relies on the fact that the NOC Regulations can have no other purpose to point out that applying them where no infringement is inferred or suspected would give the NOC Regulations an effect that is *ultra vires* the regulation-making power (paragraphs 67-68).

[31] Facilitating generic entry on the market and providing access to cheaper drugs are statutory objectives which can trump patent protection so long as the NOC Regulations are not brought into play. However, when the operation of the NOC Regulations is triggered, patent protection must be the overriding consideration.

[32] If I am right in this regard, it would follow that there is a public interest in giving effect to the judgments of this Court pending appeal, and no basis for the argument that irreparable harm will result from the removal from the market of Apotex' cheaper product.

[33] That being said, I must acknowledge that this conclusion is based on my reading of the decision of the Supreme Court and that an argument could be made that this decision gives generic entry and access of cheaper drugs more importance than I have given them. I should add that I have not had the benefit of counsels' views on this point as none of them saw fit to consider the impact of this decision on irreparable harm and the balance of inconvenience. I am therefore left on my own on this issue and time is of the essence.

d'entrer sur le marché dès que le brevet pertinent est arrivé à expiration.

[29] Le juge Binnie ne voulait pas dire que le Règlement peut avoir, pour objectif primordial, l'entrée de produits génériques sur le marché. Permettre à un fabricant de médicaments génériques d'entreprendre les démarches nécessaires pour entrer sur le marché dès que les brevets pertinents arrivent à expiration, même si cela est utile aux sociétés de fabrication de médicaments génériques, s'inscrit dans la protection conférée par brevet que prévoit le régime établi par la loi et ne permet pas de prendre des règlements à une fin qui aurait préséance sur cette protection.

[30] En réalité, le juge Binnie s'appuie sur le fait que le Règlement ne peut avoir aucun autre objectif pour souligner qu'appliquer le Règlement lorsqu'aucune contrefaçon n'est inférée ou soupçonnée lui donnerait un effet qui excède le pouvoir de réglementation (paragraphes 67 et 68).

[31] Faciliter l'entrée de médicaments génériques sur le marché et donner accès à des médicaments moins coûteux sont des objectifs législatifs qui peuvent éclipser la protection conférée par brevet tant que le Règlement n'entre pas en jeu. Toutefois, dès que le Règlement s'applique, c'est la protection conférée par brevet qui doit être l'élément prépondérant.

[32] Si j'ai raison sur ce point, il s'ensuivrait qu'il y a un intérêt public à donner effet aux jugements de la Cour jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur l'appel, et l'argument voulant que le retrait du marché du produit moins coûteux d'Apotex causerait un préjudice irréparable est dénué de fondement.

[33] Cela dit, je dois reconnaître que cette conclusion repose sur mon interprétation de l'arrêt de la Cour suprême et qu'il serait possible de soutenir que cet arrêt confère à l'entrée des médicaments génériques sur le marché et à l'accès à des médicaments moins coûteux plus d'importance que je ne leur en ai donné. J'ajouterais que je n'ai pu bénéficier des points de vue des avocats sur cette question, car aucun d'eux n'a jugé utile d'examiner l'effet de cet arrêt sur le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients. Je

[34] In the circumstances, I have concluded that the best exercise of my discretion is to maintain the *status quo*, but only until the Supreme Court disposes of the leave applications and conditionally upon Apotex filing its leave applications forthwith and moving to expedite their disposition. Apotex will be entitled to a single set of costs.

[35] The order will thus read:

Conditionally upon Apotex filing its leave applications forthwith and moving to have them expedited, the judgment of this Court dated May 18, 2005 in files A-535-04 and A-536-04 is stayed pending the disposition of the leave applications by the Supreme Court. If leave is denied, the stay will automatically terminate. If leave is granted, Apotex will have a period of 30 days to apply for a continued stay in which case the stay hereby given will remain effective until the Supreme Court disposes of the stay applications. Apotex shall have one set of costs.

suis donc laissé à moi-même sur cette question, et le temps presse.

[34] Dans les circonstances, j'ai conclu que la meilleure façon d'exercer mon pouvoir discrétionnaire est de maintenir le statu quo, mais uniquement jusqu'à ce que la Cour suprême ait statué sur les demandes d'autorisation et à condition qu'Apotex dépose sans délai ses demandes d'autorisation et prenne les mesures pour accélérer leur règlement. Apotex aura droit à un seul mémoire de dépens.

[35] L'ordonnance est donc la suivante :

À la condition qu'Apotex dépose sans délai ses demandes d'autorisation et prenne les mesures pour accélérer leur règlement, l'exécution du jugement de la Cour en date du 18 mai 2005 dans les dossiers A-535-04 et A-536-04 est suspendue jusqu'à ce que la Cour suprême ait statué sur les demandes d'autorisation. Si l'autorisation est refusée, la suspension prendra automatiquement fin. Si l'autorisation est accordée, Apotex aura 30 jours pour demander le maintien de la suspension, auquel cas la suspension accordée par la présente restera en vigueur jusqu'à ce que la Cour suprême ait statué sur les demandes de suspension. Apotex aura droit à un seul mémoire de dépens.

IMM-2286-03  
2005 FC 919

IMM-2286-03  
2005 CF 919

**Mohsen Rasolzadeh** (*Representative Plaintiff*)

**Mohsen Rasolzadeh** (*représentant demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada and The Minister of Citizenship and Immigration** (*Defendants*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*défendeurs*)

*INDEXED AS: RASOLZADEH v. CANADA (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: RASOLZADEH c. CANADA (C.F.)*

Federal Court, Gibson J.—Toronto, April 11; Ottawa, April 13 and July 4, 2005.

Cour fédérale, juge Gibson—Toronto, 11 avril; Ottawa, 13 avril et 4 juillet 2005.

*Practice — Judgments and Orders — Consent Judgment — Summary of proceedings leading to consent order, judgment, dismissal of proceedings encompassed by class action — Plaintiffs “economic class” applicants for permanent residence under old Immigration Act allegedly unfavourably affected by transition to Immigration and Refugee Protection Act — Plaintiffs/applicants commencing proceedings in Federal Court, but changes to transitional scheme achieving much of substantive relief sought — Settlement negotiations ensuing, principal issue being time frame for clearance of outstanding pre-2002 applications — Class action certified — Terms of settlement finalized, notice and opt-out form delivered to class members — Opt-out forms received, Court approving class action settlement — Not in interests of justice to enforce rule requiring separate proceedings be commenced for each matter, decision sought to be reviewed as too many applicants in case at bar — Consent order and judgment granted.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sur consentement — Résumé de la procédure menant au prononcé d'une ordonnance et d'un jugement sur consentement ainsi qu'au rejet des instances visées par un recours collectif — Les demandeurs, qui ont présenté une demande de résidence permanente en tant que membres de la « catégorie de l'immigration économique » en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration, étaient touchés, censément d'une façon défavorable, par la transition vers la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les demandeurs ont introduit des instances devant la Cour fédérale, mais les changements apportés au régime transitoire ont eu pour effet d'accorder en bonne partie les réparations sollicitées quant au fond — Des négociations en vue d'un règlement ont alors été entamées et la principale question se rapportait au délai prescrit pour le règlement des demandes à traiter présentées avant 2002 — Autorisation du recours collectif — Établissement des dispositions du règlement et remise de l'avis et du formulaire d'exclusion aux membres du groupe — Réception des formulaires d'exclusion et approbation par la Cour du règlement du recours collectif — Il n'était pas dans l'intérêt de la justice d'appliquer la règle voulant que, pour chaque décision ou affaire à l'égard de laquelle un contrôle judiciaire est demandé, une instance distincte doit être engagée, parce que l'affaire en l'espèce concernait un nombre trop élevé de demandeurs — Ordonnance et jugement sur consentement accordés.*

*Practice — Class Actions — Plaintiffs “economic class” applicants for permanent residence under old Immigration Act commencing proceedings after allegedly being unfavourably impacted by Immigration and Refugee Protection Act transitional scheme — Interim relief granted directing Minister of Citizenship and Immigration not finally reject pre-2002 “economic class” permanent residence applications — Representative plaintiff’s judicial review*

*Pratique — Recours collectifs — Les demandeurs, qui ont présenté une demande de résidence permanente à titre de membres de la « catégorie de l'immigration économique » en vertu de l'ancienne Loi sur l'immigration, ont engagé des instances parce qu'ils étaient touchés, censément d'une façon défavorable, par le régime transitoire prévu à la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Octroi d'une réparation provisoire enjoignant au ministre de la*

*application treated, proceeded with as action—Conditions for certification of action, set out in Federal Courts Rules, s. 299.18(1), met — Class action settled, therefore dismissed.*

This was a summary of the proceedings that led to a consent order and judgment and to the dismissal of 148 proceedings that had been consolidated with a 149th proceeding into a single class action. The class action represented 12,545 plaintiffs/applicants who were in turn representative of a class of nearly 100,000 “economic class” applicants for permanent residence in Canada and their dependants.

The plaintiffs/applicants applied for permanent residence under the old *Immigration Act*. The new *Immigration and Refugee Protection Act* and regulations came into force on December 15, 2001 and the plaintiffs/applicants were allegedly unfavourably impacted by the transitional scheme announced. This led to the commencement of proceedings in the Federal Court by the plaintiffs/applicants. Interim relief was granted on June 20, 2003 directing the Minister of Citizenship and Immigration to refrain from finally rejecting applications for permanent residence in the “economic class” submitted before January 1, 2002. The interim relief order also directed the Minister to provide persons whose applications for visas were affected with a notice, although none were issued by reason of a series of Court orders. Changes to the transitional scheme came into effect in December 2003, achieving much of the substantive relief sought by the plaintiffs/applicants. Settlement negotiations ensued.

*Held*, the consent order and judgment was granted and the class action dismissed.

Preliminary discussions were initiated in December 2003 and the principal issue was the time frame for clearance of the outstanding inventory of “economic class” applications filed prior to 2002. Terms of settlement were finalized by the Fall of 2004.

Pursuant to an order on October 29, 2004, the representative plaintiff’s application for judicial review was to be treated and proceeded with as an action, thus bringing the

*Citoyenneté et de l’Immigration de s’abstenir de rejeter de façon définitive les demandes de résidence permanente de la « catégorie de l’immigration économique » présentées avant 2002 — La demande de contrôle judiciaire du représentant demandeur a été traitée et instruite comme s’il s’agissait d’une action — Les conditions d’autorisation d’un recours collectif, énoncées à l’art. 299.18(1) des Règles des Cours fédérales, ont été réunies — Le recours collectif a été réglé et, par conséquent, rejeté.*

Il s’agissait du résumé des procédures qui ont abouti à une ordonnance et à un jugement sur consentement, de même qu’au rejet de 148 instances réunies à une 149<sup>e</sup> instance à titre de recours collectif. Le recours collectif s’appliquait à 12 545 demandeurs qui représentaient de leur côté un groupe de près de 100 000 demandeurs de résidence permanente au Canada de la « catégorie de l’immigration économique » ainsi que leurs personnes à charge.

Les demandeurs avaient sollicité la résidence permanente en vertu de l’ancienne *Loi sur l’immigration*. La nouvelle *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et ses règlements connexes sont entrés en vigueur le 15 décembre 2001, et les demandeurs étaient touchés, censément d’une façon défavorable, par le régime transitoire annoncé. Cette situation a mené les demandeurs à engager des instances devant la Cour fédérale. Le 20 juin 2003, la Cour a accordé une réparation provisoire enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de s’abstenir de rejeter de façon définitive les demandes de résidence permanente de la « catégorie de l’immigration économique » présentées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002. La réparation provisoire enjoignait également au ministre de faire parvenir un avis aux personnes dont les demandes de visa étaient touchées, mais aucun avis n’a été donné par suite d’une série d’ordonnances judiciaires. Les changements au régime transitoire, lesquels sont entrés en vigueur en décembre 2003, ont eu pour conséquence d’accorder en bonne partie les réparations sollicitées, quant au fond, par les demandeurs. Des négociations en vue d’un règlement ont alors été entamées.

*Jugement* : l’ordonnance et le jugement sur consentement ont été accordés et le recours collectif a été rejeté.

Des discussions préliminaires ont été amorcées en décembre 2003, et la principale question se rapportait au délai prescrit pour le règlement des demandes à traiter de la « catégorie de l’immigration économique » présentées avant 2002. Les dispositions du règlement ont été arrêtées à l’automne 2004.

Une ordonnance rendue le 29 octobre 2004 prévoyait que la demande de contrôle judiciaire du représentant demandeur devait être traitée et instruite comme s’il s’agissait d’une

application within the scope of the class action rules. A motion for certification of the action was then filed. The five conditions for certification are set out in subsection 299.18(1) of the *Federal Courts Rules*. These conditions do not need to be as rigorously applied in a settlement context. Here, the five conditions for certification were met and the action was certified as a class action. Appended to the certification order was a notice to the class regarding the proposed settlement of the class action and a “Class member Opt-Out From” to be delivered to all class members in accordance with an “Implementation Instruction.” The notice also identified four class counsel, and advised of guaranteed dates for selection decisions according to the dates of the original application.

594 opt-out forms were received and on March 14, 2005, the Court approved the settlement of the class action. Final approval was obtained by order and judgment dated April 13, 2005.

Although the *Federal Courts Rules* imply that for each decision or matter sought to be judicially reviewed, a separate proceeding should be commenced, it would not have been in the interests of justice to enforce that rule in the case at bar as applications for judicial review encompassed within the scope of this matter, in one case, included 2,643 applicants. The dilemma presented by judicial review proceedings with many common issues but unique factual bases involving large numbers of individuals was left for another day.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299.1 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.11 (as enacted *idem*), 299.18 (as enacted *idem*), 299.37(1) (as enacted *idem*).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 189; (2003), 224 D.L.R.

action, de façon à être visée par les règles régissant les recours collectifs. Une requête en autorisation du recours collectif a alors été déposée. Les cinq conditions d'autorisation sont énoncées au paragraphe 299.18(1) des *Règles des Cours fédérales*. L'application de ces conditions n'a pas à être aussi rigoureuse dans le contexte d'un règlement. En l'espèce, les cinq conditions à remplir aux fins de l'autorisation ont été réunies et la Cour a autorisé l'action comme recours collectif. Un avis du projet de règlement et un « formulaire d'exclusion » devant être envoyés à tous les membres du groupe en conformité avec les « instructions concernant la mise en œuvre » étaient joints à l'ordonnance. Quatre avocats du groupe étaient désignés dans l'avis, qui fixait les dates limites auxquelles les décisions concernant la sélection seraient prises en fonction des dates de présentation de la demande initiale.

Les avocats du groupe ont reçu 594 formulaires d'exclusion et, le 14 mars 2005, la Cour a approuvé le règlement du recours collectif. La Cour a donné son approbation définitive dans une ordonnance et un jugement en date du 13 avril 2005.

Les *Règles des Cours fédérales* donnent à entendre que, pour chaque décision ou affaire à l'égard de laquelle un contrôle judiciaire est demandé, une instance distincte doit être engagée, mais il n'aurait pas été dans l'intérêt de la justice d'appliquer cette règle en l'espèce parce que les demandes de contrôle judiciaire visées par la présente affaire concernaient, dans un cas, 2 643 demandeurs. La Cour ne s'est pas attaquée au dilemme que présentent les instances de contrôle judiciaire comportant de nombreux points communs, mais dont les fondements factuels sont uniques et concernent un grand nombre de personnes.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299.1 (édicte par DORS/2002-417, art. 17), 299.11 (édicte, *idem*), 299.18 (édicte, *idem*), 299.37(1) (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189; 2003 CFPI 211;

(4th) 739; 227 F.T.R. 272; 27 Imm. L.R. (3d) 157; 2003 FCT 211; *Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408; 237 F.T.R. 87; 29 Imm. L.R. (3d) 163; 2003 FC 859; *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158; (2001), 205 D.L.R. (4th) 19; 42 C.E.L.R. (N.S.) 26; 13 C.P.C. (5th) 1; 24 M.P.L.R. (3d) 9; 277 N.R. 51; 152 O.A.C. 279; 2001 SCC 68; *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 21 C.L.R. (3d) 98 (Ont. S.C.J.).

CONSENT ORDER AND JUDGMENT approving the settlement of a class action instituted by applicants for permanent residence in the “economic class” and dismissing all proceedings encompassed by the class action. Consent order and judgment granted; class action dismissed.

#### APPEARANCES:

*Ronald Foerster, Lorne Waldman, Richard Kurland, Dan Miller*, class counsel.  
*Rudolf J. Kischer, Arturo S. Alafriz, Ray G. Baril, Q.C., David L. Rosenblatt, Stéphane Duval, Mitchell S. Brownstein, Colin R. Singer* for members of the class.  
*Kevin Lunney, Helen C. H. Park, William B. Hardstaff, Daniel Latulippe* for defendants.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Toronto, *Waldman & Associates*, Toronto, *Kurland, Tobe*, Vancouver, *Dan Miller*, Toronto, class counsel.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

*The following is a summary of immigration proceedings concluding with a consent order and judgment in a class action rendered in English by*

GIBSON J.:

#### INTRODUCTION

[1] By order and judgment dated April 13, 2005, the Court dismissed without costs 148 proceedings

*Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408; 2003 CF 859; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; 2001 CSC 68; *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 21 C.L.R. (3d) 98 (C.S.J. Ont.).

ORDONNANCE ET JUGEMENT SUR CONSENTEMENT approuvant le règlement du recours collectif intenté par les demandeurs de résidence permanente de la « catégorie de l'immigration économique » et rejetant toutes les instances visées par le recours collectif. Ordonnance et jugement sur consentement accordés; recours collectif rejeté.

#### ONT COMPARU :

*Ronald Foerster, Lorne Waldman, Richard Kurland, Dan Miller*, avocats du groupe.  
*Rudolf J. Kischer, Arturo S. Alafriz, Ray G. Baril, c.r., David L. Rosenblatt, Stéphane Duval, Mitchell S. Brownstein, Colin R. Singer* pour les membres du groupe.  
*Kevin Lunney, Helen C. H. Park, William B. Hardstaff, Daniel Latulippe* pour les défendeurs.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Borden Ladner Gervais s.r.l.*, Toronto, *Waldman & Associates*, Toronto, *Kurland, Tobe*, Vancouver, *Dan Miller*, Toronto, avocats du groupe.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les défendeurs.

*Ce qui suit est la version française du résumé d'une instance en matière d'immigration qui a abouti au prononcé d'une ordonnance et d'un jugement rendus sur consentement dans un recours collectif rendu par*

LE JUGE GIBSON :

#### INTRODUCTION

[1] Par une ordonnance et un jugement en date du 13 avril 2005, la Cour a rejeté sans adjuger les dépens 148

instituted before this Court, all of which had been consolidated with a 149th proceeding into a single class action under the foregoing style of cause. The substance of the Court's order and judgment was in the following terms:

2. This Order and Judgment constitutes:

(a) Full and final resolution and release of all claims and causes of action that have been or could have been raised by any Class Member, as that expression is defined in the Settlement Agreement annexed hereto as Schedule "II" to this Order and Judgment, other than those who "opted-out" of the Settlement Agreement in accordance with its terms, in the 149 Proceedings to which the Settlement Agreement applies, including claims for prerogative relief;

(b) Full and final release by all Class Members, other than those who "opted-out" of the Settlement Agreement in accordance with its terms, of the Minister of Citizenship and Immigration and each and every of his or her past, present and future servants, agents and officers, from any and all liability or damages for the processing of the Class Members' applications for immigrant visas;

(c) An Order of prohibition against all Class Members, other than those who opted-out of the Settlement Agreement in accordance with its terms, from making any claim or commencing or maintaining any action or proceeding against any third party, including any person or corporation or Her Majesty the Queen in Right of Canada arising from or in connection with any claim that could arise against the Minister of Citizenship and Immigration or his or her agents, servant[s] or officers for contribution or indemnity or any other relief other than by way of judicial review instituted by any Class Member of any decision denying his or her application for an immigrant visa.

3. The Minister of Citizenship and Immigration shall provide an interim report to this Court and to Class Counsel, showing the Minister's progress toward meeting the terms of the Settlement Agreement, at least every ninety (90) days following the date of this Order and Judgment, unless a judge of the Federal Court and Class Counsel agree in writing to extend the time for the provision of any such report.

instances dont elle avait été saisie, lesquelles avaient été réunies à une 149<sup>e</sup> instance pour former un seul recours collectif sous l'intitulé susmentionné. Les dispositions de fond de l'ordonnance et du jugement rendus par la Cour prévoyaient ce qui suit :

[TRADUCTION]

2. Cette ordonnance et ce jugement constituent :

a) une renonciation et un règlement complets et définitifs à l'égard de toutes les réclamations et causes d'actions qui ont été ou auraient pu être présentées par un membre du groupe, telle que cette expression est définie dans la convention de règlement jointe à l'annexe « II » de l'ordonnance et du jugement, sauf les membres qui se sont exclus de la convention de règlement conformément à ses dispositions, dans les 149 instances à lesquelles la convention de règlement s'applique, y compris les réclamations visant l'obtention d'un bref de prérogative;

b) l'exonération complète et finale du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ainsi que de ses préposés, mandataires et agents passés, présents et futurs, de la part de tous les membres du groupe, sauf ceux qui se sont exclus de la convention de règlement conformément à ses dispositions, à l'égard de toute responsabilité ou dommage se rapportant au traitement des demandes de visa d'immigrant des membres du groupe;

c) une ordonnance de prohibition à l'encontre de tous les membres du groupe, sauf ceux qui se sont exclus de la convention de règlement conformément à ses dispositions, à l'égard du dépôt d'une réclamation ou encore de l'introduction ou de la poursuite de toute action ou instance à l'encontre d'un tiers, y compris toute personne ou société ou Sa Majesté la Reine du chef du Canada, découlant d'une réclamation qui aurait pu être faite contre le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou contre ses mandataires, préposés ou agents, ou s'y rapportant, pour une contribution ou indemnité ou encore pour toute réparation autre qu'une réparation par voie de demande de contrôle judiciaire présentée par un membre du groupe à la suite d'une décision rejetant sa demande de visa d'immigrant.

3. Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration remettra un rapport provisoire à la Cour et aux avocats du groupe, faisant état du progrès accompli dans l'observation des dispositions de la convention de règlement, au moins tous les quatre-vingt-dix (90) jours après la date de la présente ordonnance et du présent jugement, à moins qu'un juge de la Cour fédérale et les avocats du groupe ne conviennent par écrit de proroger le délai de présentation de pareil rapport.



4. The Injunction and Pre-Certification Notice Order, as defined in Article 1(d) of the Settlement Agreement is hereby cancelled and rendered of no force or effect. The reference to “Article 10(c) of the Settlement Agreement”, contained in paragraph 3 of the Court’s Order herein of the 14<sup>th</sup> of March, 2005 is amended to constitute a reference to “Article 10(d) of the Settlement Agreement”.

5. In all other respects, this representative class action is dismissed without costs.

[2] The Court’s order and judgment not only dismissed the 148 proceedings earlier referred to, it provided for the settlement of the class action that represented the 149<sup>th</sup> proceeding. The class action represented 12,545 plaintiffs and applicants before the Court and, according to an affidavit filed on behalf of the respondents on March 10, 2005, those plaintiffs and applicants were in turn representative of a class of very nearly 100,000 “economic class” applicants, that is to say, federally selected skilled workers, self-employed persons and entrepreneur and investor applicants for permanent residence in Canada. Since each “economic class” applicant equated to approximately 2.6 persons, taking into account dependants of each applicant, the total number of persons affected, from all corners of the world, amounted to approximately 260,000.<sup>1</sup>

[3] The events and processes leading to the consolidation of the various proceedings before this Court into a class action and to the settlement of the class action is the subject of this brief paper. It has been prepared for the purposes of the record, particularly in view of the fact that many of the proceedings that were consolidated were applications for judicial review which cannot be made the subject of class proceedings in this Court unless the Court directs that they be treated and proceeded with as an action.<sup>2</sup>

#### MILESTONES ALONG THE WAY

(a) The announcement of December 15, 2001 and the introduction into the House of Commons of the Bill

4. L’ordonnance relative à l’injonction et à l’avis préalable à l’autorisation, telle qu’elle est définie à l’alinéa *d*) de l’article premier de la convention de règlement, est par les présentes annulée et est maintenant nulle et sans effet. La mention de « l’alinéa *c*) de l’article 10 de la convention de règlement » figurant au paragraphe 3 de l’ordonnance rendue par la Cour le 14 mars 2005 est modifiée et remplacée par la mention de « l’alinéa *d*) de l’article 10 de la convention de règlement ».

5. À tous les autres égards, ce recours collectif est rejeté sans que les dépens soient adjugés.

[2] L’ordonnance et le jugement rendus par la Cour rejetaient les 148 instances susmentionnées et prévoyaient le règlement du recours collectif représentant la 149<sup>e</sup> instance. Le recours collectif s’appliquait à 12 545 personnes qui avaient présenté des demandes devant la Cour et, selon un affidavit qui a été déposé pour le compte des défendeurs le 10 mars 2005, ces demandeurs représentaient de leur côté un groupe de près de 100 000 demandeurs de la « catégorie de l’immigration économique », c’est-à-dire des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes et des demandeurs de la catégorie des entrepreneurs et des investisseurs choisis au palier fédéral aux fins de la résidence permanente au Canada. Étant donné que chaque demandeur de la « catégorie de l’immigration économique » représentait environ 2,6 personnes, s’il était tenu compte des personnes à la charge de chaque demandeur, le nombre total de personnes touchées, venant de tous les coins du monde, s’élevait à environ 260 000<sup>1</sup>.

[3] Ce bref document traite des événements et procédures qui ont abouti à la jonction en un recours collectif des diverses instances dont la Cour était saisie et au règlement du recours collectif. Le document a été préparé pour les besoins du dossier, compte tenu en particulier du fait qu’un grand nombre des instances qui ont été réunies se rapportaient à des demandes de contrôle judiciaire, qui ne peuvent pas faire l’objet d’un recours collectif devant la Cour à moins que cette dernière n’ordonne qu’elles soient instruites comme une action<sup>2</sup>.

#### ÉTAPES INTERMÉDIAIRES

a) L’annonce du 15 décembre 2001 et la présentation devant la Chambre des communes du projet de loi

to enact the *Immigration and Refugee Protection Act*

[4] The applicants and plaintiffs, and indeed all of the very nearly 100,000 “economic class” applicants, applied for immigration to Canada, as members of the “economic class” before the end of 2001. Their applications had not proceeded to a selection decision before March 31, 2003 and they were thus impacted, allegedly unfavourably, by the transition, in its original form announced December 15, 2001, from the scheme governing under the *Immigration Act*<sup>3</sup> and related regulations, to the scheme under the *Immigration and Refugee Protection Act*<sup>4</sup> and related regulations. The impact of that transition and of the inability of officials in the Department of Citizenship and Immigration to fully implement the transitional arrangements that had been put in place is well described in *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*<sup>5</sup> and need not be repeated here. In the result, the first of the proceedings within the scope of this eventual class action, with one notable exception that will not be commented on here, was commenced on March 27, 2003. Additional proceedings followed to December 11, 2003.

(b) Interim relief

[5] By mid-June 2003, some 6,000 “economic class” applicants were parties to proceedings commenced before this Court. On June 17, 2003, the Court considered applications for interim relief in favour of potential class members. By order dated June 20, 2003, amended July 10, 2003, interim relief in the following terms was granted:

1. The Minister of Citizenship and Immigration (the “Respondent”) is directed to refrain from finally rejecting applications for permanent residence submitted before the 1<sup>st</sup> of January, 2002 by skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor applicants referred to in subsection 8(1) of the *Immigration Regulations 1978*, other than provincial nominees, and

concernant l’édiction de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*

[4] Les demandeurs, et de fait tous les demandeurs de la « catégorie de l’immigration économique », dont le nombre s’élevait à près de 100 000, ont présenté une demande en vue d’immigrer au Canada à titre de membres de la « catégorie de l’immigration économique » avant la fin de l’année 2001. Le 31 mars 2003, leurs demandes n’avaient pas encore donné lieu à une décision quant à la sélection et les demandeurs étaient donc touchés, censément d’une façon défavorable, par la transition, sous la forme initialement annoncée le 15 décembre 2001, du régime applicable en vertu de la *Loi sur l’immigration*<sup>3</sup> et ses règlements connexes au régime prévu par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*<sup>4</sup> et ses règlements connexes. Les répercussions de cette transition et l’incapacité des fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l’Immigration de mettre pleinement en œuvre les dispositions transitoires qui avaient été mises en place sont bien décrites dans la décision *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*<sup>5</sup> et n’ont pas à être ici reprises. Par conséquent, la première des instances visées par le recours collectif éventuel, à une exception près dont il ne sera pas ici question, a été engagée le 27 mars 2003. Des instances additionnelles ont été engagées le 11 décembre 2003.

b) Réparation provisoire

[5] À la mi-juin 2003, environ 6 000 demandeurs de la « catégorie de l’immigration économique » étaient parties à des instances engagées devant la Cour. Le 17 juin 2003, la Cour a examiné les demandes visant l’obtention d’une réparation provisoire en faveur des membres du groupe éventuel. Par une ordonnance datée du 20 juin 2003, laquelle a été modifiée le 10 juillet suivant, la réparation provisoire suivante a été accordée :

[TRADUCTION]

1. La Cour enjoint au ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le défendeur) de s’abstenir de rejeter de façon définitive les demandes de résidence permanente déposées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 par des demandeurs qui sont des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs ou des investisseurs visés au paragraphe 8(1) du *Règlement sur l’immigration de*

who have not been provided notice of a decision thereon before 20<sup>th</sup> of June, 2003, save and except in the cases of such applicants who notify the Respondent in writing of their consent to a final rejection or where a failure to finally reject the application would violate the terms of a settlement between the applicant and the Respondent, or of any Order of a Canadian court, which settlement was formally entered into, or which court order was issued before, the 20<sup>th</sup> of June, 2003. This direction shall continue in force until further order of this Court.

2. The Respondent is further directed forthwith to provide to persons whose applications seeking immigrant visas are affected by paragraph 1 of this Order a notice in the language in which the Respondent has heretofore communicated with them, in the form set out as Appendix "A" to this Order.

Reasons in support of the Court's order were issued on July 10, 2003 [*Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 4 F.C. 408 (F.C.)].

[6] The first paragraph of the order was determined upon following consideration of the well-known factors to be considered on an application for an injunction, that is to say, whether or not a serious issue to be tried on the matters brought before the Court on behalf of the applicants and plaintiffs exists, secondly, whether or not the applicants and plaintiffs would suffer irreparable harm if an injunction were not issued, and finally, the balance of convenience between the applicants/plaintiffs on the one hand and the respondents on the other. The Court found in favour of the applicants/plaintiffs on the first two issues. On the third issue, balance of convenience, the Court wrote [at paragraph 30]:

I have concluded that the public interest in favour of the members of the putative class, taken together with the private interests of the members of that class, outweighs the public interest in ensuring that the Minister carries out, in a timely way, his current statutory and regulatory obligations in relation to members of the putative class, until proceedings currently before the Court, whether or not continued as a class action, are finally determined.

[7] With regard to the second paragraph of the order, the Court wrote [at paragraph 37]:

1978, autres que les candidats d'une province, et qui n'ont pas reçu avis d'une décision avant le 20 juin 2003, sauf dans le cas où ces demandeurs avisent par écrit le défendeur qu'ils consentent à ce rejet définitif ou dans le cas où l'omission de rejeter la demande de façon définitive violerait les conditions d'un règlement définitif conclu entre le demandeur et le défendeur ou d'une ordonnance rendue par un tribunal judiciaire canadien avant le 20 juin 2003. Cette directive demeurera en vigueur jusqu'à nouvel ordre de la Cour.

2. La Cour enjoint de plus au défendeur de faire parvenir immédiatement aux personnes dont les demandes de visas d'immigrant sont visées par le premier paragraphe de la présente ordonnance un avis, dans la langue dans laquelle le défendeur a jusqu'ici communiqué avec elles, sous la forme de l'appendice A joint à la présente ordonnance.

Les motifs à l'appui de l'ordonnance ont été rendus par la Cour le 10 juillet 2003 [*Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 408 (C.F.)].

[6] Le premier paragraphe de l'ordonnance a été établi à la suite de l'examen des facteurs bien connus dont il faut tenir compte dans une demande d'injonction, c'est-à-dire l'existence d'une question sérieuse à trancher dans les affaires présentées devant la Cour pour le compte des demandeurs, deuxièmement, la question de savoir si l'omission d'accorder une injonction peut causer un préjudice irréparable aux demandeurs et enfin la question de la prépondérance des inconvénients entre les demandeurs d'une part et les défendeurs d'autre part. La Cour a tiré une conclusion en faveur des demandeurs quant aux deux premières questions. En ce qui concerne la troisième question, la prépondérance des inconvénients, voici ce que la Cour a dit [au paragraphe 30] :

J'ai conclu que l'intérêt public favorable aux membres de la catégorie présumée, jumelé aux intérêts privés des membres de cette catégorie, l'emporte sur l'intérêt public qu'il y a à s'assurer que le ministre s'acquitte, dans un délai raisonnable, de ses obligations législatives et réglementaires actuelles envers les membres de la catégorie présumée, jusqu'à ce que l'instance qui se trouve actuellement devant la Cour, qu'elle soit ou non instruite comme un recours collectif, soit réglée de façon définitive.

[7] Quant au deuxième paragraphe de l'ordonnance, la Cour a dit ce qui suit [au paragraphe 37] :

Against the words of subsection 299.37(1) of the Rules, I have concluded that a notice in the nature of that which I have ordered is necessary “to protect the interests” of putative class members and “to ensure the fair conduct” of any class action that eventually might arise out of the proceedings now before the Court.<sup>6</sup>

[8] While the injunctive and pre-certification notice order may have remained in force, in whole or in part, until repealed by the order and judgment issued on April 13, 2005, its direct impact was somewhat limited. The respondent Minister continued to process the applications for permission to enter Canada of members of the “economic class” made by persons who were affected. Where the result of that processing was a decision in favour of an applicant, a visa issued. Where the result did not favour an applicant, no rejection was issued but the result was placed “in inventory” so that, with or without further consideration, on the lifting of the injunction, a rejection notice could follow. The notice requirement reflected in the second paragraph of the order inflicted a very substantial burden on the respondent Minister. While much preliminary work was done towards complying with the notice requirement, in the end result, the notice never issued by reason of a series of orders of this Court granting delays in implementation of the obligation created. Once again, the obligation was finally lifted by the order and judgment of April 13, 2005.

(c) Elimination of the transitional scheme

[9] On September 18, 2003, effective December 1, 2003, the then-Minister of Citizenship and Immigration announced changes to the transitional scheme applicable to “economic class” applicants that dramatically affected the applicants and plaintiffs before the Court and other members of the putative class. In his affidavit earlier referred to, David Manicom described the impact of the announcement in the following terms:

Au regard du texte du paragraphe 299.37(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, j’ai conclu qu’un avis de la nature de celui que j’ai ordonné est nécessaire « à la protection des intérêts » des membres de la catégorie présumée et « à la conduite équitable » de tout recours collectif qui pourrait découler de l’instance dont la Cour est maintenant saisie<sup>6</sup>.

[8] L’ordonnance relative à l’injonction et à l’avis préalable à l’autorisation est peut-être demeurée en vigueur, en totalité ou en partie, jusqu’à ce qu’elle soit abrogée par l’ordonnance et le jugement rendus le 13 avril 2005, mais son effet direct était plutôt restreint. Le ministre défendeur a continué à traiter les demandes d’autorisation à entrer au Canada dans la « catégorie de l’immigration économique » qui avaient été présentées par les personnes touchées. Lorsque le traitement donnait lieu à une décision en faveur d’un demandeur, un visa était délivré. Lorsque le résultat n’était pas favorable au demandeur, aucun rejet n’était prononcé et l’affaire était placée « dans les cas à traiter », de façon à ce que, indépendamment de tout examen supplémentaire, un avis de rejet puisse être signifié dès que l’injonction était levée. L’exigence relative à l’avis, au deuxième paragraphe de l’ordonnance, imposait au ministre défendeur un fardeau fort lourd. Une bonne partie du travail préliminaire a été accomplie aux fins de l’observation de l’exigence relative à l’avis, mais en fin de compte, aucun avis n’a été délivré en raison d’une série d’ordonnances par lesquelles la Cour a accordé des prorogations du délai d’exécution de l’obligation en question. Encore une fois, l’obligation a finalement été supprimée par l’ordonnance et le jugement rendus le 13 avril 2005.

c) Élimination du régime transitoire

[9] Le 18 septembre 2003, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration de l’époque a annoncé qu’à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2003, des changements seraient apportés au régime transitoire applicable aux demandeurs de la « catégorie de l’immigration économique », lesquels avaient de graves incidences pour les demandeurs et pour les autres membres de la catégorie présumée. Dans l’affidavit dont il a déjà été fait mention, David Manicom a décrit comme suit les répercussions de l’annonce :

The proposed changes were made and came into effect on December 1, 2003 (December regulations). The December regulations effectively erased the March 31, 2003 deadline for assessments under the former Act. Under the December regulations, all those who had applied in federal economic categories prior to January 1, 2002 are being assessed under the former *Immigration Act* and regulations, as well as under the IRPR [the *Immigration and Refugee Protection Regulations*], against the new, lower pass mark of 67 points, whichever is most favourable.

The benefit of these regulatory changes was also extended to all those applicants who applied prior to January 1, 2002 and whose applications had been refused following the expiry of the transitional scheme on March 31, 2003 or who had withdrawn their applications between January 1, 2002 and December 1, 2003. New transitional classes were created for their benefit, permitting them to apply for assessment under the new transitional scheme.

Finally, MCI committed to doing selection assessments of the affected cases at each mission in a generally chronological order, and to treat new applications under the newly created Transitional Classes on the basis of the original application date.

It should be noted that this latter commitment is with regard to applications at the selection stage. Applications which had received a positive selection decision prior to the entry into force of the December regulations are still to be processed to conclusion. Freezing the processing of applications which were beyond the selection stage would have led to the expiry of medical results, police certificates and other time-sensitive documents. It would also have jeopardized MCI's ability to meet 2003 and 2004 levels commitments.

[10] In effect, the announced changes achieved much of the substantive relief that the applicants and plaintiffs before the Court and other members of the putative class were seeking. In an affidavit sworn on March 3, 2005, and filed in support of the motion brought by class counsel seeking approval by the Court of the settlement agreement entered into, Mr. Lorne Waldman, one of the class counsel, commented on the September 18, 2003

[TRADUCTION]

Les changements proposés ont été effectués et ont pris effet le 1<sup>er</sup> décembre 2003 (le règlement du mois de décembre). Le règlement du mois de décembre éliminait en fait la date limite du 31 mars 2003 aux fins des évaluations effectuées en vertu de l'ancienne loi. En vertu du règlement du mois de décembre, toutes les personnes qui avaient présenté leur demande à titre de membres de catégories économiques fédérales avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 sont évaluées en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et de son règlement d'application, ainsi qu'en vertu du RIPR (le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*), par rapport à la nouvelle note de passage inférieure de 67 points, selon l'évaluation la plus avantageuse.

La possibilité de se prévaloir du changement de règlement a également été donnée à toutes les personnes qui avaient présenté leur demande avant le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et dont les demandes avaient été refusées après que le régime transitoire eut cessé de s'appliquer, le 31 mars 2003, ou qui s'étaient désistées de leur demande entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 1<sup>er</sup> décembre 2003. De nouvelles catégories transitoires ont été créées à leur profit et leur permettaient de demander à être évaluées selon le nouveau régime transitoire.

Enfin, le MCI s'est engagé à procéder aux évaluations relatives à la sélection des personnes touchées dans chaque mission, dans un ordre généralement chronologique, et à traiter les nouvelles demandes présentées par des membres des catégories transitoires qui venaient d'être créées en fonction de la date de la demande initiale.

Il importe de noter que ce dernier engagement se rapporte aux demandes au stade de la sélection. Les demandes qui ont donné lieu à une décision favorable aux fins de la sélection avant l'entrée en vigueur du règlement du mois de décembre doivent encore être menées à bonne fin. Si le traitement des demandes qui avaient dépassé le stade de la sélection avait été suspendu, les résultats médicaux, certificats de police et d'autres documents sensibles au temps n'auraient plus été valides. Cette suspension aurait également compromis la capacité du MCI de satisfaire aux niveaux d'engagement des années 2003 et 2004.

[10] En fait, les changements annoncés ont eu pour effet d'accorder en bonne partie les réparations sollicitées, quant au fond, par les demandeurs qui sont actuellement devant la Cour ainsi que par d'autres membres de la catégorie présumée. Dans un affidavit en date du 3 mars 2005, lequel a été déposé à l'appui de la requête que les avocats du groupe avaient présentée en vue de faire approuver par la Cour la convention de

announcement in the following terms:

I have carefully reviewed the regulations which are now in effect in order to determine whether or not they adequately address the issue of retroactivity as it was being applied to the class. I am satisfied that the combination of the elimination of retroactivity for all pending applications combined with the measures that allow class members who have been rejected to, in essence, re-open their applications without cost, are adequate to protect all of the members of the class. I am satisfied that these regulations have eliminated for the members of the class all of the effects of the government's previous decision to apply the new regulations retroactively. . . .

Thus, the stage was set for settlement negotiations.

(d) The settlement negotiations and the draft agreement

[11] To the best of the Court's knowledge, preliminary discussions regarding settlement were initiated on behalf of the respondents in December 2003. The principal issue was the timeframe for clearance of the "backlog", that is to say the outstanding inventory of "economic class" applications filed prior to 2002 and related applications referred to in the quotation from David Manicom's affidavit that appears above. While the Court was not directly involved in the settlement negotiations, counsel on both sides were very helpful in keeping the Court informed, and consulted the Court on a number of occasions during the eight to ten-month period of negotiations and finalization of the details of the agreement.

[12] The issue of processing times was complex. The number of applications, and thus applicants and their dependants, is large. They are distributed throughout the world. Responsibility for processing their applications lies with seven processing centres in Africa and the Middle East, ten processing centres in Asia and the

règlement qui avait été conclue, M<sup>e</sup> Lorne Waldman, l'un des avocats du groupe, a fait les commentaires suivants au sujet de l'annonce du 18 septembre 2003 :

[TRADUCTION]

J'ai minutieusement examiné les règlements qui sont en vigueur à l'heure actuelle afin d'établir s'ils traitent d'une façon adéquate de la question de la rétroactivité telle qu'elle s'appliquait au groupe. Je suis convaincu que l'élimination de la rétroactivité à l'égard de toutes les demandes pendantes, à laquelle viennent s'ajouter les mesures qui permettent aux membres du groupe qui ont été rejetés de faire essentiellement rouvrir leurs demandes sans qu'il leur en coûte quoi que ce soit, sont adéquates en vue de protéger tous les membres du groupe. Je suis convaincu que ces règlements ont éliminé, en ce qui concerne les membres du groupe, tous les effets de la décision antérieure du gouvernement d'appliquer rétroactivement les nouveaux règlements.

Cela ouvrait la voie aux négociations en vue d'un règlement.

d) Les négociations en vue d'un règlement et le projet de règlement

[11] Au mieux de la connaissance de la Cour, les discussions préliminaires concernant le règlement ont été entamées pour le compte des défendeurs au mois de décembre 2003. La principale question se rapportait au délai prescrit pour éliminer l'« arriéré », c'est-à-dire les demandes à traiter de la « catégorie de l'immigration économique » présentées avant l'année 2002 et les demandes connexes mentionnées dans le passage précité de l'affidavit de David Manicom. La Cour n'a pas directement pris part aux négociations en vue du règlement, mais les avocats des parties ont été fort utiles lorsqu'il s'est agi de tenir la Cour au courant de la situation, et ils ont consulté la Cour à plusieurs reprises pendant la période de huit à dix mois où les négociations ont eu lieu et où les détails de la convention ont été arrêtés.

[12] La question du délai de traitement était complexe. Le nombre de demandes, et par conséquent de demandeurs et de personnes à leur charge, était élevé. Les demandeurs viennent de tous les coins du monde. La responsabilité du traitement de leurs demandes incombe à sept centres de traitement en Afrique et au

Pacific region, ten processing centres in Europe and thirteen processing centres in the Western Hemisphere.

[13] Annual immigration levels are presented to Parliament. According to the affidavit of David Manicom, they are a “cornerstone of Canadian government policy and reflect difficult choices that must be made between ensuring Canada’s economic prosperity on the one hand and re-uniting families on the other.” Resources available for processing are limited and geographically widespread. Approval rates are entirely unpredictable. Processing times vary dramatically. The obvious “simple” solution of injecting additional resources is not in the least simple. Finally, the infrastructure in place in Canada to aid in the transition of new immigrants to Canada to Canadian conditions and realities, while essential to the smoothest possible transition, is also limited.

[14] On the other side of the equation, the members of the putative class had already been waiting for decisions for a significant period of time, in some cases a substantial period of time. In effect, the lives of the applicants and their family members were “on hold.” Their expectations and those of their counsel and other advisers were high.

[15] By the early autumn of 2004, terms of settlement had essentially been finalized.

[16] The settlement agreement, to this point a draft settlement agreement, extended to 14 pages which, together with the 5 schedules to the agreement, led to a total of 57 pages. The settlement agreement itself consists of a preamble setting out the background to the litigation and its current status. There follows the substance of the agreement which is comprised of 20 articles including articles on interpretation, on tax liabilities, on “no oral modifications or waivers”, and on enurement, governing law and counterparts. More substantively, the agreement includes articles on class definition, the benefits of the settlement to class

Moyen-Orient, à dix centres de traitement en Asie et dans la région du Pacifique, à dix centres de traitement en Europe et à treize centres de traitement dans l’hémisphère occidental.

[13] Les niveaux annuels d’immigration sont présentés au Parlement. Selon l’affidavit de David Manicom, ils constituent une [TRADUCTION] « pierre angulaire de la politique gouvernementale canadienne et indiquent les choix difficiles qu’il faut faire lorsqu’il s’agit d’assurer la prospérité économique du Canada d’une part et la réunification des familles d’autre part ». Les ressources disponibles aux fins du traitement sont restreintes et dispersées au point de vue géographique. Les taux d’approbation sont tout à fait imprévisibles. Le délai de traitement varie énormément. La solution « simple » évidente qui consiste à injecter des ressources additionnelles est bien loin d’être simple. Enfin, l’infrastructure en place au Canada visant à aider les nouveaux immigrants à s’adapter aux conditions et réalités canadiennes, tout en étant essentielle pour assurer une transition sans heurts, est également limitée.

[14] Par ailleurs, les membres de la catégorie présumée attendaient déjà des décisions depuis longtemps, et dans certains cas depuis fort longtemps. En fait, la vie des demandeurs et des membres de leur famille était « en suspens ». Leurs attentes et celles de leurs avocats et autres conseillers étaient élevées.

[15] Au début de l’automne 2004, les dispositions du règlement avaient essentiellement été arrêtées.

[16] La convention de règlement, qui était alors à l’état d’ébauche, comportait 14 pages; avec les 5 annexes qui y étaient jointes, il y avait en tout 57 pages. La convention de règlement elle-même est composée d’un préambule indiquant le contexte du litige et la situation actuelle. Le préambule est suivi des dispositions de fond, soit 20 articles, y compris des articles portant sur l’interprétation, sur les obligations en matière fiscale, sur l’absence de modification ou de renonciation de vive voix et sur l’application de la convention, sur le droit applicable et sur les contreparties à verser. Pour ce qui est du fond, la convention comporte des articles sur

members, orders of this Court that would be sought pursuant to the agreement, an article dealing with delivery of a notice to the class by the Department of Citizenship and Immigration, posting of information by the Department of Citizenship and Immigration on its Web site and on the Internet dealing with the proposed class action, the statement of claim, the draft settlement agreement itself and the notice to the class, an article on the right of a class member to submit written objections to the draft settlement agreement, another on finalization of the settlement agreement by this Court and finally, an article on class members' right to "opt-out of the final settlement agreement."

[17] Three articles deal with the right of the Department of Citizenship and Immigration to terminate the final settlement agreement in strictly defined circumstances, and the effect of termination by the Department of Citizenship and Immigration.

[18] The Department's right to terminate is of particular interest but will not be reviewed further since the right was not exercised.

[19] Finally, the agreement provides for monitoring reports by the Department of Citizenship and Immigration following final approval by this Court of the settlement, for the payment of amounts to counsel for applicants and plaintiffs before the Court, and lastly, for a final order of this Court. The schedules to the agreement include the "court approved" legal notice from Citizenship and Immigration Canada to be sent to all class members and the "Class Member Opt-Out Form."

(e) The class action, certification, notice to class members and the opportunity to "opt-out"

[20] A motion on consent was filed on October 8, 2004 which resulted in an order of October 29, 2004 granting leave for judicial review on the application of Mohsen Rasolzadeh. Mr. Rasolzadeh had applied for permanent residence in Canada in the "economic class" on or about February 2, 2000 at the Canadian Embassy

la description du groupe, sur les avantages du règlement pour les membres du groupe, sur les ordonnances qui seraient demandées à la Cour conformément à la convention; un article traitait de la remise d'un avis au groupe par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, de l'affichage par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, dans le site Web et dans Internet, de renseignements au sujet du recours collectif envisagé, de la déclaration, du projet de convention de règlement lui-même et de l'avis au groupe; un article traitait du droit des membres du groupe de présenter par écrit des objections à l'encontre de la convention de règlement; un autre traitait de l'approbation d'un règlement définitif par la Cour et, enfin, un article portait sur le droit des membres du groupe de « s'exclure du règlement final ».

[17] Trois articles portent sur le droit du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration de résilier la convention de règlement dans des circonstances strictement définies, et de l'effet de cette résiliation.

[18] Le droit de résiliation du Ministère est particulièrement intéressant, mais il ne sera pas examiné plus à fond étant donné qu'il n'a pas été exercé.

[19] Enfin, le règlement prévoit le dépôt de rapports d'activité par le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration à la suite de l'approbation définitive du règlement par la Cour, le paiement à la Cour de certains montants destinés aux avocats des demandeurs, et enfin, le prononcé d'une ordonnance définitive de la Cour. Les annexes jointes à la convention comprennent l'avis légal « approuvé par la Cour », que Citoyenneté et Immigration Canada doit envoyer à tous les membres du groupe, ainsi que le « formulaire d'exclusion ».

e) Le recours collectif, l'autorisation, l'avis aux membres du groupe et la possibilité de s'exclure

[20] Une requête a été présentée sur consentement le 8 octobre 2004, laquelle a donné lieu à une ordonnance en date du 29 octobre 2004, accordant l'autorisation de contrôle judiciaire à l'égard de la demande de Mohsen Rasolzadeh. Le 2 février 2000 ou vers cette date, M. Rasolzadeh avait présenté à l'ambassade du Canada, à



in Ankara, Turkey. The order further provided that, pursuant to subsection 18.4(2) of the *Federal Courts Act*, Mr. Rasolzadeh's application for judicial review was to be treated and proceeded with as an action, in the result, bringing Mr. Rasolzadeh's application for judicial review within the scope of the Court's class action rules. Finally, Mr. Rasolzadeh was granted leave to file a statement of claim in a form attached to his notice of motion.

[21] A notice of motion for certification of Mr. Rasolzadeh's action was filed, once again on consent.

[22] The *Federal Courts Rules* are quite specific on the preconditions to certification and the matters to be considered on a motion for certification. For ease of reference, section 299.18 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the Rules is set out in a schedule to this summary. In the circumstances of this matter, subsection 299.18(3) had no application.

[23] Counsel identified as "class counsel" in the settlement agreement and counsel for the respondents filed extensive and very helpful submissions in support of certification. They noted that subsection 299.18(1) of the Rules uses mandatory language to indicate that the Court must grant certification in the event that the five conditions in that rule are met and subsection 299.18(3) does not apply. They noted that the class action scheme provided for in this Court's Rules, while essentially new and to this point not the subject of detailed consideration, provides criteria for certification identical to the criteria in class action legislation in certain provinces, particularly the criteria provided in the *Class Proceedings Act* of British Columbia.<sup>7</sup>

[24] Counsel urged that the Court's class action rules should be construed generously. In support of this proposition, in addition to one other authority, counsel

Ankara, en Turquie, une demande en vue de résider en permanence au Canada à titre de membre de la « catégorie de l'immigration économique ». L'ordonnance prévoyait en outre que, conformément au paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la demande de contrôle judiciaire de M. Rasolzadeh devait être instruite comme s'il s'agissait d'une action, de façon à être visée par les règles de la Cour régissant les recours collectifs. Enfin, M. Rasolzadeh a obtenu l'autorisation de déposer une déclaration dans la forme prévue dans son avis de requête.

[21] Un avis de requête en vue d'obtenir l'autorisation à l'égard de l'action de M. Rasolzadeh a été déposé, une fois encore sur consentement.

[22] Les *Règles des Cours fédérales* énoncent d'une façon passablement expresse les conditions d'autorisation et les facteurs pris en compte dans le cadre d'une requête visant l'autorisation. Par souci de commodité, l'article 299.18 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des Règles est reproduit dans une annexe jointe au présent résumé. Eu égard aux circonstances de l'affaire, le paragraphe 299.18(3) des Règles ne s'appliquait pas.

[23] Les avocats désignés à titre d'« avocats du groupe » dans la convention de règlement et les avocats des défendeurs ont déposé de longues observations fort utiles à l'appui de l'autorisation. Ils ont fait remarquer que le paragraphe 299.18(1) des Règles est rédigé en des termes péremptoires pour indiquer que la Cour doit accorder l'autorisation dans les cas où les cinq conditions prévues dans ces dispositions sont remplies et où le paragraphe 299.18(3) ne s'applique pas. Ils ont fait remarquer que le régime des recours collectifs prévu dans les Règles de la Cour, tout en étant essentiellement nouveau et n'ayant pas encore fait l'objet d'un examen détaillé, prévoit aux fins de l'autorisation des critères identiques à ceux énoncés dans la législation de certaines provinces régissant les recours collectifs, en particulier les critères prévus dans la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique<sup>7</sup>.

[24] Les avocats ont soutenu que les règles régissant les recours collectifs doivent être interprétées d'une façon libérale. À l'appui de cette proposition, en plus

cited *Hollick v. Toronto (City)*<sup>8</sup> where the Chief Justice, for the Court, wrote at paragraph 14:

The legislative history of the *Class Proceedings Act, 1992*, [of Ontario] makes clear that the Act should be construed generously.

The Chief Justice continued at paragraph 15:

The Act reflects an increasing recognition of the important advantages that the class action offers as a procedural tool. As I discussed at some length in *Western Canadian Shopping Centres* . . . class actions provide three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. Second, by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own. Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers modify their behaviour to take full account of the harm they are causing, or might cause, to the public. In proposing that Ontario adopt class action legislation, the Ontario Law Reform Commission identified each of these advantages: . . . In my view, it is essential therefore that courts not take an overly restrictive approach to the legislation, but rather interpret the Act in a way that gives full effect to the benefits foreseen by the drafters. [Citations omitted; emphasis added.]

Counsel urged that, in cases of certification as part of a settlement, as here, courts have been less stringent in the application of conditions such as those in subsection 299.18(1) of the Rules than they might otherwise be. For this proposition, counsel cited *Garipey v. Shell Oil Co.*<sup>9</sup> where Justice Nordheimer wrote [at paragraph 27]:

The requirements for certification in a settlement context are the same as they are in a litigation context . . . their application need not . . . be as rigorously applied in the settlement

d'une autre décision faisant autorité, les avocats ont cité l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*<sup>8</sup>, dans lequel le juge en chef, au nom de la Cour, a dit ce qui suit au paragraphe 14 :

Il ressort de l'évolution législative de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* [de l'Ontario] qu'il convient de l'interpréter libéralement.

Le juge en chef a ajouté ce qui suit au paragraphe 15 :

La Loi traduit la reconnaissance croissante des avantages importants qu'offre le recours collectif comme instrument de procédure. J'explique en détail dans *Western Canadian Shopping Centres* [. . .] que le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les tenter individuellement. Troisièmement, le recours collectif sert l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence. En proposant l'adoption d'une loi sur les recours collectifs, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a fait ressortir chacun de ces avantages : [. . .] Il est donc essentiel, selon moi, que les tribunaux n'interprètent pas la loi de manière trop restrictive, mais qu'ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés par les rédacteurs. [Renvois omis; non souligné dans l'original.]

Les avocats ont fait valoir que, lorsqu'il y a autorisation dans le cadre d'un règlement, comme c'est ici le cas, les tribunaux ont appliqué d'une façon moins rigoureuse qu'ils ne l'auraient peut-être habituellement fait certaines conditions telles que celles qui sont énoncées au paragraphe 299.18(1) des Règles. À l'appui de cette thèse, les avocats ont cité la décision *Garipey v. Shell Oil Co.*<sup>9</sup>, dans laquelle le juge Nordheimer a dit ce qui suit [au paragraphe 27] :

[TRADUCTION] Les exigences applicables à l'autorisation dans le contexte d'un règlement sont les mêmes que celles qui s'appliquent dans le contexte d'un litige [. . .] leur application

context, principally because the underlying concerns over the manageability of the ongoing proceeding are removed.

[25] Against the foregoing general principles, counsel reviewed the facts underlying this class action against each of the five criteria in subsection 299.18(1) of the Rules citing very helpful authorities from provincial courts and the Supreme Court of Canada. In the result, I was satisfied that the five conditions for certification set out in subsection 299.18(1) were met.

[26] By order dated November 10, 2004, the Court certified Mr. Rasolzadeh's action as a class action. The order defined the persons constituting the "class", appointed Mr. Rasolzadeh as representative plaintiff for the class, and identified the common issues among the members of the class. It appended to the order a "Notice" to the class and a "Class member Opt-Out Form." The order directed that the "Notice" and "Opt-Out form" be delivered by the respondent Minister to all class members, "as soon as practical". It required that the delivery to class members be made in accordance with a rather complex "implementation instruction", also appended to the order, and that all steps within the control of the defendants be taken to ensure the mailing or other final distribution of the notice to the class members be completed by December 9, 2004. Finally, the order provided that the earlier notice to provide pre-certification notice to proposed class members reflected in the Court's order of June 20, 2003, was cancelled, an impact that was confirmed in two later orders of the Court. Four class counsel were identified in the notice which was entitled "Notice of Proposed Settlement of a Class Action Lawsuit in Canada, Relating to Certain Economic Class Applicants Seeking Immigrant Visas."

[27] The notice provided an opportunity extending to March 1, 2005, for class members to file objections to

n'a pas [. . .] à être aussi rigoureuse dans le contexte d'un règlement, et ce, principalement parce que les préoccupations sous-jacentes liées à la capacité de gestion de l'instance en cours sont éliminées.

[25] Compte tenu des principes généraux susmentionnés, les avocats ont examiné les faits sous-tendant ce recours collectif par rapport à chacun des cinq critères énoncés au paragraphe 299.18(1) des Règles en citant des décisions faisant autorité fort utiles rendues par les cours provinciales et la Cour suprême du Canada. Je suis donc convaincu que les cinq conditions à remplir aux fins de l'autorisation qui sont énoncées au paragraphe 299.18(1) des Règles ont été remplies.

[26] Par l'ordonnance datée du 10 novembre 2004, la Cour a autorisé l'action intentée par M. Rasolzadeh en tant que recours collectif. L'ordonnance définissait les personnes dont le « groupe » était composé, désignait M. Rasolzadeh à titre de représentant demandeur du groupe et indiquait les points communs à tous les membres du groupe. Un « avis » à l'intention du groupe et un « formulaire d'exclusion » étaient joints à l'ordonnance. L'ordonnance enjoignait au ministre défendeur d'envoyer l'« avis » et le « formulaire d'exclusion » à tous les membres du groupe [TRADUCTION] « le plus tôt possible ». Elle exigeait que ces documents soient transmis aux membres du groupe conformément à des [TRADUCTION] « Instructions concernant la mise en œuvre » plutôt complexes, lesquelles étaient également jointes à l'ordonnance, et elle enjoignait aux défendeurs de prendre toutes les mesures en leur pouvoir afin de faire en sorte que l'avis soit envoyé par la poste ou transmis aux membres du groupe au plus tard le 9 décembre 2004. Enfin, l'ordonnance prévoyait que l'avis antérieur, soit l'avis préalable à l'autorisation à l'intention des membres du groupe proposé dont il était fait état dans l'ordonnance de la Cour du 20 juin 2003, était annulé, soit une conséquence qui a été confirmée dans deux ordonnances ultérieures de la Cour. Quatre avocats du groupe étaient désignés dans l'avis, qui s'intitule [TRADUCTION] « Avis du projet de règlement d'un recours collectif au Canada, concernant certains demandeurs de la catégorie de l'immigration économique qui ont sollicité des visas d'immigrant ».

[27] Selon l'avis, les membres du groupe avaient la possibilité, jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2005, de déposer leurs

the proposed settlement of the class action, which, itself, was briefly described in the notice. Objections were to be sent to the Court and to one of the class counsel identified for that purpose.

[28] Pursuant to the settlement agreement, the notice advised that members of the class who submitted their applications for visas in the “economic class” in 1999 or earlier would receive selection decisions by February 1, 2006, that those who submitted their applications in 2000 would receive their selection decisions by February 1, 2007, and that those who submitted their applications in 2001 would receive their selection decisions by August 1, 2008. Not surprisingly, a number of objections were filed, essentially all being based on the additional time that would elapse before any selection decision would be guaranteed.

(f) Interim approval of the settlement

[29] As earlier noted, class members had until March 1, 2005, to respond to the notice regarding the proposed settlement that was provided to them sometime in December 2004 or January 2005. With the expiration of the response period, by motion dated March 9, 2005, class counsel sought an order approving the settlement of the class action and consequential and related relief. By order dated March 14, 2005, following a hearing in Toronto with video conference connections to Montréal, Edmonton and Vancouver, the Court essentially granted the class counsels’ motion. The substance of the Court’s order was in the following terms:

- The settlement of this action as set out in the draft Settlement Agreement dated November 3, 2004 between the Minister of Citizenship and Immigration (“MCI”) and the 17 Proceedings Lawyers, as defined therein (the “Settlement Agreement”) attached to the Notice of Motion as Tab “A” is approved.

objections à l’encontre du projet de règlement du recours collectif, lequel était lui-même brièvement décrit dans l’avis. Les objections devaient être envoyées à la Cour et à l’un des avocats du groupe désigné à cette fin.

[28] Conformément à la convention de règlement, l’avis informait les membres du groupe qui avaient soumis leur demande de visa à titre de membres de la « catégorie de l’immigration économique » en 1999 ou auparavant que la décision concernant la sélection leur serait communiquée au plus tard le 1<sup>er</sup> février 2006, que ceux qui avaient soumis leur demande en l’an 2000 recevraient la décision concernant la sélection au plus tard le 1<sup>er</sup> février 2007 et que ceux qui avaient soumis leur demande en 2001 seraient avisés la décision concernant la sélection au plus tard le 1<sup>er</sup> août 2008. Comme on peut s’y attendre, un certain nombre d’objections ont été déposées, lesquelles étaient essentiellement fondées sur le délai additionnel qui s’écoulerait avant qu’une décision concernant la sélection soit garantie.

f) Approbation provisoire du règlement

[29] Comme il en a ci-dessus été fait mention, les membres du groupe pouvaient jusqu’au 1<sup>er</sup> mars 2005 répondre à l’avis concernant le projet de règlement qui leur avait été remis au mois de décembre 2004 ou au mois de janvier 2005. À l’expiration du délai imparti pour les réponses, par une requête en date du 9 mars 2005, les avocats du groupe ont demandé une ordonnance approuvant le règlement du recours collectif et les réparations connexes en résultant. Par une ordonnance en date du 14 mars 2005, à la suite d’une audience tenue à Toronto avec liaison vidéo avec Montréal, Edmonton et Vancouver, la Cour a essentiellement accueilli la requête des avocats du groupe. Les dispositions de fond de l’ordonnance de la Cour était libellées comme suit :

[TRADUCTION]

- Le règlement du recours tel qu’il en est fait état dans le projet de convention de règlement daté du 3 novembre 2004 entre le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le MCI) et les 17 avocats en cause dans l’instance, tels qu’ils sont désignés dans cette convention (la convention de règlement) jointe à l’avis de requête, à l’onglet « A », est approuvé.

- The Injunction and Pre-Certification Notice Order, as defined in Article 1(d) of the Settlement Agreement, shall be cancelled and rendered of no force or effect, upon signification of MCI, in accordance with Article 10(c) [*sic*, should read (d)] of the Settlement Agreement that MCI intends to proceed with the settlement.

- The Settlement Agreement, as approved by this Court shall be posted by MCI on its web site, along with the Class Member Opt-Out Form, no later than March 18, 2005. Such materials shall remain posted on MCI's web site until the date on which this Court grants its final approval of the settlement in accordance with article 15 of the Settlement Agreement.

A total of 594 opt-out forms were received by class counsel.

[30] The Minister of Citizenship and Immigration formally notified the Court of the defendants' intention to proceed with the settlement on April 8, 2005. That notification represented an acknowledgement by the defendants that circumstances justifying withdrawal by the defendants from the settlement agreement, in accordance with its terms, did not exist or, if they did, the Minister had determined not to exercise the option to withdraw.

(g) Final settlement approval

[31] By motion filed April 11, 2005, class counsel, on behalf of the representative plaintiff, sought final approval of the settlement of the class action.

[32] By order and judgment dated April 13, 2005, the Court granted the essence of the relief sought. All proceedings before the Court that were encompassed by the class action were dismissed without costs. The substance of the order and judgment is quoted in paragraph 1 of this summary.

CONCLUSION

[33] This summary constitutes the "reasons" that were contemplated by a paragraph 6 in the order of April 13, last. In fact, they are not reasons but are more accurately a "summary", and indeed a rather brief summary, of

- L'ordonnance relative à l'injonction et à l'avis préalable à l'autorisation, telle qu'elle est définie à l'alinéa d) de l'article premier de la convention de règlement, sera annulée et deviendra nulle et sans effet, sur signification par le MCI, conformément à l'alinéa c) [*sic*, il devrait être fait mention de l'alinéa d)] de l'article 10 de la convention de règlement que le MCI a l'intention de procéder au règlement.

- La convention de règlement, telle qu'elle a été approuvée par la Cour, sera affichée par le MCI dans son site Web, avec le formulaire d'exclusion, au plus tard le 18 mars 2005. Ces documents continueront à être affichés dans le site Web du MCI tant que la Cour n'aura pas approuvé le règlement d'une façon définitive conformément à l'article 15 de la convention de règlement.

En tout, 594 formulaires d'exclusion ont été reçus par les avocats du groupe.

[30] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a formellement avisé la Cour de l'intention des défendeurs de procéder au règlement le 8 avril 2005. Cette notification représentait une reconnaissance, de la part des défendeurs, qu'il n'existait pas de circonstances justifiant leur retrait de la convention de règlement, conformément à ses dispositions, ou que s'il en existait, le ministre avait décidé de ne pas se prévaloir de son droit de retrait.

g) Approbation finale du règlement

[31] Par requête déposée le 11 avril 2005, les avocats du groupe, pour le compte du représentant demandeur, ont sollicité l'approbation finale du règlement du recours collectif.

[32] Par une ordonnance et un jugement en date du 13 avril 2005, la Cour a accordé l'essentiel de la réparation demandée. Toutes les instances se trouvant devant la Cour qui étaient visées dans le recours collectif ont été rejetées sans que des dépens soient adjugés. Les dispositions de fond de l'ordonnance et du jugement sont reproduites au premier paragraphe du présent résumé.

CONCLUSION

[33] Ce résumé constitue les « motifs » qui étaient prévus au paragraphe 6 de l'ordonnance du 13 avril dernier. De fait, il ne s'agit pas de motifs, mais plus exactement d'un « résumé », qui est en fait plutôt bref,

steps in the case management process leading to the eventual first settlement of a class action in this Court that was achieved by the order and judgment. The process involved the initiation of 149 separate proceedings in this Court. It involved approximately 20 teleconferences connecting the Court and counsel in Montréal, Toronto, Edmonton and Vancouver as well as 3 hearings in Toronto that were audio and video linked to Montréal, Edmonton and Vancouver.

[34] In at least one small respect, the *Federal Courts Rules* were rather badly bent. Those Rules at least imply that for each decision or matter sought to be judicially reviewed before the Court, a separate proceeding should be commenced. Applications for judicial review encompassed within the scope of this matter in fact, in one case, included 2,643 applicants, each with his or her own decision or matter to be reviewed on particular and unique facts. This Judge is satisfied that it would not have been in the interests of justice to enforce the one decision or matter/one application for judicial review rule in this particular context. That is not to say that if the totality of the proceedings before the Court had not been converted to a class action, it would have been within the capacity of this Court to effectively and with justice deal with an application for judicial review involving so many applicants and decisions or matters.

[35] A solution to the dilemma presented by judicial review proceedings with many common issues but unique factual bases and involving large numbers of individuals, is for another day.

#### POSTSCRIPT

[36] The Court wishes to extend its thanks to all counsel who were part of this process. As earlier noted, applicants and plaintiffs were represented by 17 separate counsel situated in Montréal, the Greater Toronto Area, Edmonton and Vancouver. Particular thanks must go to

des étapes de la procédure de gestion de l'instance menant au premier règlement éventuel d'un recours collectif devant la Cour qui a été obtenu au moyen de l'ordonnance et du jugement. La procédure comportait l'introduction de 149 instances distinctes devant la Cour. Il y avait eu près de 20 téléconférences reliant la Cour et les avocats, à Montréal, Toronto, Edmonton et Vancouver, ainsi que 3 audiences à Toronto, avec liaison audio et vidéo avec Montréal, Edmonton et Vancouver.

[34] Sur au moins un point, on a contourné d'une façon passablement marquée les *Règles des Cours fédérales*. Ces règles donnent du moins à entendre que, pour chaque décision ou affaire à l'égard de laquelle un contrôle judiciaire est demandé, une instance distincte doit être engagée. Les demandes de contrôle judiciaire visées par la présente affaire concernaient en fait, dans un cas, 2 643 demandeurs à l'égard desquels une décision ou une demande devait être examinée sur la base de faits particuliers propres à chaque demandeur. Je suis convaincu qu'il n'aurait pas été dans l'intérêt de la justice d'appliquer dans ce contexte particulier la règle voulant que, pour chaque décision ou pour chaque demande, il doit y avoir une demande de contrôle judiciaire. Cela ne veut pas dire que si la totalité des instances dont la Cour est saisie n'avaient pas été transformées en un recours collectif, la Cour aurait été en mesure d'examiner d'une façon efficace et juste une demande de contrôle judiciaire concernant un si grand nombre de demandeurs et un si grand nombre de décisions ou de demandes.

[35] Nous reviendrons ailleurs sur la solution à apporter au dilemme que présentent des demandes de contrôle judiciaire comportant de nombreux points communs, mais dont les fondements factuels sont uniques en leur genre et concernent un grand nombre de personnes.

#### POST-SCRIPTUM

[36] La Cour tient à remercier tous les avocats qui ont participé à cette procédure. Comme il a été indiqué précédemment, les demandeurs étaient représentés par 17 avocats, de Montréal, de la région du Grand Toronto, d'Edmonton et de Vancouver. La Cour tient en

the 4 counsel from among the 17 who were eventually nominated as class counsel. The respondents were represented by counsel from the Department of Justice situated, once again, in Montréal, Toronto, Edmonton and Vancouver.

[37] The goodwill, imagination and determination exhibited by all counsel made the Court's role in the case management of these proceedings and in their eventual settlement interesting, challenging and, eventually, successful. This Judge, on behalf of the Court, is satisfied that the eventual outcome, at least to this point, represents a model of a just, reasonable and relatively inexpensive determination of all of the proceedings at issue.

[38] The Court looks forward to monitoring the regular reports from the respondents dealing with progress toward elimination of the backlog of relevant applications for entry to Canada in the "economic class."

particulier à remercier les 4 avocats, parmi les 17 avocats, qui ont en fin de compte été désignés avocats du groupe. Les défendeurs étaient représentés par des avocats du ministère de la Justice, venant encore une fois de Montréal, de Toronto, d'Edmonton et de Vancouver.

[37] La bonne volonté, l'imagination et la détermination dont ont fait preuve tous les avocats ont eu pour effet de rendre intéressant, stimulant et, en fin de compte, fructueux le rôle de la Cour en ce qui concerne la gestion de ces instances et leur règlement subséquent. Le soussigné, au nom de la Cour, est convaincu que le résultat atteint, du moins jusqu'ici, représente un modèle de règlement juste, raisonnable et relativement peu coûteux de toutes les instances en cause.

[38] La Cour sera heureuse d'examiner les rapports réguliers que les défendeurs déposeront, faisant état du progrès accompli en vue d'éliminer l'arriéré des demandes pertinentes d'admission au Canada dans la « catégorie de l'immigration économique ».

## SCHEDULE

## (Paragraph 22)

**299.18** (1) Subject to subsection (3), a judge shall certify an action as a class action if

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;
- (d) a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact; and
- (e) there is a representative plaintiff who
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
  - (ii) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members how the proceeding is progressing,
  - (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
  - (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class action is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

- (a) questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;
- (b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;

## ANNEXE

## (Paragraphe 22)

**299.18** (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une action comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait collectifs, qu'ils prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon équitable et efficace les points de droit ou de fait collectifs;
- e) un des membres du groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :
  - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
  - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés du déroulement de l'instance,
  - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs,
  - (iv) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

(2) Afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait collectifs de façon équitable et efficace, tous les facteurs pertinents doivent être pris en compte, notamment les facteurs suivants :

- a) la prédominance des points de droit ou de fait collectifs sur ceux qui ne concernent que certains membres;
- b) le nombre de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des actions séparées;



(c) the class action would involve claims that are or have been the subject of any other action;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class action would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

(3) If the judge determines that a class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all the class members so that the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the judge shall not certify the action as a class action unless there is a representative plaintiff who

(a) would fairly and adequately represent the interests of the subclass;

(b) has prepared a plan for the action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the subclass and of notifying subclass members how the proceeding is progressing;

(c) does not have, on the common questions of law or fact for the subclass, an interest that is in conflict with the interests of other subclass members; and

(d) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff and the representative plaintiff's solicitor.

c) la question de savoir si le recours collectif comprendrait des réclamations qui ont été ou qui sont l'objet d'autres actions;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les réclamations;

e) la question de savoir si la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen.

(3) Si le juge constate qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait collectifs que ne partagent pas tous les membres du groupe de sorte que la protection des intérêts des membres du sous-groupe exige qu'ils aient un représentant distinct, il n'autorise l'action comme recours collectif que si un des membres du sous-groupe peut agir comme représentant demandeur et, à ce titre :

a) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du sous-groupe;

b) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'action au nom du sous-groupe et tenir les membres du sous-groupe informés du déroulement de l'instance;

c) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du sous-groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait collectifs;

d) communique un sommaire des ententes relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et son avocat.

<sup>1</sup> Affidavit of David Manicom filed March 10, 2005, defendants' motion record, filed March 19, 2005.

<sup>2</sup> See the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], s. 18.4(2) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28], and ss. 299.1 [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] and 299.11 [as enacted *idem*] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [s. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. I-2.

<sup>4</sup> S.C. 2001, c. 27 in force, with some exceptions not applicable here, June 28, 2002.

<sup>5</sup> [2003] 4 F.C. 189 (T.D.).

<sup>6</sup> S. 299.37(1) [as enacted by SOR/2002-417, s. 17] of the *Federal Courts Rules*, reads as follows:

**299.37 (1)** A judge may, at any time, order any party to give any notice that the judge considers necessary to protect

<sup>1</sup> Affidavit de David Manicom déposé le 10 mars 2005, dossier de requête des défendeurs déposé le 19 mars 2005.

<sup>2</sup> Voir la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], art. 18.4(2) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28], et les art. 291.1 [édicte par DORS/2002-417, art. 17] et 291.11 [édicte, *idem*] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. I-2.

<sup>4</sup> L.C. 2001, ch. 27, entrée en vigueur, à quelques exceptions près qui ne s'appliquent pas ici, le 28 juin 2002.

<sup>5</sup> [2003] 4 C.F. 189 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>6</sup> L'art. 299.37(1) [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des *Règles des Cours fédérales* est rédigé comme suit :

**299.37 (1)** Le juge peut, à tout moment, ordonner à une partie de donner tout avis qu'il estime nécessaire à la

the interests of any class member or party or to ensure the fair conduct of the proceeding.

<sup>7</sup> R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4.

<sup>8</sup> [2001] 3 S.C.R. 158.

<sup>9</sup> (2002), 21 C.L.R. (3d) 98 (Ont. S.C.J.).

protection des intérêts d'un membre du groupe ou d'une partie ou à la conduite équitable de l'instance.

<sup>7</sup> R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4.

<sup>8</sup> [2001] 3 R.C.S. 158.

<sup>9</sup> (2002), 21 C.L.R. (3d) 98 (C.S.J. Ont.).

T-1591-04  
2005 FC 1397

T-1591-04  
2005 CF 1397

**Dominion Investments (Nassau) Ltd. and Martin Tremblay (President of Dominion Investments (Nassau) Ltd.) (Plaintiffs)**

**Dominion Investments (Nassau) Ltd. et Martin Tremblay (Président de Dominion Investments (Nassau) Ltd.) (demandeurs)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen in right of Canada (Defendant)**

**Sa Majesté la Reine, chef du Canada (défenderesse)**

**INDEXED AS: DOMINION INVESTMENTS (NASSAU) LTD. v. CANADA (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : DOMINION INVESTMENTS (NASSAU) LTD. c. CANADA (C.F.)**

Federal Court, Gauthier J.—Montréal, May 19; Ottawa, October 13, 2005.

Cour fédérale, juge Gauthier—Montréal, 19 mai; Ottawa, 13 octobre 2005.

*Practice — Stay of Proceedings — Appeal from Prothonotary's decision staying plaintiffs' action against defendant pending completion of police investigation — Defendant invoking Canada Evidence Act, s. 37 (objection to disclosure on ground of public interest) to prevent disclosure of affidavit filed in support of motion to stay — Prothonotary wrong to examine serious issue advanced by defendant (whether defendant able to make full answer, defence without disclosing information referred to in affidavit) as that issue calling for analysis of possible application of Canada Evidence Act, s. 37 to action, not stay motion — Defendant not establishing irreparable harm if action not stayed — Insufficient evidence for Court to balance diverse interests at play — Appeal allowed.*

*Pratique — Suspension d'instance — Appel de la décision d'un protonotaire de suspendre l'action des demandeurs contre la défenderesse jusqu'à la conclusion d'une enquête policière — La défenderesse a invoqué l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada (opposition à la divulgation pour des raisons d'intérêt public) pour empêcher la divulgation d'un affidavit déposé à l'appui de la requête en suspension — Le protonotaire s'est trompé lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée par la défenderesse (à savoir si la défenderesse était en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont faisait état l'affidavit), puisqu'elle impliquait une analyse de l'application possible de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada mais au niveau de l'action, et non pas de la requête en suspension — La défenderesse n'a pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'action n'était pas suspendue — Il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour permettre à la Cour de balancer les divers intérêts en jeu — Appel accueilli.*

*Evidence — Defendant's motion record for stay of plaintiffs' action including Canada Evidence Act, s. 37 certificate stating disclosure of information in affidavit filed in support of motion would encroach on public interest — Such use of Canada Evidence Act, s. 37 proactive rather than reactive — Not Parliament's intention s. 37 be used in proactive way to prevent disclosure of evidence voluntarily produced — S. 37 allowing objection in reactive context only — Non-disclosure order re: affidavit not available in case at bar — In any event, Prothonotary not having regard to correct public interest principles supporting disclosure, confusing factors relevant to stay with principles relevant to s. 37 order.*

*Preuve — Le dossier de requête de la défenderesse visant à obtenir la suspension de l'action des demandeurs comprenait un certificat en vertu de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada qui mentionnait que la divulgation de l'information contenue dans l'affidavit déposé à l'appui de la requête causerait un préjudice à l'intérêt public — Une telle utilisation de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada est proactive plutôt que réactive — Il n'était pas de l'intention du législateur que l'art. 37 soit utilisé d'une manière proactive pour empêcher la divulgation d'une preuve produite volontairement — L'art. 37 ne permet une opposition que dans un contexte réactif seulement — Une ordonnance de non-divulgation quant à l'affidavit n'était pas disponible en l'espèce — Quoiqu'il en soit, le protonotaire n'avait pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en*

*Construction of Statutes — Canada Evidence Act, s. 37 — If Parliament intended s. 37 be used to prevent disclosure of evidence voluntarily produced, would have referred to power to compel disclosure rather than production — Purposive interpretation of s. 37 most consistent with fundamental principles of our law allowing objections to be made in reactive context only, i.e. in course of objection to production before court, person or body with jurisdiction to compel production.*

This was an appeal from a Prothonotary's decision granting the defendant's motion to stay the plaintiffs' action for an injunction against the RCMP and damages against the Crown pending the completion of a police investigation. In its motion record, the defendant included a certificate under section 37 of the *Canada Evidence Act* stating, *inter alia*, that disclosure of the information in all of the redacted paragraphs of the affidavit filed in support of the motion, would seriously encroach on a public interest, i.e. the functioning of the RCMP and of Canadian police services, as well as on the conduct of ongoing criminal investigations. Section 37 specifies that a Minister of the Crown or other official may object to the disclosure of information before a court or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

At issue in this appeal was whether the defendant could use the procedure in section 37 of the Evidence Act to prevent the disclosure of the affidavit, if so, whether a stay of proceedings was the appropriate remedy, and if so, whether the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* was applicable.

*Held*, the appeal should be allowed.

The defendant sought to use section 37 of the Evidence Act in a proactive context (i.e. to prevent disclosure of information prepared and filed by it of its own accord to obtain a procedural advantage) rather than in a reactive context (i.e. in the course of an objection to production of that information before a court, person or body with jurisdiction to compel the

*faveur de la divulgation et il avait confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en suspension et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'art. 37.*

*Interprétation des lois — Art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada — Si le législateur avait l'intention de permettre que soit utilisé l'art. 37 pour empêcher la divulgation d'une preuve produite volontairement, il aurait référé au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production — L'interprétation téléologique de l'art. 37 respecte le plus les principes fondamentaux de notre droit en permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, à savoir dans le cadre d'une opposition à la production des renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production.*

Il s'agissait d'un appel de la décision d'un protonotaire qui avait accueilli la requête de la défenderesse en suspension de l'action des demandeurs visant à obtenir une injonction contre la GRC et des dommages-intérêts contre la Couronne jusqu'à la conclusion d'une enquête policière. Dans son dossier de requête, la défenderesse avait inclus un certificat en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui mentionnait, entre autres, que la divulgation de l'information contenue dans tous les paragraphes caviardés de l'affidavit déposé à l'appui de la requête causerait un préjudice sérieux à l'intérêt public, à savoir au fonctionnement de la GRC et des corps de police du Canada, de même qu'à la conduite d'enquêtes criminelles en cours. L'article 37 précise qu'un ministre fédéral ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal ou un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

Les questions en litige dans le présent appel étaient de savoir si la défenderesse pouvait utiliser le mécanisme prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve pour empêcher la divulgation de l'affidavit et si, le cas échéant, la suspension d'instance était le remède approprié. Dans l'affirmative, il s'agissait de savoir si les trois critères développés dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* étaient applicables.

*Jugement* : l'appel doit être accueilli.

La défenderesse cherchait à utiliser l'article 37 de la Loi sur la preuve dans un contexte proactif (à savoir pour empêcher la divulgation de renseignements qu'elle avait préparés et produits de son propre gré afin d'obtenir un avantage procédural) plutôt que dans un contexte réactif (à savoir dans le cadre d'une opposition à la production de ces

production of information). If Parliament had intended to allow an authorized person to use section 37 to prevent disclosure of evidence that he or she voluntarily produced before such a court or person, it would have referred to the power to compel disclosure rather than production in that section. The Court adopted the interpretation of section 37 that is most consistent with the fundamental principles of our law, which require that proceedings be public, that the administration of justice be transparent, that the Court have the benefit of adversarial proceedings before making a decision and that each party have access to all of the relevant evidence. If section 37 is interpreted as allowing objections to be made in a reactive context only, it is remedial and ensures the attainment of its objectives perfectly. Based on this purposive interpretation of section 37, neither the Prothonotary nor the Court had the power under that section to make a non-disclosure order in respect of the affidavit.

Even if section 37 of the Evidence Act did apply in a proactive context, the Prothonotary failed to have regard to the correct public interest principles that support disclosure in his analysis, and confused the factors that are relevant to the analysis of the motion under paragraph 50(1)(b) (stay of proceedings) of the *Federal Courts Act* with the principles relevant to an order under section 37 of the Evidence Act when he said that the central public interest reason in support of disclosure was the right to a speedy hearing. That question is relevant regarding whether a stay should be granted, but is not the central reason in support of disclosure. A party's right to have access to all of the evidence relevant to the proceedings before the Court is a public interest that operates in support of disclosure. Here, the relevant proceeding was not the action in damages but the stay motion. And the fact that the action included a claim for an injunction was irrelevant to the exercise directed by section 37 of the Evidence Act, but was relevant to the merits of the stay motion. In applying *RJR — MacDonald*, the Prothonotary was wrong to examine the serious issue advanced by the defendant (i.e. whether the defendant is able to make full answer and defence without disclosing the information referred to in the affidavit) as that issue called for an analysis of the possible application of section 37 to the action rather than to the stay motion.

Exercising its discretion *de novo* (and assuming that section 37 applied in a proactive context), the Court held that

informations auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements). Si le législateur avait eu l'intention de permettre à une personne autorisée d'utiliser l'article 37 pour empêcher la divulgation d'une preuve qu'elle produit volontairement devant un tel tribunal ou personne, il aurait référé, dans cet article, au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production. La Cour a adopté l'interprétation qui respectait le plus les principes fondamentaux de notre droit, lequel exige que les débats soient publics, que l'administration de la justice soit transparente, que la Cour ait le bénéfice de débats contradictoires avant de prendre une décision et que chaque partie ait accès à toute la preuve pertinente. En interprétant l'article 37 comme permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, cette disposition apporte une solution et est parfaitement compatible avec la réalisation de son objet. Selon cette interprétation téléologique de l'art. 37, ni le protonotaire ni la Cour n'avaient le pouvoir, en vertu de cet article, de rendre une ordonnance de non-divulgation quant à l'affidavit.

Même si l'article 37 s'appliquait dans un contexte proactif, le protonotaire n'avait pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en faveur de la divulgation dans son analyse et il avait confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en vertu de l'alinéa 50(1)b) (suspension d'instance) de la *Loi sur les Cours fédérales* et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la preuve*, lorsqu'il avait dit que la raison centrale d'intérêt public qui militait en faveur de la divulgation était le droit à la célérité. Cette question est pertinente pour déterminer si l'on doit accorder une suspension, mais elle n'est sûrement pas la raison centrale qui milite en faveur de la divulgation. Le droit d'une partie d'avoir accès à toute la preuve pertinente à la procédure devant la Cour est un intérêt public qui milite pour la divulgation. Ici, la procédure pertinente n'était pas l'action en dommages mais bien la requête en suspension. Et le fait que l'action incluait une demande d'injonction n'était pas non plus pertinent à l'exercice prévu à l'article 37 de la *Loi sur la preuve*, mais il était pertinent à l'analyse du bien-fondé de la requête en suspension. En appliquant l'arrêt *RJR — MacDonald*, le protonotaire s'est trompé lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée par la défenderesse (à savoir si la défenderesse était en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont faisait état l'affidavit), puisqu'elle impliquait une analyse de l'application possible de l'article 37 mais au niveau de l'action, et non pas de la requête en suspension.

Exerçant son pouvoir discrétionnaire *de novo* (et assumant que l'article 37 s'appliquait dans un contexte proactif), la

the defendant did not establish irreparable harm if the action was not stayed, and found that there was not sufficient evidence to balance the diverse interests at play.

Finally, although section 37 of the Evidence Act may only be used in a reactive context, this does not mean that a motion under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Courts Act* may never be granted to enable police services to complete an investigation when a civil action has been instituted. Such a motion may succeed where it is justified by the circumstances and public interests at play.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 43.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183), 37.21 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43; rep. by S.C. 2004, c. 12, s. 18), 37.3 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38 (as am. *idem*, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144(F)).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50 (as am. *idem*, s. 46).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459; (2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

##### CONSIDERED:

- RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. No. 3868 (Sup. Ct.) (QL); *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.).

Cour a décidé que la défenderesse n'avait pas établi qu'elle subirait un préjudice irréparable si l'action n'était pas suspendue et elle a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour balancer les divers intérêts en jeu.

Enfin, quoique l'article 37 de la Loi sur la preuve ne puisse être appliqué que dans un contexte réactif, cela ne veut pas dire qu'une requête en vertu de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* ne peut jamais être accordée pour permettre aux corps policiers de conclure une enquête alors qu'une action civile a été intentée. Une telle requête peut être accueillie lorsque cela est justifié par les circonstances et les intérêts publics en jeu.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 43.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 41 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 3).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183), 37.21 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; abrogé par L.C. 2004, ch. 12, art. 18), 37.3 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38 (mod., *idem*, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte., *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F)).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50 (mod., *idem*, art. 46).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459; 2003 CAF 488; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

- RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. n° 3868 (C.S.) (QL); *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 SCC 27; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 31 C.C.L.T. (2d) 113; 203 N.R. 36; *671905 Alberta Inc. v. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 F.C. 713; (2003), 27 C.P.R. (4th) 385; 241 F.T.R. 160; 305 N.R. 137; 2003 FCA 241; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 33 B.C.L.R. (4th) 261; 199 B.C.A.C. 1; 184 C.C.C. (3d) 515; 21 C.R. (6th) 142; 120 C.R.R. (2d) 203; 2004 SCC 43; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154; 2002 FCA 470; *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.

## AUTHORS CITED

Cooper, T. G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.  
Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from the Prothonotary's decision (2005 FC 254) granting the defendant's motion to stay the plaintiffs' action against it and allowing the defendant to invoke section 37 of the *Canada Evidence Act* to prevent disclosure of information in an affidavit filed in support of the motion. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*R. Michel Décary, Louise Touchette and Charles C. Gagnon* for plaintiffs.  
*Jacques Savary and Nathalie Drouin* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman Elliott LLP*, Montréal, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; 2003 CSC 27; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *671905 Alberta Inc. c. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 C.F. 713; 2003 CAF 241; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246.

## DOCTRINE CITÉE

Cooper, T. G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1990.  
Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.

APPEL de la décision d'un protonotaire (2005 CF 254) qui avait accueilli la requête de la défenderesse en suspension de l'action des demandeurs contre elle et lui permettant d'invoquer l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour empêcher la divulgation de renseignements contenus dans un affidavit déposé à l'appui de la requête. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*R. Michel Décary, Louise Touchette et Charles C. Gagnon* pour les demandeurs.  
*Jacques Savary et Nathalie Drouin* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Stikeman Elliott s.r.l.*, Montréal, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse.

*The following is the English version of the reasons for order and order rendered by*

[1] GAUTHIER J.: Dominion Investments Nassau Ltd. (Dominion) has appealed from the decision of the Prothonotary [2005 FC 254] to stay their action for a permanent injunction against the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), and for damages including punitive and exemplary damages (US\$6,350,000) against Her Majesty, for a period of 12 months to allow the defendant to pursue and complete a police investigation that is currently ongoing. The stay is accompanied by a requirement that the defendant report to the Court within six months regarding any significant change that might make it possible to resume the proceedings and lift the stay.

[2] In that order, the Prothonotary also ordered that the affidavit of Serge Therriault, filed in support of the defendant's motion for the stay, be delivered to it by hand and that all copies held by the Court be destroyed within a reasonable time.

[3] This appeal raises two novel issues:

(i) Can the defendant use the procedure set out in section 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 43; 2002, c. 8, s. 183] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Evidence Act) to prevent the disclosure of information (in this case, the affidavit of Mr. Therriault prepared specifically to support its motion to stay the action under paragraph 50(1)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]) (the Act) that it itself chose to file to obtain an order other than the order relating to the disclosure of that information?

(ii) If so, is a stay of proceedings the appropriate remedy to allow the RCMP to complete an ongoing investigation when the conduct of the investigation is itself the central issue in the action in damages, and if so, must the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, which is generally applicable in analyzing motions for a stay of proceedings under section 50, be

*Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par*

[1] LA JUGE GAUTHIER : Dominion Investments Nassau Ltd. (Dominion) en appelle de la décision du protonotaire [2005 CF 254] de suspendre leur action visant à obtenir une injonction permanente contre la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et des dommages et intérêts y inclus des dommages punitifs et exemplaires (6 350 000 \$US), contre Sa Majesté pour une période de 12 mois afin de permettre à la défenderesse de poursuivre et conclure une enquête policière présentement en cours. Cette suspension est accompagnée d'une obligation pour la défenderesse de faire rapport à la Cour, dans les six mois, de tout changement significatif qui pourrait permettre de poursuivre les procédures et de lever la suspension.

[2] Dans cette même ordonnance, le protonotaire ordonne que l'affidavit de Serge Therriault, déposé au soutien de la requête en sursis par la défenderesse, lui soit remis en mains propres et que toute copie de la Cour soit détruite après une période raisonnable.

[3] Cet appel soulève deux questions nouvelles soit :

i) La défenderesse peut-elle utiliser le mécanisme prévu à l'article 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43; 2002, ch. 8, art. 183] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (Loi sur la preuve) pour empêcher la divulgation d'information (ici, l'affidavit de M. Therriault préparé spécifiquement pour appuyer sa requête pour suspendre l'action en vertu de l'alinéa 50(1)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]) (la Loi) qu'elle a elle-même choisi de produire pour obtenir une ordonnance autre que celle qui porte sur la divulgation de cette information?

ii) Si oui, la suspension d'instance est-elle le remède approprié pour permettre à la GRC de conclure une enquête en cours alors que la tenue même d'une enquête est au cœur de l'action en dommages? Dans l'affirmative, l'analyse du mérite de la requête doit-elle être faite en utilisant les trois critères développés dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 et qui sont généralement



applied in analyzing the merits of the motion?

## BACKGROUND

[4] It is not appropriate to review in detail the facts alleged in the action. For the purposes of this appeal, it is sufficient to note that in their action, the plaintiffs allege that in 2002 and 2003, in the course of an investigation, the RCMP disclosed information that was false, misleading and highly prejudicial to their reputations and their business to certain financial institutions with which they did business and to the police in the United States.

[5] That information was allegedly disclosed in relation to a request made by the American authorities for the extradition of Daniel Pelchat, in a document filed in September 2002 in the public record of the Quebec Superior Court, stating:

As part of our financial investigation, we have, together with the RCMP, learned that Pelchat's moneys are deposited into an investment account named Dominion Investments at the Royal Bank of Canada. While that investigation remains ongoing, the RCMP reports that Dominion Investments is a Bahamian money laundering operation affiliated with the Hell's Angels. [Emphasis added.]

[6] As I said, the plaintiffs are seeking, in addition to the damages they are claiming, an order enjoining the RCMP to cease disclosing any information to anyone regarding them, including any information relating to the facts out of which this action arose. With regard to the allegations in the amended statement of claim, I also understand that they are thereby attempting to put an end to, or prevent, any future investigation in which they might be directly or indirectly implicated.

[7] In its motion record, the defendant included a certificate under section 37 of the Evidence Act referring to, without disclosing, the information found in the redacted affidavit filed in support of the stay motion. Mr. Covey, the Superintendent of the RCMP, stated in that certificate that disclosure of the information in all of the redacted paragraphs of the affidavit would seriously

applicables lors de l'analyse de requêtes en suspension d'instance présentées en vertu de l'article 50?

## CONTEXTE

[4] Il n'est pas opportun de réviser en détail les faits allégués dans l'action. Il est suffisant pour les fins du présent appel de mentionner que dans leur action, les demandeurs allèguent que la GRC, dans le cadre d'une enquête, aurait divulgué en 2002 et en 2003, à certaines des institutions financières avec lesquelles ils faisaient affaire ainsi qu'à des autorités policières américaines, des renseignements faux, trompeurs et hautement préjudiciables à leurs réputations et à leurs affaires.

[5] Ces renseignements auraient aussi été dévoilés dans le cadre d'une demande faite par les autorités américaines afin d'extrader un certain Daniel Pelchat dans un document déposé en septembre 2002 dans le dossier public de la Cour supérieure du Québec qui indique :

[TRADUCTION] Dans le cadre de notre enquête financière, nous avons appris, ainsi que la GRC, que les deniers de Pelchat étaient déposés dans un compte de placement sous le nom de Dominion Investments à la Banque Royale du Canada. Bien que cette enquête soit toujours en cours, la GRC signale que Dominion Investments est une entreprise bahamienne de blanchiment d'argent ayant des liens avec les Hell's Angels. [Non souligné dans l'original.]

[6] Comme je l'ai dit, en plus des dommages et intérêts qu'ils réclament, les demandeurs cherchent à obtenir une ordonnance enjoignant à la GRC de cesser de communiquer à qui que ce soit quelque information au sujet des demandeurs y compris toutes informations se rapportant aux faits ayant donné lieu à la présente action. Compte tenu des allégations de la déclaration amendée, je comprends aussi qu'ils tentent ainsi de mettre fin ou de prévenir toute enquête future où ils pourraient être impliqués directement ou indirectement.

[7] Dans son dossier de requête, la défenderesse a inclus un certificat en vertu de l'article 37 de la Loi sur la preuve qui réfère, sans les dévoiler, aux informations qui se trouvent dans l'affidavit caviardé déposé au soutien de la requête en suspension. M. Covey, surintendant de la GRC, y indique que la divulgation de l'information contenue dans tous les paragraphes

encroach upon a public interest, and more specifically the functioning of the RCMP and of Canadian police services, as well as on the conduct of ongoing criminal investigations. He also certified that it would endanger the lives of individuals who have cooperated with the police services in those investigations, that it would identify or tend to identify informers and individuals who are the subject of investigations and investigative techniques used by the RCMP and, more generally, police intelligence.

[8] The plaintiffs are therefore generally aware of the principles relied on by the defendant to protect the substance of Mr. Therriault's affidavit under section 37, in accordance with the procedure set out in that section. However, they are not aware of the evidence filed by the defendant to establish that it has met the test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, and that it is entitled to a stay of proceedings.

[9] At the hearing before the Prothonotary, the defendant also had an opportunity to make additional submissions *ex parte* (that is, in the absence of the plaintiffs and their counsel) and to provide an explanation of the evidence filed in support of its stay motion.

[10] In his decision, the Prothonotary first considered the application of section 37 of the Evidence Act, and stated, based on the information in the certificate and the redacted affidavit, that the defendant was justified in objecting to disclosure of the information in the affidavit because there were reasons of public interest not to disclose it. He found that Mr. Covey's certificate complied with the requirements in section 37 and that there was no public interest in disclosure that outweighed the interest identified in the certificate. On that point, he noted, in paragraph 22 of his decision, that "the main reason why disclosure might be in the public interest" is that it is in the interests of justice that parties' rights be recognized as soon as possible when they apply to the courts for a remedy.

[11] On that point, he then said, at paragraph 23:

caviardés de cet affidavit causerait un préjudice sérieux à l'intérêt public plus particulièrement au fonctionnement de la GRC et des corps de police du Canada de même qu'à la conduite d'enquêtes criminelles en cours. Il certifie aussi qu'elle mettrait en danger la vie d'individus qui ont collaboré avec les corps policiers dans le cadre de ces enquêtes, qu'elle identifierait ou tendrait à identifier des informateurs et des individus qui font l'objet d'enquêtes de même que des techniques d'enquêtes utilisées par la GRC et, plus généralement, des renseignements policiers.

[8] De ce fait, les demandeurs connaissent généralement les principes invoqués par la défenderesse pour protéger l'essentiel de l'affidavit de M. Therriault en vertu de l'article 37, et ce, conformément au mécanisme prévu dans cet article. Ils ne connaissent toutefois pas la preuve déposée par la défenderesse pour établir qu'elle rencontre les critères établis dans *RJR — MacDonald Inc.*, et qu'elle a droit à une suspension de l'instance.

[9] De plus, dans le cadre de l'audience devant le protonotaire, la défenderesse a eu l'opportunité de présenter *ex parte* (soit en l'absence des demandeurs et de leurs procureurs) des représentations additionnelles et de donner des explications sur la preuve déposée au soutien de sa requête pour une suspension.

[10] Dans sa décision, le protonotaire se penche d'abord sur l'application de l'article 37 de la Loi sur la preuve et il indique, sur la base des informations contenues dans le certificat et l'affidavit caviardé, que la défenderesse est justifiée de s'opposer à la divulgation de renseignements contenus dans l'affidavit parce qu'il existe des raisons d'intérêt public militant en faveur d'une telle non-divulgation. Il conclut que le certificat de M. Covey respecte les exigences de l'article 37 et qu'il ne voit pas de raisons d'intérêt public qui l'emporte sur celles identifiées au certificat. À cet égard, il note au paragraphe 22 de sa décision que « [l]a raison centrale d'intérêt public qui pourrait militer en faveur de la divulgation » est que l'intérêt de la justice commande que les justiciables voient leurs droits reconnus dans les meilleurs délais lorsqu'ils s'adressent au tribunaux pour obtenir réparation.

[11] À cet égard, il dit ensuite au paragraphe 23 :

The right to a speedy disposition is indeed in play here as well, but it cannot outweigh a valid public interest identified in the Certificate. The fact that the plaintiffs are seeking an injunction cannot, in my opinion, make this case more important, because it is uncertain whether that remedy may be granted in this instance.

[12] In the second step, the Prothonotary considered the primary remedy sought by the defendant: a stay of proceedings. After identifying how, in his opinion, the case must be distinguished from *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. No. 3868 (Sup. Ct.) (QL), he concluded that, having regard to the allegations in the statement of claim, the defendant could not present a defence that would protect her right to make full answer and defence, and protect the other public interests referred to in the affidavit, without disclosing the information in the affidavit of Serge Therriault.

[13] In his opinion, this clearly indicated that a stay would be in the public interest within the meaning of paragraph 50(1)(b), but [at paragraph 35] “[f]or greater certainty, and as is the practice of this Court”, he then applied the test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, and concluded that having regard to the particular facts of the case, a stay of proceedings was the only remedy that could guarantee both the defendant’s right to protect the public interest information in the affidavit of Serge Therriault and its right to make full answer and defence.

## ISSUES

[14] The plaintiffs submit that the Prothonotary made a number of errors of law in his analysis and his application of section 37 of the Evidence Act, as follows:

(i) He refused to apply the principles of law set out in ample criminal jurisprudence, stating simply that those principles relate solely to criminal law, and he did not consider all of the material evidence in the assessment mandated by section 37;

Ce droit à la célérité est certes présent ici également mais il ne saurait l’emporter face aux raisons d’intérêt public valablement soulevées dans le cadre du Certificat. Le fait que les demandeurs réclament l’émission d’une injonction ne saurait à mon avis donner plus d’importance au présent dossier puisqu’il est incertain qu’un tel recours puisse être octroyé en l’espèce.

[12] Dans une deuxième étape, le protonotaire se penche sur la demande principale de la défenderesse soit la suspension d’instance. Après avoir établi les distinctions qui s’imposent selon lui avec l’arrêt *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1996] A.Q. n° 3868 (C.S.) (QL), il conclut que compte tenu des allégations dans la déclaration, la défenderesse ne pourrait, sans dévoiler les renseignements contenus à l’affidavit de Serge Therriault, développer une défense qui protégerait son droit à une défense pleine et entière ainsi que les autres intérêts publics auxquels fait référence l’affidavit.

[13] Selon lui, ceci indique clairement qu’une suspension serait dans l’intérêt public au sens de l’alinéa 50(1)b) [au paragraphe 35] mais «[P]our plus de sûreté et comme c’est la pratique en cette Cour » il applique ensuite le test énoncé dans *RJR — MacDonald Inc.*, et conclut que compte tenu des faits particuliers en l’espèce, la suspension de l’instance est le seul remède pouvant concilier le droit de la défenderesse de protéger les renseignements d’intérêt public apparaissant à l’affidavit de Serge Therriault et son droit à une défense pleine et entière.

## QUESTIONS EN LITIGE

[14] Les demandeurs soumettent que le protonotaire a commis plusieurs erreurs de droit dans son analyse et dans son application de l’article 37 de la Loi sur la preuve soit :

i) Il a refusé d’appliquer les principes de droit développés dans une abondante jurisprudence dans des matières criminelles en disant simplement que ces principes concernent uniquement le droit criminel et n’a pas considéré tous les éléments pertinents dans l’évaluation mandaté par l’article 37;

(ii) He did not consider the fact that the defendant was unable to rely on section 37 because the information it wished to protect had already been made public;

(iii) He erred in fact and in law when he refused, notwithstanding subsection 37(5) of the Evidence Act, to establish conditions for disclosure of the information in the affidavit filed by the defendant, such as disclosure to the plaintiffs' counsel only.

[15] The Prothonotary allegedly erred when he agreed to apply the process described in section 37 for protecting information prepared and filed by the defendant of its own accord in order to obtain a procedural advantage, a stay of proceedings (proactive context) rather than in the course of an objection to production of that information (reactive context) when it was or could have been required to do so by a court or other body with the authority to compel it to do so in response to an application for such an order. In the plaintiffs' submission, the Prothonotary also erred, in this context, by hearing submissions *ex parte*.

[16] The plaintiffs further argue that the Prothonotary erred when he found that a stay of proceedings was an appropriate remedy in this instance and applied the test in *RJR — MacDonald Inc.*, which in their submission is not an applicable analytical framework, as has been decided by Rochon J., in *Mulroney*.

[17] Their final argument is that if the Prothonotary was right to use that test, he erred in the specific manner in which he applied it, by suggesting that the plaintiffs might not be entitled to obtain an injunction and by failing to consider, *inter alia*, that there would be irreparable harm to their reputation if the proceedings were stayed.

#### ANALYSIS

[18] The standard of review that applies to the Prothonotary's decision is settled law (*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18). It was recently restated by

ii) Il n'a pas considéré que la défenderesse ne pouvait invoquer l'article 37 puisque les renseignements qu'elle veut protéger ont déjà été rendus publics;

iii) Il a erré en fait et en droit en refusant, malgré le paragraphe 37(5) de la Loi sur la preuve, de fixer des conditions quant à la divulgation des renseignements contenus dans l'affidavit déposé par la défenderesse comme par exemple la communication aux procureurs des demandeurs seulement.

[15] Le protonotaire aurait aussi erré en acceptant d'appliquer le processus décrit à l'article 37 pour protéger des renseignements préparés et produits par la défenderesse de son propre gré afin d'obtenir un avantage procédural, soit une suspension d'instance (contexte proactif) plutôt que dans le cadre d'une opposition à la production de ces informations (contexte réactif) alors qu'elle est ou pourrait être tenue de le faire par un tribunal ou autre organisme ayant le pouvoir de l'y contraindre suite à une demande à cet effet. Selon les demandeurs, dans ce contexte, le protonotaire a aussi erré en entendant des représentations *ex parte*.

[16] Les demandeurs arguent de plus que le protonotaire a erré en concluant que la suspension d'instance était un remède approprié dans l'espèce et en appliquant les critères de *RJR — MacDonald Inc.*, qui selon eux ne constituent pas une grille d'analyse applicable et ce comme l'a déjà décidé le juge André Rochon dans *Mulroney*.

[17] Finalement, ils soumettent que si le protonotaire était bien fondé à utiliser ces critères, il a erré dans leur application particulièrement en mettant en doute le droit des demandeurs à obtenir une injonction et en ne considérant pas entre autres qu'ils subiraient un préjudice irréparable à leur réputation suite à une telle suspension.

#### ANALYSE

[18] La norme de contrôle applicable à cette décision du protonotaire est bien établie (*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18). Elle a été récemment reformulée par la

the Federal Court of Appeal in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.), where Décary J.A. described it as follows [at paragraph 19]:

Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.

[19] The plaintiffs submit that the Prothonotary's decision is vital to the final outcome of the case. However, they have not explained how a stay of proceedings, a measure that is neutral and essentially temporary, would have such an influence that way.

[20] The Prothonotary's decision to apply the process set out in section 37 to the information in the redacted affidavit is indeed vital to the final outcome of the motion, but certainly not to the outcome of the action. As I will explain later, that decision does not relate to the future disclosure of information or documents during the proceeding once the stay is lifted.

[21] In any event, for the reasons that I will explain below, I am satisfied that the Prothonotary erred in law when he agreed to apply section 37 of the Evidence Act to the stay motion. In addition, if I am not mistaken on this point, in my opinion the Prothonotary was clearly wrong in his assessment of the interests at stake in relation to the application of section 37 and paragraph 50(1)(b) of the Act. That error justifies that I consider the motion *de novo*. I will return to this point.

#### A. Application of section 37 of the Evidence Act

[22] First, we should note that at the hearing before the Prothonotary the plaintiffs did not suggest that section 37 did not apply. In response to questions by the Court, the plaintiffs submitted that the defendant could not rely on section 37 to prevent the disclosure of the evidence it had itself filed in support of its request for a

Cour d'appel fédérale dans *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.) où le juge Décary la décrit comme suit [au paragraphe 19] :

Le juge saisi de l'appel contre l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, b) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits.

[19] Les demandeurs soutiennent que la décision du protonotaire porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du litige. Toutefois, ils n'ont pas expliqué en quoi la suspension d'instance, une mesure neutre et essentiellement temporaire, aurait une telle influence.

[20] Il est vrai que la décision du protonotaire d'appliquer le processus de l'article 37 à l'information contenue dans l'affidavit caviardé a une influence déterminante sur l'issue de la requête mais certes pas sur le litige. Comme je l'indiquerai plus loin, cette décision n'en est pas une qui porte sur la divulgation future d'information ou de documents en cours d'instance une fois la suspension terminée.

[21] Quoi qu'il en soit, pour les motifs que j'expliquerai ci-après, je suis satisfaite que le protonotaire a erré en droit en acceptant d'appliquer l'article 37 de la Loi sur la preuve dans le cadre de la requête en suspension. De plus, si je ne me trompe sur cette question, le protonotaire a, selon moi, aussi commis une erreur flagrante dans l'évaluation des intérêts en jeu au niveau de l'application de l'article 37 et de l'alinéa 50(1)b) de la Loi. Cette erreur justifie que j'examine la requête *de novo*. Je reviendrai là-dessus.

#### A. Application de l'article 37 de la Loi sur la preuve

[22] Disons d'abord que lors de l'audience devant le protonotaire, les demandeurs n'avaient pas mis en doute l'application de l'article 37. C'est suite à des questions de la Cour que les demandeurs ont soumis que la défenderesse ne pouvait invoquer l'article 37 pour empêcher la divulgation de la preuve qu'elle produisait

stay because the result would be grossly unfair and could not be sanctioned by the Court given the wording of this section.

[23] Because there is no indication that relevant evidence needed for this question of law to be disposed of is missing, the Court must consider it in the appeal (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paragraph 51 and *671905 Alberta Inc. v. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 F.C. 713 (C.A.), at paragraph 35).

[24] I will therefore examine that argument. For the purposes of this analysis, I will adopt the principles of interpretation summarized by Iacobucci J. in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26-27:

In Elmer Driedger's definitive formulation, found at p. 87 of his *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983):

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.

Driedger's modern approach has been repeatedly cited by this Court as the preferred approach to statutory interpretation across a wide range of interpretive settings: see, for example, . . . I note as well that, in the federal legislative context, this Court's preferred approach is buttressed by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that every enactment "is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects".

The preferred approach recognizes the important role that context must inevitably play when a court construes the written words of a statute: as Professor John Willis incisively noted in his seminal article "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 6, "words, like people, take their colour from their surroundings". This being the case, where the provision under consideration is found in an Act that is itself a component of a larger statutory scheme, the surroundings that colour the words and the scheme of the Act are more expansive. In such an instance, the application of Driedger's principle gives rise to what was described in . . . as "the principle of interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the

elle-même au support de sa demande de suspension car ceci résulterait en une injustice flagrante qui ne saurait être sanctionnée par la Cour compte tenu du libellé de cet article.

[23] Comme il n'y a aucune indication qu'il manque de la preuve pertinente pour trancher cette question de droit, la Cour doit la considérer dans le cadre de l'appel (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, au paragraphe 51 et *671905 Alberta Inc. c. Q'Max Solutions Inc.*, [2003] 4 C.F. 713 (C.A.), au paragraphe 35).

[24] J'examinerai donc cet argument. Et pour les fins de cette analyse, j'adopterai les principes d'interprétations résumés par le juge Iacobucci dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27 :

Voici comment, à la p. 87 de son ouvrage *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), Elmer Driedger a énoncé le principe applicable, de la manière qui fait maintenant autorité :

[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.

Notre Cour a à maintes reprises privilégié la méthode moderne d'interprétation législative proposée par Driedger, et ce dans divers contextes : voir, par exemple, [. . .]. Je tiens également à souligner que, pour ce qui est de la législation fédérale, le bien-fondé de la méthode privilégiée par notre Cour est renforcé par l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose que tout texte « est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

Cette méthode reconnaît le rôle important que joue inévitablement le contexte dans l'interprétation par les tribunaux du texte d'une loi. Comme l'a fait remarquer avec perspicacité le professeur John Willis dans son influent article intitulé « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 6, [TRADUCTION] « les mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement ». Cela étant, lorsque la disposition litigieuse fait partie d'une loi qui est elle-même un élément d'un cadre législatif plus large, l'environnement qui colore les mots employés dans la loi et le cadre dans lequel celle-ci s'inscrit sont plus vastes. En pareil cas, l'application du principe énoncé par Driedger fait naître ce que notre Cour a qualifié, dans [. . .] de « principe

same subject matter”.

[25] It will be useful to reproduce here the most relevant provisions of section 37 and of sections 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] and 39 of the Evidence Act, since those provisions comprise a code or set of rules designed to govern the exercise of public interest immunity, including sensitive information and Privy Council confidences.

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, as amended [ss. 37.3 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.08 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, ch. 1, s. 144 (F))]:

37. (1) Subject to sections 38 to 38.16, a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(1.1) If an objection is made under subsection (1), the court, person or body shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(2) If an objection to the disclosure of information is made before a superior court, that court may determine the objection.

(3) If an objection to the disclosure of information is made before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, by

(a) the Federal Court, in the case of a person or body vested with power to compel production by or under an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

d’interprétation qui présume l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet ».

[25] Il est opportun de reproduire ici les dispositions les plus pertinentes de l’article 37 de même que celles des articles 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] et 39 de la Loi sur la preuve puisque ces dispositions constituent un code ou un ensemble de règles visant à encadrer l’exercice de l’immunité relative aux renseignements d’intérêt public y inclus les renseignements sensibles et les renseignements confidentiels du Conseil privé.

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, telle qu’amendée [art. 37.3 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.08 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144(F))]:

37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s’opposer à la divulgation de renseignements auprès d’un tribunal, d’un organisme ou d’une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d’intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

(1.1) En cas d’opposition, le tribunal, l’organisme ou la personne veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(2) Si l’opposition est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut décider la question.

(3) Si l’opposition est portée devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée, sur demande, par :

a) la Cour fédérale, dans les cas où l’organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d’une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d’une province;

b) la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l’organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) An application under subsection (3) shall be made within 10 days after the objection is made or within any further or lesser time that the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(4.1) Unless the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, the court may authorize by order the disclosure of the information.

(5) If the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest, the court 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 encroachment upon the specified public interest resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the court considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(6) If the court does not authorize disclosure under subsection (4.1) or (5), the court shall, by order, prohibit disclosure of the information.

(6.1) The court may receive into evidence anything that, in the opinion of the court, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base its decision on that evidence.

...

37.3 (1) A judge presiding at a criminal trial or other criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 37(4.1) to (6) in relation to that trial or proceeding or any judgment made on appeal of an order made under any of those subsections.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(4.1) Le tribunal saisi peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1), sauf s'il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées.

(5) Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public déterminées, 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 au regard des raisons d'intérêt public déterminées, 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.

(6) Dans les cas où le tribunal n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (4.1) ou (5), il rend une ordonnance interdisant la divulgation.

(6.1) Le tribunal peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

[. . .]

37.3 (1) Le juge qui préside un procès criminel ou une autre instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée dans les circonstances en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) relativement à ce procès ou à cette instance ou à la décision en appel portant sur une ordonnance rendue au titre de l'un ou l'autre de ces paragraphes.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;



(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

...

### 38.02 . . .

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

...

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

...

**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.

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[. . .]

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

[. . .]

### 38.02 [. . .]

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

[. . .]

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

[. . .]

**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) 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.

...

**38.08** If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

...

**38.11** (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations ex parte.

...

**38.14** (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review

(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.

[. . .]

**38.08** Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

[. . .]

**38.11** (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

[. . .]

**38.14** (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, à une décision en appel ou

of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

déoulant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[. . .]

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un « renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada » s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi ou projet de règlement.

(3) For the purposes of subsection (2), “Council” means the Queen’s Privy Council for Canada, committees of the Queen’s Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made. [Emphasis added.]

[26] Originally, Parliament had included the rules on this subject in the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, section 41 (see Appendix A), even though it was clear that its intention was that they would apply not only in this Court but also in all courts with the authority to compel the production of information protected by a public interest immunity.

[27] It was then clear that Parliament had simply codified the common-law principles, and not repealed them.<sup>1</sup> It confirmed that the Court may examine information that does not relate to international or federal-provincial relations or national defence or security, or to Privy Council confidences. After considering whether the proper administration of justice outweighs the specified public interest, the Court may order disclosure. It specifies, however, that the power to examine and order disclosure does not apply to information relating to the interests specified in subsection 41(2).

[28] On July 7, 1982, section 41 of the *Federal Court Act* was repealed (S.C. 1980-81-82-83, c. 111, section 3). New provisions were incorporated into the Evidence Act (see Appendix A).<sup>2</sup> The new section 37 now specifies that not only may a Minister of the Crown object to disclosure of information, and that the objection may be made not only to a court, but to any

(3) Pour l’application du paragraphe (2), « Conseil » s’entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s’applique pas :

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l’existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l’alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant. [Non souligné dans l’original.]

[26] À l’origine, le législateur avait inclus les règles sur ce sujet dans la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, à l’article 41 (voir annexe A) et ce, même s’il était clair que son intention était qu’elles s’appliquent non seulement devant cette Cour mais devant tous les tribunaux ayant le pouvoir de contraindre la production et la divulgation d’information protégée par une immunité relative à des renseignements d’intérêt du public.

[27] Il était alors clair que le législateur avait simplement codifié les principes de common law sans pour autant les abroger<sup>1</sup>. Il confirme que la Cour pourra examiner les renseignements qui ne touchent pas aux relations internationales ou fédérales-provinciales, à la défense ou la sécurité nationale ou aux communications du Conseil privé. Après avoir considéré si la bonne administration de la justice l’emporte sur l’intérêt public spécifié, la Cour pourra ordonner la divulgation. Il spécifie toutefois que ce pouvoir d’examiner et d’ordonner la divulgation ne s’applique pas aux renseignements relatifs aux intérêts spécifiés dans le paragraphe 41(2).

[28] Le 7 juillet 1982, l’article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* est abrogé (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, article 3). De nouvelles dispositions sont incluses dans la *Loi sur la preuve* (voir l’annexe A)<sup>2</sup>. Le nouvel article 37 spécifie maintenant que ce n’est pas seulement un ministre de la Couronne qui peut s’opposer à la divulgation de renseignement et que cette objection peut

person with jurisdiction to compel the production of such information. In that sense, the amendments do not seem to depart from the common-law principles that applied at the time.

[29] Section 38 introduces the new concept of designated judge and now permits the documents to be examined by the Chief Justice of the Federal Court or another judge designated by the Chief Justice, even where the objection is based on reasons of international relations or national defence and security.

[30] In *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), the first decision of the Federal Court of Appeal in which these provisions arose in a civil case, the Court said [at page 138]:

The circumstances which led Parliament, at the instance of the government, to change radically the laws governing access to information in government files, Canada's security service and, specifically, to repeal subsection 41(2) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 3)], ought to be fresh in judicial minds. As to the latter, Parliament has manifestly found it expedient to substitute a judicial discretion for what was heretofore an absolute right on the part of the executive to refuse disclosure. It is not to be assumed that any of this transpired because the government of the day was spontaneously taken by a selfless desire to share its secrets. The executive had been unable to sustain the credibility of the system of absolute privilege codified in subsection 41(2). The new system was a politically necessary response to serious public concerns. Effective judicial supervision is an essential element of the new system. Among other aspects of the new system, its credibility is dependent on a public appreciation that the competing public interests are, in fact, being judicially balanced. It will not be well served if it appears that the exercise of judicial discretion is automatically abdicated because national security is accepted as so vital that the fair administration of justice is assumed incapable of outweighing it. Each application under section 36.2 must be dealt with on its own merits.

[31] Following the events of September 11 and the enactment of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, in

être faite non seulement devant un tribunal mais devant toute personne ayant le pouvoir de les contraindre à produire ces renseignements. En cela, les amendements ne semblent pas diverger des principes de common law alors applicables.

[29] L'article 38 introduit le nouveau concept de juge désigné et permet maintenant l'examen des documents par le juge en chef de la Cour fédérale ou un juge qu'il désigne, même lorsque l'opposition est fondée sur des questions portant sur les relations internationales, la défense et la sécurité nationale.

[30] Dans *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), sa première décision mettant en jeu ces dispositions dans une affaire civile, la Cour d'appel fédérale dit [à la page 138] :

Les tribunaux devraient se rappeler les circonstances qui ont amené le Parlement, sur les instances du gouvernement, à modifier de manière radicale les lois régissant l'accès aux renseignements contenus dans les dossiers gouvernementaux, le service de sécurité du Canada et, plus précisément, à abroger le paragraphe 41(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 3)]. Pour ce qui est de l'abrogation de ce paragraphe, le législateur a manifestement jugé opportun de substituer un pouvoir discrétionnaire accordé aux tribunaux à ce qui était jusque-là un droit absolu de l'exécutif de refuser la divulgation. Il ne faut pas croire que l'un ou l'autre de ces changements s'est produit parce que le gouvernement d'alors a été soudainement pris du désir désintéressé de partager ses secrets. Le pouvoir exécutif était incapable de maintenir la crédibilité du système de privilège absolu codifié au paragraphe 41(2). Le nouveau système constituait, d'un point de vue politique, une réponse nécessaire à de sérieuses inquiétudes du public. L'une des pierres d'assise du nouveau système est le contrôle efficace exercé par le pouvoir judiciaire. L'une des caractéristiques du nouveau système est que sa crédibilité repose sur la confiance du public que les tribunaux soupèsent en fait les intérêts publics qui s'affrontent. Sa crédibilité en souffrirait s'il semblait que les tribunaux renoncent automatiquement à l'exercice de leur discrétion parce que la sécurité nationale est considérée si vitale que les motifs invoqués à l'appui d'une saine administration de la justice ne sauraient prévaloir. Chaque demande fondée sur l'article 36.2 doit être jugée sur le fond.

[31] Suite aux événements du 11 septembre et à l'adoption de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, en

December 2001, major changes were made to those rules, and in particular to section 38 (see Appendix A). A number of new points were added to section 37: for example, it now provides that the Court is entitled to hold hearings *in camera* and that it has the authority to hear a party in the absence of other parties (subsections 37.21(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and (2) [as enacted *idem*]).

[32] Although Parliament extensively reorganized the text of section 38, which no longer makes any reference to the concept of objection (“*opposition*” in French), it did not change the wording of sections 37 and 39, which still deal with objection to the disclosure of information before a court or a person with jurisdiction to compel the production of information.

[33] In section 38, it is clear that the Attorney General may now ask a designated judge to make a non-disclosure order in the course of a proceeding in which a participant is required to disclose or expects to disclose or cause the disclosure of sensitive information as defined in that section.

[34] To complete this review of the legislative history of these provisions, it should be noted that in April 2004, Parliament repealed section 37.21 of the Evidence Act, the provision that expressly referred to the power to hold hearings *in camera* and to hear parties *ex parte* (S.C. 2004, c. 12, s. 18). It seems that after the decision of the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, Parliament wished to redress certain excesses. As we know, debate about the *Anti-terrorism Act* continues today.

[35] The parties confirmed that despite their exhaustive research, they were unable to find a single precedent in which either the common-law immunity or the immunity provided in section 37 of the current version or former versions of the Evidence Act was used by a minister or any other authorized person in a proactive context, that is, to protect information or documents that the party who objects to the disclosure had itself produced or placed in issue.<sup>3</sup>

décembre 2001, ces règles, particulièrement l’article 38, subissent des changements importants (voir l’annexe A). On ajoute plusieurs nouvelles précisions dans l’article 37, par exemple, on y précise le droit de la Cour de tenir des audiences à huis clos de même que son pouvoir d’entendre une partie en l’absence des autres (paragraphe 37.21(1) [édicte par L.C. 2001, ch.41, art. 43] et (2) [édicte, *idem*]).

[32] Bien qu’il remanie considérablement le texte de l’article 38 qui ne réfère plus nulle part au concept d’opposition ou « *objection* » en anglais, le législateur n’a pas changé la formulation des articles 37 et 39 qui traitent toujours d’opposition à la divulgation de renseignements devant un tribunal ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de ces renseignements.

[33] À l’article 38, il est clair que le procureur général peut maintenant demander à un juge désigné de rendre une ordonnance de non-divulgence dans le cadre d’une instance où un participant est tenu de divulguer ou prévoit divulguer ou faire divulguer des renseignements sensibles tels que défini dans cet article.

[34] Pour compléter cette revue de l’évolution législative de ces dispositions, il convient de noter qu’en avril 2004, le législateur a abrogé le paragraphe 37.21 de la Loi sur la preuve soit la disposition qui référerait expressément au pouvoir de tenir des audiences à huis clos et d’entendre les parties *ex parte* (L.C. 2004, ch. 12, art. 18). Il semble que le législateur, après la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, ait voulu redresser certains excès. Comme on le sait, la *Loi antiterroriste* fait encore aujourd’hui l’objet de débats.

[35] Les parties ont confirmé que malgré leur recherche exhaustive, elle n’ont pu trouver un seul précédent où l’immunité conférée par la common law ou celle prévue à l’article 37 de la Loi sur la preuve dans sa version actuelle ou dans ses versions antérieures, a été utilisée par un ministre ou toute autre personne autorisée dans un contexte proactif, soit pour protéger des informations ou des documents que la partie qui s’oppose à la divulgation avait elle-même produite ou mise en jeu<sup>3</sup>.

[36] While section 37, as I noted, was originally intended to be a codification of the case law relating to public interest immunity, it is difficult to imagine that Parliament's intention was to go beyond the reactive context in which that immunity had traditionally been invoked and granted.

[37] The defendant admits that the wording of section 37, on its face, seems to be designed to protect information in a reactive context in connection with a request for production and disclosure.

[38] On that point, it should be noted that section 39, which accords virtually absolute immunity for Privy Council confidences, also provides for objection to disclosure before a court or a person with jurisdiction to compel the production of information. Obviously, because the Court cannot examine or even see the documents or information in question, Parliament could not have intended that language to refer to a proactive context where, for example, a minister would want to produce such information as evidence in support of a motion for a stay.

[39] As I said, it is entirely clear that these three sections (37 to 39 of the Evidence Act) must be interpreted as a single unit and that Parliament is presumed to have used the same word in the same sense in each of those sections, and particularly in sections 37 and 39.

[40] It is also difficult to imagine why Parliament limited the application of section 37 by referring to a court or person with jurisdiction to compel production if it intended to allow an authorized person to use it to prevent disclosure of evidence that he or she voluntarily produced before such a court or person. Logically, if that were what Parliament intended, it would have referred to the power to compel disclosure rather than production.

[41] The defendant submits that the Court must nonetheless apply a practical interpretation to section 37. In the defendant's submission, limiting its

[36] Si comme je l'ai indiqué, l'article 37 se voulait à l'origine une codification de la jurisprudence relative à l'immunité relative aux renseignements d'intérêt public, il est difficile d'imaginer que l'intention du législateur était d'aller au-delà du contexte réactif dans lequel cette immunité avait traditionnellement été invoquée et accordée.

[37] La défenderesse admet qu'à première vue, le libellé de l'article 37 semble viser la protection de renseignement dans un contexte réactif associé à une demande de production et de divulgation.

[38] À cet égard, il convient de noter que l'article 39 qui consacre l'immunité pratiquement absolue relativement aux renseignements confidentiels du Conseil privé, réfère aussi au concept d'opposition devant un tribunal ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de tels renseignements. Il est évident que comme la Cour ne peut examiner ou même voir les documents ou l'information en question, le législateur ne pouvait avoir l'intention par ce langage de référer à un contexte proactif où par exemple un ministre voudrait produire de tels renseignements comme preuve au support d'une requête en suspension.

[39] Comme je l'ai indiqué, il est tout à fait clair que ces trois articles (37 à 39 de la Loi sur la preuve) doivent être interprétés comme un ensemble et que le législateur est présumé avoir utilisé le même mot dans le même sens dans chacun de ces articles, particulièrement aux articles 37 et 39.

[40] Il est aussi difficile de concevoir pourquoi le législateur a limité l'application de l'article 37 en référant à un tribunal ou à une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production s'il avait l'intention de permettre à une personne autorisée de l'utiliser pour empêcher la divulgation de preuve qu'elle produit volontairement devant un tel tribunal ou personne. Logiquement, si telle était l'intention du législateur, il aurait référé au pouvoir de contraindre à la divulgation plutôt qu'à la production.

[41] La défenderesse soumet que la Cour doit malgré tout donner une interprétation pratique à l'article 37. Selon elle, restreindre son application à un contexte

application to a purely reactive context, in the circumstances of this case, would create a flagrant injustice.

[42] The defendant cited section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which states that every enactment is deemed remedial and shall be given such fair, large and liberal interpretation as best ensures the attainment of its objects. In the defendant's submission, because there are no precedents that prohibit it, the Court must include its right to object to disclosure of evidence produced by it in order to protect its rights, and particularly its right to defend its interests.

[43] The Court is aware of the dilemma faced by the defendant. However, it is important to recall that the defendant is in fact asking the Court to interpret section 37 as if it had the same scope as section 38 and read like that section, which allows for an application for a non-disclosure order to be made in any proceeding before a person with jurisdiction to compel disclosure, whether the party is required to disclose as a result of a request by a third party or simply wishes to disclose to support its own position in a proceeding.<sup>4</sup>

[44] Although the defendant did not address any proceeding other than a motion for a stay, it did not say how the Court could limit the proactive interpretation of section 37 to that proceeding alone. Today, the dilemma arises within that framework only, but there is nothing to suggest that it might not arise in the framework of, for example, a motion to strike or a motion for summary judgment.

[45] If we accept the principle that section 37 must be interpreted in such a way as to allow the defendant to use the information to preserve its right to present a defence, why would we deny the right to file a redacted statement of defence, for example, and obtain a non-disclosure order allowing it to present that evidence to the Court without the other party having access to it?

[46] The Court would of course then have the power to balance the public interests at play and order

purement réactif dans les circonstances de l'espèce créerait une injustice flagrante.

[42] Elle invoque l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui énonce que tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable, la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Pour la défenderesse, comme il n'y a pas de précédent qui interdit de le faire, la Cour doit inclure son droit de s'opposer à la divulgation d'une preuve produite par elle afin de protéger ses droits, particulièrement son droit de se défendre.

[43] La Cour est consciente du dilemme auquel la défenderesse fait face. Toutefois, il est important de se rappeler qu'en fait elle demande à la Cour d'interpréter l'article 37 comme s'il avait la même étendue et se lisait comme l'article 38 qui permet de demander une ordonnance de non-divulgation dans le cadre de toute instance devant une personne ayant le pouvoir de l'y contraindre qu'elle soit alors tenue de divulguer suite à une demande par un tiers ou désire simplement le faire pour appuyer ses propres prétentions dans une procédure<sup>4</sup>.

[44] Même si la défenderesse ne traite nulle part de procédure autre qu'une demande de suspension, elle n'a pas indiqué comment la Cour pourrait limiter l'interprétation proactive de l'article 37 à cette seule procédure. Aujourd'hui, le dilemme se pose dans ce cadre seulement mais rien n'indique qu'il ne pourrait se poser dans le cadre par exemple d'une requête en radiation ou d'une requête pour jugement sommaire.

[45] Si l'on admet le principe que l'article 37 doit s'interpréter de façon à permettre à la défenderesse d'utiliser les renseignements pour préserver son droit à se défendre, pourquoi lui refuserait-on le droit de déposer une défense caviardée par exemple et d'obtenir une ordonnance de non-divulgation lui permettant de présenter cette preuve à la Cour sans que l'autre partie puisse y avoir accès.

[46] Certes, la Cour aurait alors le pouvoir de balancer les intérêts publics en jeu et d'ordonner une



disclosure subject to conditions, but that mechanism is already an exception to a number of fundamental principles of our law, which requires that proceedings be public, that the administration of justice be transparent, that the Court have the benefit of adversarial proceedings before making a decision and that each party have access to all of the relevant evidence, and particularly to the evidence presented to the Court by the opposing party (see, *inter alia*, *Ruby*; and *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332).

[47] In these circumstances, the Court must adopt a rigorous approach.

[48] The Court must also have regard to the principle holding that if, as the defendant argues (and as is not accepted), section 37 is capable of two interpretations that are also consistent with the objects of the Act or the intention of Parliament, the Court must prefer the interpretation that is most consistent with the fundamental principles of our law that I set out above.

[49] I am also satisfied that if section 37 is interpreted as allowing objection to be made in a reactive context only, it is remedial and ensures the attainment of its objects perfectly.

[50] I conclude from my review of all of the factors that are relevant to a purposive interpretation of section 37 that neither the Prothonotary nor the Court has the power under that section to make a non-disclosure order in respect of Insp. Therriault's affidavit, which was filed by the defendant in support of its request for a stay and which includes its evidence regarding the irreparable harm it claims it would suffer. That provision does not allow the Court to hear an application other than a simple objection to disclosure, having regard to "secret" evidence, that is, information that cannot be disclosed to the other party.

#### B. The Stay Motion

[51] That being said, and as an alternative condition, if section 37, contrary to what I have said, applies in a proactive context as suggested by the defendant, I think

divulgence sous conditions mais un tel mécanisme constitue déjà une exception à plusieurs principes fondamentaux de notre droit qui exige que les débats soient publics, que l'administration de la justice soit transparente, que la Cour ait le bénéfice de débats contradictoires avant de prendre une décision et que chaque partie ait accès à toute la preuve pertinente et surtout celle présentée à la Cour par la partie adverse (voir entre autres *Ruby*; et *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332).

[47] Dans de telles circonstances, la Cour doit adopter une approche rigoureuse.

[48] Elle doit aussi tenir compte du principe qui veut que si comme le prétend la défenderesse (ce qui n'est pas accepté), l'article 37 se prête à deux interprétations qui sont également en accord avec l'objet de la loi ou l'intention du législateur, la Cour doit privilégier celle qui respecte le plus les principes fondamentaux de notre droit que j'ai énoncés ci-dessus.

[49] Je suis aussi satisfaite qu'en interprétant l'article 37 comme permettant une opposition dans un contexte réactif seulement, cette disposition apporte une solution et est parfaitement compatible avec la réalisation de son objet.

[50] Je conclus de mon examen de tous les éléments pertinents à l'interprétation téléologique de cette disposition que ni le protonotaire ni la Cour n'ont le pouvoir en vertu de l'article 37 de rendre une ordonnance de non-divulgence quant à l'affidavit de M. Therriault qui fut déposé par la défenderesse à l'appui de sa demande de suspension et qui inclut sa preuve quant au préjudice irréparable qu'elle prétend subir. Cette disposition ne permet pas à la Cour de décider d'une requête autre qu'une simple opposition à la divulgation en tenant compte d'une preuve « secrète » soit des renseignements qui ne peuvent être divulgués à l'autre partie.

#### B. La requête en suspension

[51] Ceci étant dit, et comme conclusion alternative, si contrairement à ce que j'ai indiqué l'article 37 s'applique dans un contexte proactif comme le suggère

that the Prothonotary failed to have regard to the correct public interest principles that support disclosure in his analysis, and confused the factors that are relevant to the analysis of the motion under paragraph 50(1)(b) of the Act with the principles relevant to an order under section 37 of the Evidence Act.

[52] For example, as I said in paragraph 10 above, when the Prothonotary considered whether to do an analysis under subsection 37(5), he said that the central public interest reason in support of disclosure was the reason identified in *Mulroney*: the right to a speedy hearing. Obviously, that question is relevant in determining whether a stay should be granted under paragraph 50(1)(b), but it is certainly not the central reason in support of disclosure.

[53] The public interest that operates in support of disclosure is, for example, a party's right to have access to all of the evidence relevant to the proceeding before the Court. In this case, that proceeding was not the action in damages, as the plaintiffs seem to have assumed; rather, it was the stay motion. In fact, as I said earlier, that is the novel factor in this case. The fact that the action includes a claim for an injunction (see paragraph 11 above) is also not relevant to the exercise directed by section 37 of the Evidence Act. However, it is relevant to the analysis of the merits of the stay motion.

[54] Because the Prothonotary makes no reference to the principles of the public nature of proceedings and the right of every party to have a fair chance to assert its position and to rebut all arguments and evidence introduced by the opposing party, we might wonder whether those concepts were indeed taken into account and given their proper weight. In *Gold*, the Federal Court of Appeal had already pointed out that Parliament has recognized that the public interest in the administration of justice, which supports disclosure, may outweigh even the public interest in national security, and that the scheme of the Act does not expose any obvious imbalance between those interests.

la défenderesse, je crois que le protonotaire n'a pas pris en compte les bons principes d'intérêt public militant en faveur de la divulgation dans son analyse et qu'il a confondu les éléments pertinents à l'analyse de la requête en vertu de l'alinéa 50(1)b) de la Loi et ceux pertinents à une ordonnance en vertu de l'article 37 de la Loi sur la preuve.

[52] Par exemple, comme je l'ai indiqué au paragraphe 10 ci-dessus, en examinant s'il y avait lieu de procéder à l'analyse du paragraphe 37(5), le protonotaire dit que la raison centrale d'intérêt public qui milite en faveur de la divulgation est celle identifiée dans *Mulroney*, soit le droit à la célérité. Il est évident que cette question est pertinente pour déterminer si l'on doit accorder une suspension en vertu de l'alinéa 50(1)b) mais elle n'est sûrement pas la raison centrale qui milite en faveur de la divulgation.

[53] L'intérêt public qui milite pour la divulgation, c'est par exemple le droit d'une partie d'avoir accès à toute la preuve pertinente à la procédure devant la Cour. Ici, cette procédure n'était pas comme semble l'avoir présumé les demandeurs, l'action en dommages mais bien la requête en suspension. C'est d'ailleurs là, comme je l'ai déjà indiqué, l'élément nouveau de ce dossier. Le fait que l'action inclut une demande d'injonction (voir paragraphe 11 ci-dessus) n'est pas non plus pertinent à l'exercice prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve. Il est par contre pertinent à l'analyse des mérites de la requête en suspension.

[54] Comme le protonotaire ne réfère nulle part aux principes de la publicité des débats et au droit de toute partie d'avoir une chance honnête de faire valoir son point de vue et de combattre tous les arguments et la preuve soulevés par la partie adverse, on peut s'interroger si ces concepts ont bien été pris en compte et s'ils ont été évalués à leur juste poids. Déjà dans *Gold*, la Cour d'appel fédérale rappelait que le Parlement a reconnu que l'intérêt public dans l'administration de la justice qui milite pour la divulgation peut l'emporter sur l'intérêt public même de la sécurité nationale et que l'économie de la loi ne révèle pas de déséquilibre évident entre ces intérêts.

[55] In paragraphs 35-38, the Prothonotary analysed the three-part test set out in *RJR — MacDonald Inc.*, as follows:

For greater certainty, and as is the practice of this Court, I nonetheless intend to apply that three-part test. On that point, I think that the foregoing reasons indicate that the defendant's motion raises a serious issue and that she would suffer irreparable harm if the stay of proceedings were not ordered. It is also clear from the foregoing study that, on the question of the balance of convenience, the defendant is most seriously affected if the stay is denied.

In short, the defendant is entitled to require that the privileged information that appears in Serge Therriault's affidavit not be jeopardized.

Similarly, the defendant is entitled to be able to make full answer and defence.

Having regard to the specific facts of this case, a stay of these proceedings is the only remedy that reconciles those two rights.

[56] The use of the words "for greater certainty" suggests that the Prothonotary thought that his analysis under section 37, in which he concluded that the public interests referred to in Serge Therriault's affidavit outweighed the public interests that supported disclosure, together with his conclusion that the defendant could not prepare a sound defence without disclosing it,<sup>5</sup> was sufficient reason to stay the action.

[57] The serious issue advanced by the defendant was indeed as follows:

[TRANSLATION] Is the defendant able to make full answer and defence without disclosing the information referred to in the affidavit of Insp. Serge Therriault?

[58] While that was the question that had to be asked according to *RJR — MacDonald*, it called for an analysis of the possible application of section 37, but in this case to the action. At that stage, the Court was going to have to ask whether the information to be disclosed was essential and crucial to the success of the action or the defence. This is different from the application of section 37 to the stay motion. I conclude that the Prothonotary either erred in his analysis under section 37 in relation

[55] Aux paragraphes 35 à 38, le protonotaire procède à l'analyse du test tripartite énoncé dans *RJR — MacDonald Inc.*, comme suit :

Pour plus de sûreté et comme c'est la pratique en cette Cour, j'entends néanmoins appliquer ce test à trois volets. À cet égard je pense que les motifs qui précèdent indiquent que la requête de la défenderesse soulève une question sérieuse et qu'elle subirait un préjudice irréparable si la suspension des procédures n'était pas décrétée. Enfin, il est également clair de l'étude qui précède que dans le cadre de la balance des inconvénients, la défenderesse l'emporte si la suspension est refusée.

Somme toute, la défenderesse est en droit d'exiger que ne soient pas mis en péril les renseignements privilégiés apparaissant à l'affidavit de Serge Therriault.

De la même façon, la défenderesse est en droit de bénéficier d'une défense pleine et entière.

Compte tenu des faits particuliers de l'espèce, seule la suspension de la présente instance permet de concilier ces deux droits.

[56] L'usage des mots « [p]our plus de sûreté » laisse entendre que le protonotaire considérait que son analyse en vertu de l'article 37 où il conclut que les intérêts publics auxquels réfèrent l'affidavit de Serge Therriault l'emportent sur les intérêts publics militant en faveur de la divulgation jumelée à sa conclusion que la défenderesse ne pourrait développer une défense valable sans les divulguer<sup>5</sup>, constituait un motif suffisant pour suspendre l'action.

[57] Il est vrai que la question sérieuse mise de l'avant par la défenderesse était la suivante :

Est-ce que la défenderesse est en mesure de faire valoir une défense pleine et entière sans divulguer les renseignements dont fait état l'affidavit de l'inspecteur Serge Therriault?

[58] Si cette question était celle qui s'imposait au sens de *RJR — MacDonald*, elle impliquait une analyse de l'application possible de l'article 37 mais au niveau de l'action cette fois. À ce stade-là, la Cour allait devoir s'interroger à savoir si l'information à être divulguée constituait un élément de preuve essentiel et crucial au succès de l'action ou de la défense. Ceci est différent de l'application de l'article 37 au niveau de la requête en suspension. Je conclus que soit le protonotaire s'est

to the motion or confused the two levels of analysis when he examined the serious issue advanced.

[59] In addition, the Court cannot follow the defendant's reasoning, which was adopted by the Prothonotary. At what point will the judge who hears the matter on the merits have to decide this issue? It really seems that it arises only in relation to the stay motion or to an objection that might be made under section 37. At the hearing, however, the defendant argued that the purpose of the stay was to enable it to use its information to present a defence once the ongoing criminal investigations have been completed.

[60] In addition, the purpose of that test (serious issue) is to ensure that the position of the party seeking a stay is not frivolous, in terms of the merits of the action or defence. The question advanced by the defendant does not answer that concern, in my opinion.

[61] For these reasons, I conclude that I must exercise my discretion *de novo* and that there is no need to analyse the other arguments made by the plaintiffs on this point.

[62] As I said earlier, I assume at this stage that section 37 applies in this situation and in a proactive context.

[63] In this context, even if I agree that Mr. Therriault's affidavit must not be disclosed, after completing the exercise directed by section 37 of the Evidence Act, I am not satisfied that the defendant has established that it will suffer irreparable harm if the action is not stayed.

[64] In this respect, I believe that the motion is premature.

[65] There is nothing to indicate that the defendant could not file a redacted statement of defence and that, if necessary, the judge who is asked to make an order under section 37, at that point, could not, if he or she found it appropriate under subsection 37(5), set a reasonable time within which the defendant would have

trompé dans son analyse sous l'article 37 au niveau de la requête ou il a confondu les deux niveaux d'analyse lorsqu'il a étudié la question sérieuse proposée.

[59] De plus, la Cour ne peut suivre le raisonnement de la défenderesse adopté par le protonotaire. À quel moment le juge du fond aura-t-il à décider de cette question? Il semble vraiment qu'elle ne se soulève qu'au niveau de la requête en suspension ou au niveau d'une éventuelle opposition en vertu de l'article 37. Pourtant, à l'audience, la défenderesse a argué que le but de la suspension est de lui permettre de pouvoir utiliser ses renseignements pour se défendre dès que les enquêtes criminelles en cours seront complétées.

[60] De plus, le but de ce critère (question sérieuse) est de s'assurer que la position de la partie qui demande une suspension n'est pas frivole au niveau du mérite de l'action ou de la défense. La question proposée par la défenderesse ne répond pas selon moi, à cette préoccupation.

[61] Pour ces motifs, je conclus que je dois exercer ma discrétion *de novo* et qu'il n'est pas utile d'analyser les autres arguments soulevés par les demandeurs à cet égard.

[62] Comme je l'ai déjà dit, à ce stade-ci, j'assume que l'article 37 s'applique dans la présente situation et dans un contexte proactif.

[63] Dans ce cadre, même si j'acceptais que l'affidavit de M. Therriault ne doit pas être divulgué, après avoir fait l'exercice prévu à l'article 37 de la Loi sur la preuve, je ne suis pas satisfaite que la défenderesse a établi qu'elle subira un préjudice irréparable si l'action n'est pas suspendue.

[64] À cet égard, je crois que la requête est prématurée.

[65] En effet, rien n'indique que la défenderesse ne pourrait par exemple déposer une défense caviardée et qu'au besoin, le juge ayant à rendre une ordonnance en vertu de l'article 37 à ce moment là, ne pourrait fixer s'il le juge opportun au sens du paragraphe 37(5), un délai raisonnable dans lequel la défenderesse devrait

to disclose the redacted information, as a condition of disclosure.

[66] In addition, because the Court must ordinarily balance the diverse interests at play, an exercise that includes assessing the relevance of the information in the strict sense (*Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, at paragraphs 17 and 18; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraph 22), the Court must have before it as many details as possible regarding the defence that the defendant intends to assert. At this stage, I am not satisfied that I have sufficient evidence in that regard.

[67] I am also not satisfied that a stay would resolve the dilemma faced by the defendant today. As Mr. Covey said, its objection is based on a number of public interests, not only the interest in ongoing police investigations. How would a stay resolve the dilemma in respect of the information that Superintendent Covey included in categories B, D and E, to mention only that information?

[68] It is not useful or appropriate to go any further, because these reasons provide sufficient justification for dismissing the stay motion, if section 37 is to be interpreted as applying in a proactive context.

[69] Before concluding, however, I would like to point out that if section 37 of the Evidence Act can be applied only in a reactive context, as I believe, this does not mean that a motion under paragraph 50(1)(b) can never be granted to enable police services to complete an investigation when a civil action has been instituted. With respect, I do not think that the decision in *Mulroney*, definitively settled that question.

[70] Paragraph 50(1)(b) specifically provides that even when there is no action pending, a stay may be granted where it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[71] Parliament has already provided that a stay of proceedings may be granted in the context of a criminal

divulguer les informations caviardées, et ce, comme condition de la divulgation.

[66] De plus, comme la Cour doit normalement balancer les divers intérêts en jeu ce qui inclut l'évaluation de la pertinence des renseignements au sens strict (*Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, aux paragraphes 17 et 18; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), au paragraphe 22), la Cour doit avoir en main le plus de détails possible sur la défense que la défenderesse entend faire valoir. À ce stade-ci, je ne suis pas satisfaite que j'ai suffisamment d'éléments à cet égard.

[67] De plus, je ne suis pas non plus satisfaite qu'une suspension réglerait le dilemme auquel fait face la défenderesse aujourd'hui. En effet, comme l'indique M. Covey, son opposition s'appuie sur plusieurs intérêts publics pas seulement celui relatif à des enquêtes policières en cours. Comment la suspension réglerait-elle le dilemme quant aux renseignements que le surintendant Covey inclut dans les catégories B, D, E, pour ne nommer que celles-là?

[68] Il n'est pas utile et opportun d'aller plus loin puisque ces motifs justifient déjà le rejet de la requête en suspension si l'article 37 doit s'interpréter comme applicable dans un contexte proactif.

[69] Avant de conclure, j'aimerais toutefois souligner que si comme je le crois l'article 37 de la Loi sur la preuve ne peut être appliqué que dans un contexte réactif, cela ne veut pas dire qu'une requête en vertu de l'alinéa 50(1)(b) ne peut jamais être accordée pour permettre aux corps policiers de conclure une enquête alors qu'une action civile a été intentée. Avec égard, je ne considère pas que la décision dans *Mulroney*, a réglé cette question définitivement.

[70] L'alinéa 50(1)(b) prévoit spécifiquement que même lorsqu'il n'y pas de litispendance, une suspension peut être accordée lorsque l'intérêt de la justice l'exige.

[71] Le législateur a déjà prévu qu'un arrêt des procédures peut être accordée dans le contexte d'une

proceeding if the Crown objects to disclosure of information that is essential to the accused (section 37.3). This was in fact the rule before these provisions were enacted in 1985.

[72] Doing the same thing in civil proceedings, where it is justified by the circumstances and public interests at play, would allow the defendant's concerns to be taken into account.

[73] I am confident that in appropriate given circumstances, with careful presentation, such a motion can succeed.

#### ORDER

THE COURT ORDERS that:

1. The appeal be allowed.
2. The order of February 16, 2005, be set aside and the motion for a stay dismissed, costs in the cause.
3. The affidavit of Serge Therriault be delivered to the defendant by hand. The defendant will have to contact the Registry for that purpose. The Court will retain a copy of the affidavit for a certain period of time in its locked vault, along with other relevant notes of the Court. Those documents will be securely destroyed after a reasonable period of time, it being understood that those documents must be retained at least until expiry of the time for appeal and, in the event of an appeal, until after final judgment only.

#### APPENDIX A

*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10:

41. (1) Subject to the provisions of any other Act and to subsection (2), when a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that a document belongs to a class or contains information which on grounds of a public interest specified in the affidavit should be withheld from production and discovery, the court may examine the document and order its production and discovery to the parties, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes in the circumstances of the case that the public interest in the proper administration of justice outweighs in

procédure criminelle si la Couronne s'oppose à la divulgation d'informations essentielles pour l'accusé (article 37.3). Ceci était d'ailleurs la règle avant l'adoption de ces dispositions en 1985.

[72] Faire de même dans des procédures civiles lorsque cela est justifié par les circonstances et les intérêts publics en jeu permettrait de tenir compte des préoccupations de la défenderesse.

[73] Je suis confiante que dans des circonstances appropriées données avec une présentation soignée, une telle requête peut réussir.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. L'appel est accueilli.
2. L'ordonnance du 16 février 2005 est annulée et la requête en suspension est rejetée, le tout frais à suivre.
3. L'affidavit de Serge Therriault sera remis en mains propres à la défenderesse. Cette dernière devra prendre contact avec le greffe à cet effet. La Cour conservera pour un certain temps dans sa voûte verrouillée une copie de cet affidavit de même que d'autres notes de Cour pertinentes. Ces documents seront détruits d'une manière sécuritaire après une période raisonnable étant entendu que ces documents devront être conservés au moins jusqu'à l'expiration du délai d'appel et en cas d'appel, seulement après un jugement final.

#### ANNEXE A

*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10 :

41. (1) Sous réserve des dispositions de toute autre loi et du paragraphe (2), lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal qu'un document fait partie d'une catégorie ou contient des renseignements dont on devrait, à cause d'un intérêt public spécifié dans l'affidavit, ne pas exiger la production et la communication, ce tribunal peut examiner le document et ordonner de le produire ou d'en communiquer la teneur aux parties, sous réserve des restrictions ou conditions qu'il juge appropriées, s'il conclut, dans les circonstances de l'espèce, que l'intérêt public dans la

importance the public interest specified in the affidavit.

(2) When a Minister of the Crown certifies to any court by affidavit that the production or discovery of a document or its contents would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations, or that it would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, discovery and production shall be refused without any examination of the document by the court. [Emphasis added.]

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 [as it read prior to the 2001 amendments]:

37. (1) A minister of the Crown in right of Canada or other person interested may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(2) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a superior court, that court may examine or hear the information and order its disclosure, subject to such restrictions or conditions as it deems appropriate, if it concludes that, in the circumstances of the case, the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public interest.

(3) Subject to sections 38 and 39, where an objection to the disclosure of information is made under subsection (1) before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection (2) by

(a) the Federal Court—Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or pursuant to an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application pursuant to subsection (3) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(5) An appeal lies from a determination under subsection (2) or (3)

bonne administration de la justice l'emporte sur l'intérêt public spécifié dans l'affidavit.

(2) Lorsqu'un ministre de la Couronne certifie par affidavit à un tribunal que la production ou communication d'un document serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales, ou dévoilerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada, le tribunal doit, sans examiner le document, refuser sa production et sa communication. [Non souligné dans l'original.]

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 [telle qu'elle se lisait avant les modifications de 2001] :

37. (1) Un ministre fédéral ou toute autre personne intéressée peut s'opposer à la divulgation de renseignements devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que ces renseignements ne devraient pas être divulgués pour des raisons d'intérêt public déterminées.

(2) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut prendre connaissance des renseignements et ordonner leur divulgation, sous réserve des restrictions ou conditions qu'elle estime indiquées, si elle conclut qu'en l'espèce, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public invoquées lors de l'attestation.

(3) Sous réserve des articles 38 et 39, dans les cas où l'opposition visée au paragraphe (1) est portée devant le tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée conformément au paragraphe (2), sur demande, par :

a) la Section de première instance de la Cour fédérale, dans les cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements en vertu d'une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province;

b) La division ou cour de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(5) L'appel des décisions rendues en vertu des paragraphes (2) ou (3) se fait :

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court-Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of a province.

(6) An appeal under subsection (5) shall be brought within ten days from the date of the determination appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

(7) Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made pursuant to subsection (5) shall be made within ten days from the date of the judgment appealed from or within such further time as the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances; and

(b) where leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within such time as the court that grants leave specifies.

**38.** (1) Where an objection to the disclosure of information is made under subsection 37(1) on grounds that the disclosure would be injurious to international relations or national defence or security, the objection may be determined, on application, in accordance with subsection 37(2) only by the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications.

(2) An application under subsection (1) shall be made within ten days after the objection is made or within such further or lesser time as the Chief Justice of the Federal Court, or such other judge of that Court as the Chief Justice may designate to hear such applications, considers appropriate.

(3) An appeal lies from a determination under subsection (1) to the Federal Court of Appeal.

(4) Subsection 37(6) applies in respect of appeals under subsection (3), and subsection 37(7) applies in respect of appeals from judgment made pursuant to subsection (3), with such modifications as the circumstances require.

(5) An application under subsection (1) or an appeal brought in respect of the application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the person objecting to the disclosure of information, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

a) devant la Cour d'appel fédérale, pour ce qui est de celles de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) devant la cour d'appel d'une province, pour ce qui est de celles de la division ou cour de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(6) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (5) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais la cour d'appel peut le proroger si elle l'estime indiqué dans les circonstances.

(7) Nonobstant toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, visé au paragraphe (5), mais le tribunal compétent pour autoriser l'appel peut proroger ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé le tribunal qui a autorisé l'appel.

**38.** (1) Dans les cas où l'opposition visée au paragraphe 37(1) se fonde sur le motif que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la question peut être décidée conformément au paragraphe 37(2), sur demande, mais uniquement par le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande.

(2) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (1) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal qu'il charge de l'audition de ce genre de demande peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué.

(3) Il y a appel de la décision visée au paragraphe (1) devant la Cour d'appel fédérale.

(4) Le paragraphe 37(6) s'applique aux appels prévus au paragraphe (3) et le paragraphe 37(7) s'applique aux appels des jugements rendus en vertu du paragraphe (3), compte tenu des adaptations de circonstance.

(5) Les demandes visées au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si la personne qui s'oppose à la divulgation le demande.



(6) During the hearing of an application under subsection (1) or an appeal brought in respect to the application, the person who made the objection in respect of which the application was made or the appeal was brought shall, on the request of that person, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

39. (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

(2) For the purpose of subsection (1), "a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" includes, without restricting the generality thereof, information contained in

(a) a memorandum the purpose of which is to present proposals or recommendations to Council;

(b) a discussion paper the purpose of which is to present background explanations, analyses of problems or policy options to Council for consideration by Council in making decisions;

(c) an agenda of Council or a record recording deliberations or decisions of Council;

(d) a record used for or reflecting communications or discussions between ministers of the Crown on matters relating to the making of government decisions or the formulation of government policy;

(e) a record the purpose of which is to brief Ministers of the Crown in relation to matters that are brought before, or are proposed to be brought before, Council or that are the subject of communications or discussions referred to in paragraph (d); and

(f) draft legislation.

(3) For the purposes of subsection (2), "Council" means the Queen's Privy Council for Canada, committees of the Queen's Privy Council for Canada, Cabinet and committees of Cabinet.

(4) Subsection (1) does not apply in respect of

(a) a confidence of the Queen's Privy Council for Canada that has been in existence for more than twenty years; or

(b) a discussion paper described in paragraph (2)(b)

(6) La personne qui a porté l'opposition qui fait l'objet d'une demande ou d'un appel a, au cours des auditions, en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

39. (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), un « renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada » s'entend notamment d'un renseignement contenu dans :

a) une note destinée à soumettre des propositions ou recommandations au Conseil;

b) un document de travail destiné à présenter des problèmes, des analyses ou des options politiques à l'examen du Conseil;

c) un ordre du jour du Conseil ou un procès-verbal de ses délibérations ou décisions;

d) un document employé en vue ou faisant état de communications ou de discussions entre ministres sur des questions liées à la prise des décisions du gouvernement ou à la formulation de sa politique;

e) un document d'information à l'usage des ministres sur des questions portées ou qu'il est prévu de porter devant le Conseil, ou sur des questions qui font l'objet des communications ou discussions visées à l'alinéa d);

f) un avant-projet de loi.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), « Conseil » s'entend du Conseil privé de la Reine pour le Canada, du Cabinet et de leurs comités respectifs.

(4) Le paragraphe (1) ne s'applique pas :

a) à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada dont l'existence remonte à plus de vingt ans;

b) à un document de travail visé à l'alinéa (2)b), dans les cas où les décisions auxquelles il se rapporte ont été

(i) if the decisions to which the discussion paper relates have been made public, or

(ii) where the decisions have not been made public, if four years have passed since the decisions were made.

rendues publiques ou, à défaut de publicité, ont été rendues quatre ans auparavant.

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 [section 43]:

37. (1) Subject to sections 38 to 38.16, a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

(1.1) If an objection is made under subsection (1), the court, person or body shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(2) If an objection to the disclosure of information is made before a superior court, that court may determine the objection.

(3) If an objection to the disclosure of information is made before a court, person or body other than a superior court, the objection may be determined, on application, by

(a) the Federal Court-Trial Division, in the case of a person or body vested with power to compel production by or under an Act of Parliament if the person or body is not a court established under a law of a province; or

(b) the trial division or trial court of the superior court of the province within which the court, person or body exercises its jurisdiction, in any other case.

(4) An application under subsection (3) shall be made within 10 days after the objection is made or within any further or lesser time that the court having jurisdiction to hear the application considers appropriate in the circumstances.

(4.1) Unless the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, the court may authorize by order the disclosure of the information.

(5) If the court having jurisdiction to hear the application concludes that the disclosure of the information to which the objection was made under subsection (1) would encroach upon a specified public interest, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the specified public

*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 [article 43] :

37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s'opposer à la divulgation de renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d'intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

(1.1) En cas d'opposition, le tribunal, l'organisme ou la personne veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(2) Si l'opposition est portée devant une cour supérieure, celle-ci peut décider la question.

(3) Si l'opposition est portée devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ne constituent pas une cour supérieure, la question peut être décidée, sur demande, par :

a) la Section de première instance de la Cour fédérale, dans le cas où l'organisme ou la personne investis du pouvoir de contraindre à la production de renseignements sous le régime d'une loi fédérale ne constituent pas un tribunal régi par le droit d'une province;

b) la division ou le tribunal de première instance de la cour supérieure de la province dans le ressort de laquelle le tribunal, l'organisme ou la personne ont compétence, dans les autres cas.

(4) Le délai dans lequel la demande visée au paragraphe (3) peut être faite est de dix jours suivant l'opposition, mais le tribunal saisi peut modifier ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

(4.1) Le tribunal saisi peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1), sauf s'il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées.

(5) Si le tribunal saisi conclut que la divulgation des renseignements qui ont fait l'objet d'une opposition au titre du paragraphe (1) est préjudiciable au regard des raisons d'intérêt public déterminées, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt

interest, the court 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 encroachment upon the specified public interest resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the court considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(6) If the court does not authorize disclosure under subsection (4.1) or (5), the court shall, by order, prohibit disclosure of the information.

(6.1) The court may receive into evidence anything that, in the opinion of the court, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base its decision on that evidence.

(7) An order of the court that authorizes disclosure does not take effect until the time provided or granted to appeal the order, or a judgment of an appeal court that confirms the order, has expired, or no further appeal from a judgment that confirms the order is available.

(8) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (5), but who may not be able to do so by reason of the rules of admissibility that apply before the court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, may request from the court having jurisdiction under subsection (2) or (3) an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that court, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (5).

(9) For the purpose of subsection (8), the court having jurisdiction under subsection (2) or (3) shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility before the court, person or body.

**37.1** (1) An appeal lies from a determination under any of subsections 37(4.1) to (6)

(a) to the Federal Court of Appeal from a determination of the Federal Court-Trial Division; or

(b) to the court of appeal of a province from a determination of a trial division or trial court of a superior court of the province.

(2) An appeal under subsection (1) shall be brought within 10 days after the date of the determination appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to hear the appeal considers appropriate in the circumstances.

public déterminées, 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 au regard des raisons d'intérêt public déterminées, 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.

(6) Dans les cas où le tribunal n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (4.1) ou (5), il rend une ordonnance interdisant la divulgation.

(6.1) Le tribunal peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

(7) L'ordonnance de divulgation prend effet après l'expiration du délai prévu ou accordé pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

(8) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (5), mais qui ne pourrait peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables devant le tribunal, l'organisme ou la personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, peut demander au tribunal saisi au titre des paragraphes (2) ou (3) de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, pourvu que telle forme ou telles conditions soient conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (5).

(9) Pour l'application du paragraphe (8), le tribunal saisi au titre des paragraphes (2) ou (3) prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve devant le tribunal, l'organisme ou la personne.

**37.1** (1) L'appel d'une décision rendue en vertu des paragraphes 37(4.1) à (6) se fait :

a) devant la Cour d'appel fédérale, s'agissant d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) devant la cour d'appel d'une province, s'agissant d'une décision de la division ou du tribunal de première instance d'une cour supérieure d'une province.

(2) Le délai dans lequel l'appel prévu au paragraphe (1) peut être interjeté est de dix jours suivant la date de la décision frappée d'appel, mais le tribunal d'appel peut le proroger s'il l'estime indiqué dans les circonstances.

**37.2 Notwithstanding any other Act of Parliament,**

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made under subsection 37.1(1) shall be made within 10 days after the date of the judgment appealed from or within any further time that the court having jurisdiction to grant leave to appeal considers appropriate in the circumstances;

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the court that grants leave.

**37.21 (1)** A hearing under subsection 37(2) or (3) or an appeal of an order made under any of subsections 37(4.1) to (6) shall be heard in private.

(2) The court conducting a hearing under subsection 37(2) or (3) or the court hearing an appeal of an order made under any of subsections 37(4.1) to (6) may give

(a) any person an opportunity to make representations; and

(b) any person who makes representations under paragraph (a) the opportunity to make representations *ex parte*.

**37.3 (1)** A judge presiding at a criminal trial or other criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 37(4.1) to (6) in relation to that trial or proceeding or any judgment made on appeal of an order made under any of those subsections.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

...

**38.** The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

**37.2 Nonobstant toute autre loi fédérale :**

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada du jugement rendu au titre du paragraphe 37.1(1) est de dix jours suivant ce jugement, mais le tribunal compétent pour autoriser l'appel peut proroger ce délai s'il l'estime indiqué dans les circonstances;

b) dans le cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui que fixe le tribunal ayant autorisé l'appel.

**37.21 (1)** Les audiences tenues dans le cadre des paragraphes 37(2) ou (3) et l'audition de l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) sont tenues à huis clos.

(2) Le tribunal qui tient une audience au titre des paragraphes 37(2) ou (3) ou le tribunal saisi de l'appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) peut :

a) donner à quiconque la possibilité de présenter des observations;

b) donner à quiconque présente des observations au titre de l'alinéa a) la possibilité de les présenter en l'absence d'autres parties.

**37.3 (1)** Le juge qui préside un procès criminel ou une autre instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée dans les circonstances en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 37(4.1) à (6) relativement à ce procès ou à cette instance ou à la décision en appel portant sur une ordonnance rendue au titre de l'un ou l'autre de ces paragraphes.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[...]

**38.** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of the Federal Court-Trial Division designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the *National Defence Act* or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

**38.01 (1)** Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de la Section de première instance de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l'article 38.04.

« participant » Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d'une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d'une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

**38.01 (1)** Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

(5) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(6) This section does not apply when

(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;

(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;

(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or

(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.

(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).

(3) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.

(4) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(6) Le présent article ne s'applique pas :

a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;

b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.

**38.02** (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court—Trial Division under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

**38.03** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

**38.03** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

**38.031 (1)** The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court—Trial Division under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court—Trial Division under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).

**38.04 (1)** The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information; and

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

**38.031 (1)** Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)(b) à (d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Section de première instance de la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

**38.04 (1)** Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

a) il est tenu de demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne—à l'exclusion d'un témoin—qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut



it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court—Trial Division for an order with respect to disclosure of the information.

(3) A person who applies to the Federal Court-Trial Division under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Administrator of the Federal Court may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court—Trial Division is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

- (i) determine who should be given notice of the hearing,
- (ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and
- (iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

(6) After the Federal Court—Trial Division is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,

(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information, or disclosure of the facts or information subject to conditions; and

en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Section de première instance de la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Section de première instance au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur de la Cour fédérale peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Section de première instance de la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada—et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

- (i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,
- (ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,
- (iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisine de la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.

(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court-Trial Division is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.

**38.05** If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.

**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.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Section de première instance de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendu en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

**38.05** Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.

**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.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au

subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

**38.07** The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.

**38.08** If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

**38.09** (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

**38.1** Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the Supreme Court of Canada.

**38.11** (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

**38.07** Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

**38.08** Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d, il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

**38.09** (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

**38.1** Malgré toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le délai s'il l'estime indiqué en l'espèce;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.

**38.11** (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

**38.12 (1)** The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

**38.13 (1)** The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may issue the certificate only with the agreement, given personally, of the Minister of National Defence.

(3) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be served on

(a) the person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside;

(b) every party to the proceeding;

(c) every person who gives notice under section 38.01 in connection with the proceeding;

(d) every person who, in connection with the proceeding, may disclose, is required to disclose or may cause the

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

**38.12 (1)** Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

**38.13 (1)** Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.

(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :

a) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;

b) à toute partie à l'instance;

c) à toute personne qui donne l'avis prévu à l'article 38.01 dans le cadre de l'instance;

d) à toute personne qui, dans le cadre de l'instance, a l'obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire

disclosure of the information about which the Attorney General of Canada has received notice under section 38.01;

(e) every party to a hearing under subsection 38.04(5) or to an appeal of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information;

(f) the judge who conducts a hearing under subsection 38.04(5) and any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information; and

(g) any other person who, in the opinion of the Attorney General of Canada, should be served.

(4) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be filed

(a) with the person responsible for the records of the proceeding to which the information relates; and

(b) in the Registry of the Federal Court and the registry of any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3).

(5) If the Attorney General of Canada issues a certificate, then, notwithstanding any other provision of this Act, disclosure of the information shall be prohibited in accordance with the terms of the certificate.

(6) The *Statutory Instruments Act* does not apply to a certificate issued under subsection (1).

(7) The Attorney General of Canada shall, without delay after a certificate is issued, cause the certificate to be published in the *Canada Gazette*.

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

(9) The certificate expires 15 years after the day on which it is issued and may be reissued.

**38.131 (1)** A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

(2) The applicant shall give notice of the application to the Attorney General of Canada.

divulguer les renseignements à l'égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l'article 38.01;

e) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

f) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;

g) à toute autre personne à laquelle, de l'avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.

(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :

a) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l'instance;

b) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3).

(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.

(6) La *Loi sur les textes réglementaires* ne s'applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).

(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la *Gazette du Canada*.

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

(9) Le certificat expire à la fin d'une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.

**38.131 (1)** Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.

(3) In the case of proceedings under Part III of the *National Defence Act*, notice under subsection (2) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(4) Notwithstanding section 16 of the *Federal Court Act*, for the purposes of the application, the Federal Court of Appeal consists of a single judge of that Court.

(5) In considering the application, the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base a determination made under any of subsections (8) to (10) on that evidence.

(6) Sections 38.11 and 38.12 apply, with any necessary modifications, to an application made under subsection (1).

(7) The judge shall consider the application as soon as reasonably possible, but not later than 10 days after the application is made under subsection (1).

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

(10) If the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or security, the judge shall make an order confirming the certificate.

(11) Notwithstanding any other Act of Parliament, a determination of a judge under any of subsections (8) to (10) is final and is not subject to review or appeal by any court.

(12) If a certificate is varied or cancelled under this section, the Attorney General of Canada shall, as soon as possible after the decision of the judge and in a manner that mentions the original publication of the certificate, cause to be published in the *Canada Gazette*

(3) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, l'avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(4) Par dérogation à l'article 16 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale est constituée d'un seul juge de ce tribunal pour l'étude de la demande.

(5) Pour l'étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l'un des paragraphes (8) à (10).

(6) Les articles 38.11 et 38.12 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).

(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.

(11) La décision du juge rendue au titre de l'un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ni de révision judiciaire.

(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la *Gazette du Canada*, avec mention du certificat publié antérieurement :

(a) the certificate as varied under subsection (8); or

(b) a notice of the cancellation of the certificate under subsection (9).

**38.14 (1)** The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

(a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;

(b) an order effecting a stay of the proceedings; and

(c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

**38.15 (1)** If sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a prosecution that is not instituted by the Attorney General of Canada or on his or her behalf, the Attorney General of Canada may issue a fiat and serve the fiat on the prosecutor.

(2) When a fiat is served on a prosecutor, the fiat establishes the exclusive authority of the Attorney General of Canada with respect to the conduct of the prosecution described in the fiat or any related process.

(3) If a prosecution described in the fiat or any related process is conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, the fiat or a copy of the fiat shall be filed with the court in which the prosecution or process is conducted.

(4) The fiat or a copy of the fiat

(a) is conclusive proof that the prosecution described in the fiat or any related process may be conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada; and

(b) is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the Attorney General of Canada.

(5) This section does not apply to a proceeding under Part III of the *National Defence Act*.

a) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);

b) un avis de la révocation d'un certificat au titre du paragraphe (9).

**38.14 (1)** La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, à une décision en appel ou découlant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;

b) ordonner l'arrêt des procédures;

c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

**38.15 (1)** Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d'une poursuite qui n'est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.

(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l'égard de la poursuite qui y est mentionnée et des procédures qui y sont liées.

(3) L'original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite—ou d'une autre procédure liée à celle-ci—engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.

(4) Le fiat ou le double de celui-ci :

a) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;

b) est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.

(5) Le présent article ne s'applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*.

**38.16** The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry into effect the purposes and provisions of sections 38 to 38.15, including regulations respecting the notices, certificates and the fiat.

**38.16** Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.

---

<sup>1</sup> T. G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1990, p. 17, footnote 2. John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1999, para. 15.5-15.8.

<sup>2</sup> The 1982 provisions, sections 36.1, 36.2 and 36.3, were renumbered in the 1985 revision and became sections 37, 38 and 39. I will use the new numbering in my reasons.

<sup>3</sup> The parties confirmed that they also reviewed the British, Australian and New Zealand decisions on this question.

<sup>4</sup> This language expands the circumstances in which a non-disclosure application under s. 38 may be made. However, even in this context, it is not clear that after obtaining a non-disclosure order a party may submit the "secret" evidence to the court hearing the proceeding (other than the designated judge, within the meaning of s. 38) to support its own position. I do not intend to address that question here.

<sup>5</sup> The Prothonotary reached that conclusion simply because the defendant must reply to all allegations in the statement of claim. He does not seem to have considered that balancing the interests at play calls for a more rigorous test to be applied than mere relevance to the allegations in the statement of claim. In relation to both s. 37 and s. 38, in fact, the Court must consider whether the information is evidence that is crucial or very important to the success of the action or the defence (on this point, see the decisions cited in para. 66 below).

---

<sup>1</sup> T. G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1990, p. 17, note 2. John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1999, par. 15.5 à 15.8.

<sup>2</sup> Les dispositions de 1982, soient les articles 36.1, 36.2 et 36.3, ont été renumérotées lors de la refonte de 1985 pour devenir les articles 37, 38 et 39. J'utiliserai dans mes motifs cette nouvelle numérotation.

<sup>3</sup> Les parties ont confirmé qu'elles ont aussi examiné la jurisprudence britannique, australienne ou néo-zélandaise sur la question.

<sup>4</sup> Ce langage élargit les circonstances dans lesquelles une demande de non-divulgaration en vertu de l'art. 38 peut être présentée. Toutefois, même dans ce contexte, il n'est pas clair qu'une partie puisse, après avoir obtenu une ordonnance de non-divulgaration, présenter cette preuve « secrète » au tribunal qui préside l'instance (autre que le juge désigné au sens de l'art. 38) pour appuyer ses propres prétentions. Je n'entends pas me prononcer sur cette question ici.

<sup>5</sup> Le protonotaire en arrive à cette conclusion simplement parce que la défenderesse doit répondre à tous les allégués de la déclaration. Il ne semble pas avoir considéré que la mise en équilibre des intérêts en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que celui de la simple pertinence eu égard aux allégués de la déclaration. En effet, tant dans le cadre de l'art. 37 que de l'art. 38, la Cour doit évaluer si ces renseignements constituent une preuve cruciale ou très importante pour le succès de l'action ou de la défense (voir à cet égard les décisions citées au par. 66 ci-après).



IMM-8183-04  
2005 FC 1473

IMM-8183-04  
2005 CF 1473

**Miklosne Kovacs, Anett Nagy, Gergo Miklos Kovacs**  
(Applicants)

v.

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

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

Federal Court, Snider, J—Toronto, October 19; Ottawa,  
October 31, 2005.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection — Board also excluding principal applicant from refugee protection under Article 1F(b) of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees (Refugee Convention) — Determining serious reasons for considering principal applicant may have committed serious, non-political crime outside of Canada (son's abduction) — Principal applicant, Hungarian, arriving in Canada, claiming protection for herself, two minor children — Claim based on membership in particular social group, i.e. Romas and victims of abuse by principal applicant's second husband — Prior to refugee hearing, husband bringing application before Ontario Superior Court of Justice (OSC) under Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague Convention) for removal of son in accordance with Hungarian custody order — OSC dismissing application, determining son at grave risk of psychological harm — Board addressing whether crime committed by principal applicant meeting criteria of "serious non-political crime" under Article 1F(b) of Refugee Convention — Article not requiring person in question having to be charged with, convicted of crime in question — Absence of criminal conviction not equating absence of "serious non-political crime" — Board not erring in findings, determinations with respect to applicants.*

*Judges and Courts — Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board*

**Miklosne Kovacs, Anett Nagy, Gergo Miklos Kovacs**  
(demandeurs)

c.

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

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

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 19 octobre;  
Ottawa, 31 octobre 2005.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs ne sont ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger — La Commission a aussi jugé que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés, en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (la Convention sur le statut de réfugié) — Elle a conclu qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada (l'enlèvement de son fils) — La demanderesse principale est hongroise et elle a demandé asile pour elle et ses deux enfants mineurs à son arrivée au Canada — La demande était fondée sur l'appartenance à un groupe social, les Romas, et sur les mauvais traitements infligés par son deuxième mari — Avant l'audition de la demande d'asile, le mari de la demanderesse principale a saisi la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) d'une demande fondée sur la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (Convention de La Haye) visant le retour de son fils en Hongrie en exécution d'une ordonnance de garde rendue dans ce pays — La CSJO a rejeté la demande au motif que le fils courait un risque sérieux de préjudice psychologique — La Commission s'est demandée si le crime commis correspondait à la notion de « crime grave de droit commun » évoquée à l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention sur le statut de réfugié — Cette disposition n'exige pas une accusation ou une condamnation pour le crime en cause — L'absence de condamnation ne signifie pas qu'il n'y a pas de « crime grave de droit commun » — La Commission n'a pas commis d'erreur dans les conclusions qu'elle a tirées relativement aux demandeurs.*

*Juges et Tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de*

*(Board) determining applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection — Whether civil proceedings in Ontario Superior Court (OSC) affecting decision to be made by Board — While OSC decision relevant and important evidence that placed applicants' claim in context, decision not binding on Board — Board entitled and required to take into account OSC findings where directly relevant to facts before Board — Board required to carry out own analysis, reach own conclusions on matters before it — Cannot be bound by OSC's actions particularly where issues, tasks different — OSC having to determine rights of parties under Hague Convention whereas Board having to make refugee determination under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA).*

*Practice — Res Judicata — Judicial review of decision of Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) determining applicants not Convention refugees, persons in need of protection — Board not estopped from making finding regarding principal applicant's son's status as person in need of protection even though Ontario Superior Court (OSC) determining, in Hague Convention application, son would be in environment that would present risk of psychological harm if returned to father's care in Hungary — Considerations to be made by OSC under Hague Convention application clearly different from those to be made by Board in refugee determination — OSC having to determine whether son at "grave risk" of harm while Board having to determine whether risk "cruel or unusual treatment or punishment" under IRPA — OSC's findings regarding whether principal applicant's son subject to risk stated in IRPA, s. 97 may have been relevant but not determinative in whether son person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board determining that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection. The Board also determined that the principal applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Refugee Convention) because there were serious reasons for considering that she may have committed a serious non-political crime outside of Canada, namely the abduction of her son. The principal applicant, a Hungarian, arrived in Canada and claimed protection for herself and her two minor children, a daughter and a son. The applicants based their

*l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger — L'instance civile devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) influe-t-elle sur la décision de la Commission? — Bien que la décision de la CSJO constituait une preuve utile et importante plaçant la demande d'asile dans son contexte, elle ne liait pas la Commission — La Commission a le droit de prendre les conclusions de la CSJO en considération et elle devrait le faire lorsqu'elles se rapportent directement aux faits qui lui sont présentés — La Commission doit effectuer sa propre analyse et tirer ses propres conclusions — Elle ne peut être liée par les décisions de la CSJO, en particulier lorsque les questions et les rôles diffèrent — La CSJO avait à déterminer quels étaient les droits des parties sous le régime de la Convention de La Haye, tandis que la Commission devait se prononcer sur le statut de réfugié en fonction de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR).*

*Pratique — Res judicata — Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger — Même si la cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) a jugé dans une demande fondée sur la Convention de La Haye que le fils de la demanderesse principale vivrait dans un climat présentant un risque de préjudice psychologique s'il était renvoyé auprès de son père en Hongrie, il n'était pas interdit à la Commission de formuler des conclusions sur le statut du fils en tant que personne à protéger — Les éléments que la CSJO prend en considération dans le cadre d'une demande fondée sur la Convention de La Haye diffèrent manifestement de ceux que la Commission examine dans le cadre d'une demande d'asile — La CSJO devait se prononcer sur l'existence d'un « risque grave » de danger, tandis que la Commission devait décider s'il s'agissait d'un risque de « traitements ou peines cruels et inusités » au sens de la LIPR — Les conclusions de la CSJO pouvaient être pertinentes pour la question de savoir si le fils serait exposé au type de risque dont il est question à l'art. 97 de la LIPR, mais elles n'établissaient pas s'il était une personne à protéger au sens de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.*

Cette demande de contrôle judiciaire visait la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) statuant que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger. La Commission avait également jugé que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés, en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention sur le statut de réfugié), parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada, soit l'enlèvement de son fils. La demanderesse principale, citoyenne hongroise, était arrivée au Canada et

claim for protection on a well-founded fear of persecution by reason of their membership in a particular ethnic and social class, i.e. Romas and victims of abuse at the hands of the principal applicant's second husband. However, after arriving in Canada but prior to the refugee determination hearing, the principal applicant's husband brought an application in the Ontario Superior Court of Justice (OSC) pursuant to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (Hague Convention) for the removal of his son in accordance with a Hungarian custody order. The OSC dismissed the application primarily because of credibility issues and because it determined that the son was at grave risk of psychological harm since the father was a wanted fugitive with a history of criminal behaviour. The issues were: (1) whether the Board was bound by or could rely on the decision of the OSC; and (2) whether the Board had erred (a) in finding that the principal applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(b) of the Refugee Convention; (b) in drawing a negative credibility inference against the applicants; (c) in determining that the son was not a person in need of protection on the basis of the findings in the OSC; and (d) in finding it implausible that the applicants would have suffered persecution due to their Roma ethnicity.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) While the OSC decision was relevant and important evidence that placed the applicants' claim in context, it was not binding on the Board. The Board is entitled to and, in fact, should take into account the findings of the OSC where they are directly relevant to the facts before the Board. However, the Board must carry out its own analysis and reach its own conclusions on the matters before it. It cannot be bound by the actions of the OSC particularly where the issues and questions are different.

(2)(a) The Board did not err in determining that the principal applicant was excluded. Section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act* states that a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection. After reviewing the facts regarding the removal of the son from Hungary, the Board concluded that the principal applicant had committed a crime. It then addressed whether the crime met the criteria of a "serious non-political crime as envisioned in Article 1F(b) of the Refugee Convention" and adopted the presumption that a "serious non-political crime is to be equated with one in which a maximum sentence of ten

avait demandé asile pour elle et pour ses deux enfants mineurs, un garçon et une fille. Les demandeurs disaient craindre avec raison d'être persécutés à cause de leur appartenance à un groupe ethnique et social, c'est-à-dire les Roms, et parce qu'ils étaient victimes de mauvais traitements de la part du deuxième mari de la demanderesse principale. Toutefois, après l'arrivée des demandeurs au Canada, mais avant l'audition de la demande d'asile, le mari de la demanderesse principale avait saisi la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) d'une demande fondée sur la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (Convention de La Haye) visant le retour de son fils en Hongrie en exécution d'une ordonnance de garde rendue dans ce pays. La CSJO avait rejeté la demande en raison, principalement, de problèmes de crédibilité et parce que le fils courait un risque sérieux de préjudice psychologique du fait que son père était un fugitif recherché par les autorités et avait des antécédents criminels. Les questions soulevées étaient : 1) le jugement de la CSJO liait-il la Commission et pouvait-il servir de fondement à sa décision et 2) la Commission avait-elle commis une erreur a) en concluant que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention sur les réfugiés, b) en tirant une conclusion défavorable aux demandeurs en matière de crédibilité, c) en statuant que le demandeur n'était pas une personne à protéger sur la base des conclusions de la CSJO et d) en concluant qu'il était invraisemblable que les demandeurs aient été victimes de persécution en raison de leur origine rom.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

1) Bien que la décision de la CSJO constituait une preuve utile et importante plaçant la demande d'asile dans son contexte, elle ne liait pas la Commission. La Commission a le droit de prendre les conclusions de la CSJO en considération et, de fait, elle devrait le faire lorsqu'elles se rapportent directement aux faits qui lui sont présentés. Toutefois, la Commission doit effectuer sa propre analyse et tirer ses propres conclusions; elle ne peut être liée par les décisions de la CSJO, en particulier lorsque les questions diffèrent.

2)a) La Commission n'a pas conclu à tort à l'exclusion de la demanderesse principale. L'article 98 de la LIPR énonce qu'une personne visée à la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger. Après avoir examiné les faits se rapportant au retrait de Hongrie du demandeur, la Commission a conclu que la demanderesse principale avait commis un crime. Puis, la Commission s'est demandée si le crime commis correspondait à la notion de « crime grave de droit commun évoquée à la section F, alinéa b) de l'article premier de la Convention » en appliquant la présomption selon laquelle « un crime grave de droit commun est assimilable à un crime qui,

years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada.” The Board’s finding that the principal applicant had abducted the son from Hungary without the consent of a parent with joint custody was based on the OSC decision. However, the Board’s task differed from that of the OSC since it had to determine whether the threshold test of “serious reasons for considering” had been met with regard to the serious non-political crime alleged. The OSC had to determine the rights of the parties under the Hague Convention, not whether an abduction in criminal law had taken place. Moreover, Article 1F(b) of the Refugee Convention contains no requirement that the person in question must have been charged with or convicted of the crime in question. The absence of a criminal conviction does not mean that no “serious non-political crime” has been committed. Even though there was no evidence of a charge or conviction, the Board had sufficient evidence to establish that there were serious reasons for considering that a serious non-political crime had been committed. Once the principal applicant was found to be excluded under Article 1F(b), she could not be found to be a Convention refugee or a person in need of protection.

(b) The Board did not err in drawing a negative credibility inference against the applicants. Credibility assessment is within the expertise and exclusive jurisdiction of the Board. The Court should refrain from interfering with that assessment unless the Board’s assessments are capricious or perverse, or patently unreasonable. The Board had valid reasons for doubting the principal applicant’s veracity. It cited inconsistencies and implausibilities in clear and unmistakable terms by supplying examples of these problems.

(c) The Board did not err in failing to find that the son was a person in need of protection. Even though the OSC determined that the principal applicant’s son would be in an environment that would present a risk of psychological harm if the son were returned to his father’s care in Hungary, the Board was not estopped from making a finding regarding the son’s status as a person in need of protection. The parties and the issues were not the same. In refusing a removal order under the Hague Convention, the OSC was exercising its *parens patriae* jurisdiction, which is exclusively concerned with the “best interests of the welfare of the child” and whether the child is at “grave risk” of “imminent harm.” The considerations to be made under a Hague Convention application and a refugee determination are clearly different. The former requires a finding of “grave risk” of harm while the latter involves finding a risk of “cruel or unusual treatment or punishment” and also an absence of state protection. While

s’il avait été commis au Canada, aurait pu entraîner l’imposition d’une peine d’emprisonnement maximale égale ou supérieure à dix ans ». Sa conclusion que la demanderesse principale avait enlevé son fils sans le consentement du père avec qui elle en partageait la garde reposait sur la décision de la CSJO. Toutefois, l’examen que devait réaliser la Commission différait substantiellement de celui de la CSJO, puisqu’elle devait établir s’il avait été satisfait au critère des « raisons sérieuses de penser », relativement au crime grave de droit commun allégué, tandis que la CSJO devait déterminer quels étaient les droits des parties sous le régime de la Convention de La Haye, et non s’il y avait eu enlèvement relevant du droit criminel. En outre, l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés n’exige pas qu’une poursuite ait été intentée ou une condamnation prononcée pour le crime en cause. L’absence de condamnation ne signifie pas qu’il n’y a pas de « crime grave de droit commun ». Même sans la preuve d’une accusation ou condamnation, la Commission disposait de suffisamment d’éléments de preuve pour conclure à l’existence de raisons sérieuses de penser qu’un crime grave de droit commun avait été commis. La conclusion que la demanderesse principale était exclue en vertu de l’alinéa Fb) de l’article premier interdisait la reconnaissance du statut de réfugiée au sens de la Convention ou de personne à protéger.

b) La Commission n’a pas commis d’erreur en tirant une conclusion défavorable aux demandeurs en matière de crédibilité. L’évaluation de la crédibilité entre dans le champ d’expertise de la Commission et relève de sa compétence exclusive. La Cour doit s’abstenir d’intervenir dans cette évaluation à moins qu’elle ne soit arbitraire, abusive ou manifestement déraisonnable. La Commission avait des motifs valables de douter de la version des faits présentée par la demanderesse principale. Elle a cité des contradictions et invraisemblances manifestes appuyées par des exemples.

c) La Commission n’a pas commis d’erreur en concluant que le demandeur n’était pas une personne à protéger. Même si la CSJO a jugé que le fils de la demanderesse principale vivrait dans un climat présentant un risque de préjudice psychologique s’il était renvoyé auprès de son père en Hongrie, il n’était pas interdit à la Commission de formuler des conclusions sur le statut du fils en tant que personne à protéger. Les parties et les questions en cause n’étaient pas les mêmes. Lorsqu’elle a rejeté la demande d’ordonnance de retour en application de la Convention de La Haye, la CSJO exerçait sa compétence *parens patriae*, dont l’unique objet est de veiller aux intérêts de l’enfant et de déterminer s’il existe un « risque grave » de « préjudice imminent ». Les éléments à prendre en considération dans le cadre d’une demande fondée sur la Convention de La Haye et dans une demande d’asile sont manifestement différents. Dans le premier cas, il faut se prononcer sur l’existence d’un « risque grave » de danger,

the OSC's findings may have been relevant regarding whether the son was subject to the kind of risk outlined in section 97 of the IRPA, they did not determine whether he was a person in need of protection thereunder. Finally, in light of the credibility problems regarding the principal applicant's testimony, the Board did not err in determining that the presumption of state protection had not been rebutted.

(d) The Board did not err in finding it implausible that the applicants would have suffered persecution due to their Roma ethnicity. For a number of reasons stated, including that the applicants did not appear to possess the distinguishing traits commonly attributed to persons of Roma heritage, the Board concluded that it was unlikely that the applicants would be perceived as Roma by strangers and be persecuted.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 283 (as am. by S.C. 1993, c. 45, s. 5), 285 (as am. *idem*, s. 6).  
*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35, Art. 13.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 97, 98.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178; 2003 FCA 39.

##### DISTINGUISHED:

*Tubacos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 60; 2002 FCT 225 (on facts of case).

##### CONSIDERED:

*Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671; 212 D.L.R. (4th) 711; 21 Imm. L.R. (3d) 205; [2002] O.T.C. 287 (S.C.J.); *Pacificador v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 243 F.T.R. 126; 33 Imm. L.R. (3d) 289; 2003 FC 1462; *Chan v. Canada (Minister of*

andis que dans le second, il s'agit d'un risque de « traitements ou peines cruels et inusités » jumelé à une absence de protection de l'État. Bien que les conclusions de la CSJO pouvaient être pertinentes pour la question de savoir si le fils serait exposé au type de risque dont il est question à l'article 97 de la LIPR, elles n'établissaient pas s'il était une personne à protéger au sens de la LIPR. Enfin, comme le témoignage de la demanderesse principale avait été jugé non crédible, la Commission n'a pas conclu à tort que la présomption relative à la protection de l'État n'a pas été réfutée.

d) La Commission n'a pas conclu à tort qu'il était invraisemblable que les demandeurs aient été victimes de persécution en raison de leur origine rom. Pour les raisons qu'elle a exposées, dont le fait qu'ils ne semblaient pas posséder les traits distinctifs normalement associés aux Roms, la Commission a conclu qu'il était peu probable que des étrangers considèrent les demandeurs comme des roms et les persécutent.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 283 (mod. par L.C. 1993, ch. 45, art. 5), 285 (mod., *idem*, art. 6).  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).  
*Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, le 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35, art. 13.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 97, 98.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 39.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Tubacos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 225 (en fonction des faits).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671; 212 D.L.R. (4th) 711; 21 Imm. L.R. (3d) 205; [2002] O.T.C. 287 (C.S.J.); *Pacificador c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1462; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,

*Citizenship and Immigration*), [2000] 4 F.C. 390; (2000), 190 D.L.R. (4th) 128; 10 Imm. L.R. (3d) 167; 260 N.R. 376 (C.A.); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2002), 232 D.L.R. (4th) 385; [2003] CLLC 220-071; 17 C.R. (6th) 276 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63.

## REFERRED TO:

*Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761; (2003), 229 D.L.R. (4th) 235; 32 Imm. L.R. (3d) 1; 307 N.R. 201; 2003 FCA 178; *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302; (1979), 31 N.R. 34 (C.A.); *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; (1995), 128 D.L.R. (4th) 213; 187 N.R. 321; *Toth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 202 F.T.R. 13; 12 Imm. L.R. (3d) 159; 2001 FCT 149; *Rahmatizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 578 (T.D.) (QL); *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL); *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.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board determining that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection under the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Peter G. Ivanyi* for applicants.  
*Robert Bafaro* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Rochon Genova*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[2000] 4 C.F. 390 (C.A.); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; 2003 CSC 63.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; 2003 CAF 178; *Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; *Toth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 149; *Rahmatizadeh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 578 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 535 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié statuant que les demandeurs ne sont ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Peter G. Ivanyi* pour les demandeurs.  
*Robert Bafaro* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Rochon Genova*, Toronto, pour les demandeurs.  
*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] SNIDER J.: The principal applicant, a citizen of Hungary, is a woman who arrived in Canada on March 29, 2001, and claimed protection in Canada for herself and her two minor children—a daughter (who has since returned to Hungary) and a son. The applicants base their claim for protection on a well-founded fear of persecution by reason of their membership in a particular ethnic and social class, namely that they are Roma and victims of abuse at the hands of the principal applicant's second husband.

[2] In a decision dated August 19, 2004, a panel of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) determined that the applicants were neither Convention refugees nor persons in need of protection. The Board had serious credibility concerns with the evidence and testimony of the principal applicant. In light of a lack of corroborating, independent evidence, the Board was not convinced of the truth of her story. The Board also determined that the principal applicant was excluded from refugee protection, pursuant to Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Refugee Convention), on the basis that there were serious reasons for considering that she may have committed a serious non-political crime outside of Canada, namely the abduction of her son.

[3] The applicants seek judicial review of this decision.

#### Issues

[4] The issues raised in this application are as follows:

1. Did the Board err in finding that the principal applicant was excluded from refugee protection under Article 1F(b) of the Refugee Convention?
2. Did the Board err in drawing a negative credibility inference against the applicants?
3. Did the Board err in determining that the son was not a person in need of protection on the basis that the

[1] LA JUGE SNIDER : La demanderesse principale, citoyenne hongroise, est arrivée au Canada le 29 mars 2001, et a présenté une demande d'asile pour elle et pour ses deux enfants mineurs, un garçon et une fille (retournée, depuis, en Hongrie). Les demandeurs disent craindre avec raison d'être persécutés à cause de leur appartenance à un groupe ethnique et social, c'est-à-dire les Roms, et parce qu'ils sont victimes de mauvais traitements de la part du deuxième mari de la demanderesse principale.

[2] Dans une décision rendue le 19 août 2004, un tribunal de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a statué que les demandeurs n'étaient ni des réfugiés au sens de la Convention ni des personnes à protéger. La Commission a sérieusement mis en doute la crédibilité du témoignage de la demanderesse principale et de la preuve qu'elle a présentée et, vu l'absence de preuve corroborative indépendante, elle n'a pu être convaincue de la véracité des faits relatés. La Commission a également jugé que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés, en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention sur le statut de réfugié), parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada, à savoir l'enlèvement de son fils.

[3] C'est cette décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire.

#### Questions en litige

[4] Cette demande soulève les questions suivantes :

1. La Commission a-t-elle conclu à tort que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés en application de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention?
2. La Commission a-t-elle commis une erreur en tirant une conclusion défavorable aux demandeurs en matière de crédibilité?
3. La Commission a-t-elle eu tort de se considérer liée par les conclusions formulées par la Cour supérieure de

Board was bound by the findings of the Ontario Superior Court of Justice in *Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671?

4. Did the Board err in finding it implausible that the applicants would have suffered persecution due to their Roma ethnicity?

[5] Overarching the determination of these issues is the question of the extent to which the Board was bound by or can rely on the decision of the Ontario Superior Court of Justice in *Kovacs*, a decision that involved the applicants and the principal applicant's husband.

#### Analysis

What is the effect of the decision in *Kovacs* on the Board?

[6] Since many of the issues raised by this application are intertwined with the decision of the Ontario Superior Court of Justice in *Kovacs*, it would be helpful to describe that decision and consider the extent to which the Board is bound by or may rely on findings of the Court. The facts giving rise to that decision and its key elements are the following.

[7] Subsequent to the applicants' arrival in Canada, and prior to the refugee determination hearing, the principal applicant's husband brought an application in the Ontario Superior Court of Justice (OSC), pursuant to the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* (October 25, 1980, the Hague Convention) [[1983] Can. T.S. No. 35], for the removal of his son, in accordance with a Hungarian custody order. In the decision delivered on April 23, 2002, Justice Ferrier dismissed the application. Of particular relevance to this application are the following findings:

- there were serious credibility issues on behalf of both parties (that is, the principal applicant and the husband)
- the son had been removed from Hungary in breach of his father's custody rights.
- the son should not be returned because he was at grave risk of psychological harm, in light of the findings of the

justice de l'Ontario dans *Kovacs v. Kovacs* (2002), 59 O.R. (3d) 671 et de statuer en conséquence que le demandeur n'était pas une personne à protéger?

4. La Commission a-t-elle conclu à tort qu'il était invraisemblable que les demandeurs aient été victimes de persécution en raison de leur origine rom?

[5] À toutes ces questions se superpose celle de la mesure dans laquelle le jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Kovacs*, dont les parties étaient les demandeurs et le mari de la demanderesse principale, liait la Commission et pouvait servir de fondement à sa décision

#### Analyse

Quel est l'effet de la décision *Kovacs* sur la Commission?

[6] Puisque beaucoup des questions soulevées par la présente demande recourent celles de l'affaire *Kovacs* entendue par la Cour supérieure de justice de l'Ontario, il est utile de résumer cette décision et d'examiner dans quelle mesure elle lie la Commission ou peut servir de fondement à sa propre décision. Voici donc les faits de cette affaire et les principaux éléments de la décision.

[7] Après l'arrivée des demandeurs au Canada, mais avant l'audition de la demande d'asile, le mari de la demanderesse principale a saisi la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) d'une demande fondée sur la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* (25 octobre 1980, Convention de La Haye) [[1983] R.T. Can. n° 35] visant le retour de son fils en Hongrie en exécution d'une ordonnance de garde rendue dans ce pays. Le juge Ferrier a rejeté la demande le 23 avril 2002. Pour les besoins de la présente décision, les conclusions suivantes du juge revêtent une pertinence particulière :

- il existait de graves problèmes de crédibilité de part et d'autre (la demanderesse principale et son mari),
- le fils du couple a été emmené hors de Hongrie en contravention des droits du père en matière de garde,
- le fils ne pouvait être renvoyé en Hongrie en raison d'un risque sérieux de préjudice psychologique



OSC that his father was a wanted fugitive with a history of criminal behaviour.

[8] In reaching his decision, Justice Ferrier carefully considered and weighed the evidence before him. With one important exception, the evidence before the OSC was essentially the same as was before the Board in its hearing on the application for protection. The exception is that extensive documentation on country conditions formed part of the record before the Board.

[9] In *Pacificador v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 243 F.T.R. 126 (F.C.), at paragraph 83, Justice Heneghan provided guidance as to the use to be made of jurisprudence from another court in the context of a refugee claim:

Further, the Ontario Court of Appeal's decision is now part of a body of jurisprudence. I expect that on the redetermination of this matter, the newly constituted Board will consider it carefully. The lower court decision was tendered as evidence before the Board, therefore the Ontario Court of Appeal's decision, overturning this decision, must form part of the record before the newly constituted Board who will rehear this matter. The Board does not decide in a vacuum. While the Ontario Court of Appeal decision will not be binding on the Board, it is relevant and important evidence that places the Applicant's situation in context. [Emphasis added.]

[10] Similarly, in this case, I would say that the decision of the OSC is not binding on the Board. Nevertheless, it is relevant and important evidence that places the applicants' claim in context. The Board is entitled to and, in fact, should take into account the findings of the OSC where they are directly relevant to the facts before the Board. However, the Board must carry out its own analysis and reach its own conclusions on the matters before it; it cannot be bound by the actions of the OSC, particularly where the issues and questions are different.

Issue No. 1: Did the Board err in determining that the principal applicant was excluded?

[11] At the refugee hearing, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) intervened

découlant de ce que son père était un fugitif recherché par les autorités et avait des antécédents criminels.

[8] Pour parvenir à cette décision, le juge Ferrier a minutieusement examiné et soupesé la preuve. À une exception près, cette preuve était pratiquement la même que celle qui a été soumise à la Commission pour l'audition de la demande d'asile, l'exception étant que le dossier présenté à la Commission comportait une importante documentation relative à la situation du pays.

[9] Dans la décision *Pacificador c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1462, au paragraphe 83, la juge Heneghan a fourni des précisions sur l'utilisation des décisions d'un autre tribunal dans le contexte des demandes d'asile :

De plus, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario fait maintenant partie de la jurisprudence. J'imagine que, lorsque cette affaire sera de nouveau instruite, la Commission étudiera scrupuleusement cet arrêt. Le jugement de la Cour supérieure de l'Ontario avait été présenté comme preuve à la Commission, et donc l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui infirme ce jugement, devra faire partie du dossier lorsque le nouveau groupe de commissaires instruira de nouveau cette affaire. La Commission ne rend pas ses décisions dans le vide. L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ne s'imposera pas à la Commission, mais il constitue une preuve utile et importante qui ne peut que donner une meilleure idée de la situation du demandeur. [Non souligné dans l'original.]

[10] Je dirais pareillement, en l'espèce, que la décision de la CSJO ne lie pas la Commission mais qu'elle constitue néanmoins une preuve utile et importante pouvant donner une meilleure idée de la situation des demandeurs. La Commission a le droit de prendre les conclusions de la CSJO en considération et, de fait, elle devrait le faire lorsque ces conclusions se rapportent directement aux faits qui lui sont présentés. Toutefois, la Commission doit effectuer sa propre analyse et tirer ses propres conclusions; elle ne peut être liée par les décisions de la CSJO, en particulier lorsque les questions diffèrent.

Question n° 1 : La Commission a-t-elle conclu à tort que la demanderesse principale était exclue de la protection des réfugiés?

[11] Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) est intervenu à l'audition de la demande

pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), which incorporates Article 1F(b) of the Refugee Convention. The Minister submitted that the principal applicant should be excluded from refugee protection because there were serious reasons for considering that she may have committed a serious non-political crime outside of Canada, namely the abduction of her son.

[12] Article 1F(b) of the Refugee Convention provides that:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

...

(b) he has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee.

[13] Section 98 of the IRPA states that a person referred to in section F of Article 1 of the Refugee Convention is not a Convention refugee or a person in need of protection.

[14] In this case, after reviewing the facts relating to the removal of the son from Hungary, the Board concluded that the principal applicant:

... did abduct the minor claimants from Hungary without the consent of a parent with joint custody. The panel also accepts that, in accordance with the equivalency principle, if the abduction of [the son] had occurred in Canada, it would be an offence under subsection 283(1) of the *Criminal Code* of Canada. Furthermore the panel finds that the principle claimant is not saved by section 285 of the *Criminal Code* of Canada.

[15] The Board continued by addressing whether the crime committed by the principal applicant meets the criteria of a "serious non-political crime as envisioned in Article 1F(b) of the *Refugee Convention*." The Board adopted the presumption set out in *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 4 F.C. 390 (C.A.), at paragraph 9, that "a serious

d'asile pour invoquer l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), lequel incorpore l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention sur le statut de réfugié. Le ministre a soutenu que la demanderesse principale devrait être exclue de la protection des réfugiés parce qu'il existait des raisons sérieuses de penser qu'elle avait commis un crime grave de droit commun en dehors du Canada, à savoir l'enlèvement de son fils.

[12] L'alinéa Fb) de l'article premier de cette convention prévoit ce qui suit :

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

[. . .]

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés.

[13] L'article 98 de la LISR énonce qu'une personne visée à la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés ne peut avoir la qualité de réfugié ni de personne à protéger.

[14] En l'espèce, la Commission a conclu, après avoir examiné les faits se rapportant au retrait de Hongrie du demandeur, que la demanderesse principale :

[. . .] a enlevé les demandeurs mineurs en quittant la Hongrie avec eux sans le consentement du père, avec qui elle partageait la garde. Le tribunal souligne que, conformément au principe de l'équivalence, si l'enlèvement [du fils] s'était produit au Canada, il s'agirait d'une infraction aux termes du paragraphe 283(1) du *Code criminel*. Enfin, le tribunal estime que la demanderesse principale n'est pas disculpée par l'article 285 du *Code criminel*.

[15] Puis, la Commission s'est demandée si le crime commis par la demanderesse principale correspondait à « la notion de crime grave de droit commun évoquée à la section F, alinéa b) de l'article premier de la Convention ». Appliquant la présomption formulée au paragraphe 9 de l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 4 C.F. 390

non-political crime is to be equated with one in which a maximum sentence of ten years or more could have been imposed had the crime been committed in Canada.” The Board concluded that:

In this case, the equivalent offence under subsection 283(1) of the *Criminal Code of Canada* is an indictable offence for which a sentence of imprisonment for a term of ten years may be imposed. Furthermore the fact that international child abduction is the object of an international convention and international law is indicative of the seriousness of the matter from the point of view of criminal and civil law.

[16] Stated simply, the Board’s analysis consisted of three steps:

(a) Does the evidence demonstrate that the son was abducted by the principal applicant, in that he was removed from Hungary without the consent of the joint custody parent?

(b) If yes, would this abduction, if it had taken place in Canada, constitute a crime under the *Criminal Code of Canada* [R.S.C., 1985, c. C-46]; specifically, subsection 283(1) [as am. by S.C. 1993, c. 45, s. 5]?

(c) If yes, is this a serious non-political crime within the meaning of Article 1F(b) of the Refugee Convention?

[17] Overall, the Board must assess and weigh the evidence that it has accepted as credible or trustworthy in the circumstances and determine whether or not the threshold test of “serious reasons for considering” has been met with regard to the serious non-political crimes alleged (see *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.), at pages 309, 311). The standard of evidence to be applied to this threshold test is higher than a mere suspicion but lower than proof on the civil balance of probabilities standard (see *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761 (C.A.), at paragraph 174).

[18] The standard of review to be applied to the decision of the Board concerning Article 1F(b) was

(C.A.), selon laquelle « un crime grave de droit commun est assimilable à un crime qui, s’il avait été commis au Canada, aurait pu entraîner l’imposition d’une peine d’emprisonnement maximale égale ou supérieure à dix ans », la Commission a conclu que :

En l’espèce, l’infraction équivalente suivant le paragraphe 283(1) du *Code criminel* est un acte criminel punissable d’une peine de dix ans. De plus, l’enlèvement international d’un enfant tombe sous le coup d’une convention internationale et du droit international, d’où sa gravité du point de vue du droit criminel et civil.

[16] En bref, la Commission a effectué une analyse en trois étapes :

a) La preuve démontre-t-elle que la demanderesse principale a enlevé son fils, c’est-à-dire qu’elle lui a fait quitter la Hongrie sans le consentement du parent qui en avait la garde conjointe?

b) Dans l’affirmative, si cet enlèvement s’était produit au Canada, aurait-il constitué un crime prévu par le *Code criminel* du Canada [L.R.C. (1985), ch. C-46] et, plus particulièrement, par le paragraphe 283(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 45, art. 5]?

c) Dans l’affirmative, s’agit-il d’un crime grave de droit commun au sens de l’alinéa Fb) de l’article premier de la Convention sur les réfugiés?

[17] Globalement, la Commission doit évaluer et peser les éléments de preuve qu’elle considère crédibles ou dignes de foi dans les circonstances et décider si le critère préliminaire des « raisons sérieuses de penser » a été satisfait relativement aux crimes graves de droit commun allégués (voir *Moreno c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.), aux pages 309 et 311). La norme de preuve applicable à ce critère préliminaire est plus exigeante que le simple soupçon mais moins que la norme civile de la prépondérance de preuve (voir *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761 (C.A.), au paragraphe 174).

[18] La question de la norme de contrôle applicable à une décision de la Commission portant sur l’alinéa Fb)

dealt with by Décary J.A. in *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (F.C.A.), where he stated at paragraph 14:

In so far as these are findings of fact they can only be reviewed if they are erroneous and made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before the Refugee Division (this standard of review is laid down in s. 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*, and is defined in other jurisdictions by the phrase “patently unreasonable”). These findings, in so far as they apply the law to the facts of the case, can only be reviewed if they are unreasonable. In so far as they interpret the meaning of the exclusion clause, the findings can be reviewed if they are erroneous. (On the standard of review, see *Shrestha v. The Minister of Citizenship and Immigration*, 2002 FCT 886 [sic], Lemieux J. at paras. 10, 11 and 12.)

[19] I will examine each of the three questions addressed by the Board and the errors alleged in respect of each by the applicants.

(a) Abduction

[20] With respect to the Board’s finding that the principal applicant abducted the son from Hungary without the consent of a parent with joint custody, the applicants argue that the Board erred in relying on *Kovacs* to find that the principal applicant had abducted the son, contrary to his father’s custody rights. In particular, they point out that Justice Ferrier never made a specific finding that the son had been abducted. In my view, there was no error.

[21] As discussed above, the Board was entitled to have regard to the findings of the Court in *Kovacs*. However, the task undertaken by the Board differed significantly from that carried out by Justice Ferrier. While the Court in *Kovacs* was determining the rights of the parties under the Hague Convention, the Board was determining whether or not the threshold test of “serious reasons for considering” has been met with regard to the serious non-political crimes alleged. In this context, Justice Ferrier was not required to address the issue of whether an abduction, as that term is used in criminal

de l’article premier a été examinée par le juge Décary dans l’arrêt *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CAF 39. Le juge a exposé ce qui suit au paragraphe 14 :

Ces conclusions, dans la mesure où elles sont factuelles, ne peuvent être révisées que si elles sont erronées, tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont la Section du statut disposait (c’est l’alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui établit cette norme de contrôle, qu’en d’autres juridictions on définit par l’expression « manifestement déraisonnable »). Ces conclusions, dans la mesure où elles appliquent le droit aux faits de la cause, ne peuvent être révisées que si elles sont déraisonnables. Ces conclusions, dans la mesure où elles interprètent le sens de la clause d’exclusion, peuvent être révisées si elles sont erronées. (Sur la norme de contrôle : voir *Shrestha c. The Minister of Citizenship and Immigration*, [2002] A.C.F. n° 1154, 2002 FCT 887, j. Lemieux, aux para. 10, 11 et 12.)

[19] J’examinerai donc chacune des trois questions analysées par la Commission afin de déterminer si celle-ci a commis les erreurs alléguées par les demandeurs.

a) Enlèvement

[20] Relativement à la conclusion de la Commission que la demanderesse principale a enlevé son fils sans le consentement du père avec qui elle en partageait la garde, les demandeurs affirment que la Commission s’est appuyée à tort sur la décision *Kovacs* pour déterminer qu’il y avait eu enlèvement et atteinte aux droits du père en matière de garde, soulignant que le juge Ferrier n’avait pas expressément conclu à l’existence d’un enlèvement. Je suis d’avis que la Commission n’a pas commis d’erreur.

[21] Comme on l’a déjà indiqué, la Commission était admise à prendre en considération les conclusions formulées par la CSJO dans *Kovacs*. Toutefois, l’examen que devait réaliser la Commission différait substantiellement de celui qu’avait effectué le juge Ferrier. Ce dernier avait à déterminer quels étaient les droits des parties sous le régime de la Convention de La Haye, tandis que la Commission devait établir s’il avait été satisfait au critère des « raisons sérieuses de penser », relativement aux crimes graves de droit commun allégués. En conséquence, le juge Ferrier

law, took place; in contrast, that was precisely what the Board was required to do. Thus, the fact that the Court in *Kovacs* did not specifically state that the son had been abducted by his mother is irrelevant.

[22] On the Board's finding that the son had been abducted, I am satisfied that the Board's decision is not patently unreasonable.

(b) Crime in Canada

[23] The applicants assert that the Board erred in concluding that section 285 [as am. by S.C. 1993, c. 45, s. 6] of the *Criminal Code* did not apply as a defence to the allegation of abduction set out in subsection 283(1) of the *Criminal Code*. Section 285 allows the defence of "imminent danger of harm" and provides that no one shall be found guilty of abduction under section 283 if the court is satisfied that the abduction was "necessary to protect the young person from the danger of imminent harm." The applicants argue that the Board should have had regard to the finding of Justice Ferrier in *Kovacs* that the son would be at "grave risk" or would be placed in an "intolerable position" if returned to Hungary. This, they argue, is sufficient to satisfy the defence provided for in section 285 of the *Criminal Code*.

[24] Once again, the applicants are ignoring the difference in the tasks of the OSC and the Board. Justice Ferrier was assessing whether, in spite of the abduction, the son should be returned to Hungary. The test he applied was that set out in the Hague Convention. In contrast, the Board was determining whether there were serious reasons to believe that the elements of an offence set out in the *Criminal Code* had been established. In the Board's view, the section 285 defence was not applicable because the Board did not believe that the principal applicant or the children had been the victims of abuse by the husband. Stated in other words, the Board did not believe that the son was in danger of imminent harm when he was removed from Hungary. I see nothing unreasonable or illogical in the Board's conclusion that the section 285 defence would not have

n'avait pas à se demander s'il y avait eu enlèvement au sens du droit criminel, alors que c'est précisément la question à laquelle la Commission devait répondre. Il s'ensuit que l'absence de conclusion expresse de la Cour sur l'enlèvement du fils par sa mère est sans pertinence.

[22] J'estime que la conclusion de la Commission selon laquelle le fils avait été enlevé n'était pas manifestement déraisonnable.

b) Crime au Canada

[23] Les demandeurs prétendent que la Commission a erronément conclu que le moyen de défense prévu à l'article 285 [mod. par L.C. 1993, ch. 45, art. 6] du *Code criminel* à l'égard de l'infraction d'enlèvement décrite au paragraphe 283(1) du Code ne s'appliquait pas. L'article 285 crée la défense de « danger imminent » et il énonce que nul ne peut être déclaré coupable de l'infraction prévue à l'article 283 si le tribunal est convaincu que l'enlèvement était « nécessaire[] pour protéger la jeune personne en question d'un danger imminent ». Suivant les demandeurs, la Commission aurait dû prendre en considération la conclusion du juge Ferrier que le fils courrait un [TRADUCTION] « grave danger » ou se trouverait dans une [TRADUCTION] « situation intolérable » s'il retournait en Hongrie. Pour eux, cela suffit pour établir le moyen de défense prévu à l'article 285 du *Code criminel*.

[24] Encore une fois, les demandeurs ne tiennent pas compte des différences qui existaient entre les tâches respectives de la CSJO et de la Commission. Le juge Ferrier devait établir si, malgré l'enlèvement, le fils devait être renvoyé en Hongrie, en appliquant le critère énoncé dans la Convention de La Haye. Par contre, la Commission, elle, devait déterminer s'il existait des raisons sérieuses de penser que les éléments de l'infraction énoncés au *Code criminel* avaient été établis. La Commission a estimé que puisqu'elle ne croyait pas que la demanderesse principale ou les enfants avaient été victimes de mauvais traitements de la part du mari, le moyen de défense prévu à l'article 285 ne s'appliquait pas. Autrement dit, la Commission ne croyait pas que le fils courait un danger imminent lorsque sa mère l'a emmené hors de Hongrie. Je ne vois rien de

been available to the principal applicant.

(c) Serious non-political crime

[25] The applicants assert that the Board erred in its determination that abduction is a serious non-political crime.

[26] First, the applicants submit that there is no evidence to show that the principal applicant will be prosecuted for her actions in Hungary, and if that were the case, the police would not have permitted her departure. Article 1F(b) of the Refugee Convention contains no requirement that the person in question must have been charged with or convicted of the crime in question. Certainly, charges and convictions in a foreign jurisdiction may constitute convincing evidence that a crime has been committed. However, it does not follow that the absence of a criminal conviction means that there has been no "serious non-political crime". Even without the evidence of a charge or conviction, sufficient evidence may be before the Board to establish that there are serious reasons for considering that a person has committed a serious non-political crime. That was the case before the Board.

[27] The applicants also submit that the Board erred in relying on *Chan* for guidance in defining a serious non-political crime. In their submission, *Chan* only states that exclusion does not apply to crimes committed outside Canada where a sentence has already been served, unless the refugee claimant has been declared a danger to the public. In my view, the applicants have misunderstood the use made by the Board of the *Chan* decision. In the part of the decision dealing with this question, the Board was assessing whether kidnapping of a child is a "serious non-political crime." In its analysis, the Board referred to the *Chan* decision as describing a sentence of 10 or more years as one that is indicative of such a crime. The Board also considered the existence of the Hague Convention as a demonstration of the international community's view of international kidnapping as a serious matter. I see no

déraisonnable ou d'illogique dans la conclusion de la Commission selon laquelle la demanderesse principale ne pouvait se prévaloir du moyen de défense prévu à l'article 285.

c) Crime grave de droit commun

[25] Les demandeurs affirment que la Commission a erré en statuant que l'enlèvement est un crime grave de droit commun.

[26] Ils soutiennent, en premier lieu, que la preuve n'établit pas que la demanderesse sera poursuivie pour ses actes en Hongrie et que, si elle était passible de poursuites, la police n'aurait pas permis qu'elle parte. Toutefois, l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention sur les réfugiés n'exige pas qu'une poursuite ait été intentée ou une condamnation prononcée pour le crime en cause. Le dépôt d'accusations ou la condamnation à l'étranger peuvent certes constituer des éléments de preuve convaincants de l'existence d'un crime, mais il ne s'ensuit pas que l'absence de condamnation signifie qu'il n'y a pas de « crime grave de droit commun ». La Commission peut disposer de suffisamment d'éléments de preuve, même sans accusation ou condamnation, pour conclure à l'existence de raisons sérieuses de penser qu'une personne a commis un crime grave de droit commun. Ce fut le cas en l'espèce.

[27] Les demandeurs soutiennent aussi que la Commission a eu tort de s'appuyer sur l'arrêt *Chan*, pour la définition de crime grave de droit commun. Selon eux, cet arrêt affirme uniquement que les crimes commis à l'extérieur du Canada n'entraînent pas l'exclusion lorsque la peine a déjà été purgée, à moins que le demandeur d'asile n'ait été déclaré un danger pour le public. À mon avis, les demandeurs se sont mépris sur l'utilisation faite par la Commission de l'arrêt *Chan*. La Commission, lorsqu'elle a cité cet arrêt dans sa décision, examinait si l'enlèvement d'un enfant était un « crime grave de droit commun ». Dans son analyse, elle a signalé que, suivant l'arrêt *Chan*, une peine d'emprisonnement minimal de 10 ans permettait de conclure qu'il s'agissait d'un crime grave. La Commission a également vu dans l'existence de la Convention de La Haye la démonstration que la

error in the Board's use of the *Chan* decision or its analysis of whether international kidnapping of a child constitutes a serious non-political crime.

[28] The issue of exclusion is determinative of the claim of the principal applicant. Once she has been found to be excluded pursuant to Article 1F(b), the principal applicant cannot be found to be a Convention refugee or a person in need of protection. However, in the event that I am wrong on this issue, I will continue to address the other matters raised by the applicants in respect of their decision. Further, the exclusion of the principal applicant does not impact the son; the issues relating to him must be examined.

Issue No. 2: Did the Board err in drawing a negative credibility inference against the applicants?

[29] In its decision, the Board found the principal applicant's "allegations of abuse at the hand [*sic*] of her husband unreliable and untrustworthy." Of critical concern to the Board was the lack of corroborating evidence of the allegations of abuse. The Board noted that, over two years earlier, Justice Ferrier in *Kovacs* had commented negatively on the complete absence of any evidence of abuse and stated that:

. . . at the time of the hearing, approximately two years after Justice Ferrier's decision, still there is not one neutral, independent piece of evidence to support the claimant's allegations. There is not one medical or police report from Hungary or a report from any counsellor or doctor or any account by persons who witnessed or to whom she spoke about the alleged abuse by her husband . . . .

[30] In its reasons, the Board explained why it rejected the explanations for the lack of corroborative evidence.

[31] Credibility assessment is within the expertise and exclusive jurisdiction of the Board. Hence, this Court

communauté internationale considérait l'enlèvement international comme une affaire sérieuse. Selon moi, la Commission n'a pas commis d'erreur dans son utilisation de l'arrêt *Chan* ni dans son examen de la question de savoir si l'enlèvement international d'un enfant constitue un crime grave de droit commun.

[28] La question de l'exclusion détermine l'issue de la demande d'asile. Si la Commission conclut que le motif d'exclusion prévu à l'alinéa Fb) de l'article premier s'applique, elle ne peut reconnaître à un demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger. Toutefois, j'examinerai les autres questions soulevées par les demandeurs, pour le cas où je serais dans l'erreur sur cette question. En outre, l'exclusion de la demanderesse principale n'a pas d'incidence sur la demande de son fils; les questions le concernant doivent donc être examinées.

Question n° 2 : La Commission a-t-elle commis une erreur en tirant une conclusion défavorable aux demandeurs en matière de crédibilité?

[29] La Commission a conclu que les allégations de la demanderesse principale relativement à des « mauvais traitements aux mains de son mari ne sont pas dignes de foi ». L'absence de toute preuve corroborant ces allégations a influé considérablement sur la décision de la Commission. Celle-ci a relevé que, plus de deux ans auparavant, le juge Ferrier, dans *Kovacs*, avait formulé des commentaires négatifs au sujet de l'absence complète de toute preuve de mauvais traitement, et elle a écrit :

[. . .] au moment de l'audience, soit environ deux ans après la décision du juge Ferrier, il n'existait toujours aucun élément de preuve neutre confirmant les allégations de la demandeur : ni rapport médical, ni rapport de la police hongroise, ni rapport d'un conseiller ou d'un médecin ou d'un témoin ou de quiconque à qui elle aurait parlé de la soi-disant violence dont elle aurait été victime de la part de son mari [. . .]

[30] Dans ses raisons, la Commission a expliqué pourquoi elle avait rejeté les allégations à cause de l'absence de preuve corroborante.

[31] L'évaluation de la crédibilité entre dans le champ d'expertise de la Commission et relève de sa compéten-

should refrain from interfering with that assessment unless the Board's assessments are capricious or perverse, or patently unreasonable (*Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.)).

[32] The applicants submit that a claimant's testimony should be presumed to be true unless there is a valid reason to rebut that presumption and that the claimant's testimony ought to be given the benefit of the doubt, unless there are good reasons to do otherwise (*Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.), at page 305; *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, at paragraph 129). The applicants also submit that, in the absence of valid reasons to question credibility, documentary corroboration is unnecessary (*Toth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 202 F.T.R. 13 (F.C.T.D.), at paragraph 16). The problem with the application of these principles to the application before me is that the Board explained that its reasons for doubting the principal applicant's veracity did not depend solely on a lack of corroborating evidence. The Board cited inconsistencies and implausibilities in clear and unmistakable terms by supplying examples of these problems. In other words, there were valid reasons—aside from the lack of corroborating evidence—to doubt the principal applicant's story.

[33] In the refugee claim, the onus was on the applicants to supply evidence that supports their claim (*Rahmatizadeh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 578 (T.D.) (QL), at paragraphs 9-10; *Kante v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 525 (T.D.) (QL), at paragraph 8). In this case, in spite of ample time to procure such evidence, the applicants failed to do so. Further, as the Board explained, given that they should have been on notice from the findings in *Kovacs* that their corroborating evidence was insufficient, the failure to do so is even more troubling. The Board further noted that the principal applicant's explanation for a lack of police and medical documents from Hungary was not believable (her credibility already

ce exclusive. C'est pourquoi notre Cour doit s'abstenir d'intervenir dans cette évaluation à moins qu'elle ne soit arbitraire, abusive ou manifestement déraisonnable (*Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL)).

[32] Les demandeurs soutiennent que le témoignage d'un demandeur doit être présumé véridique à moins qu'il n'existe des motifs valables de réfuter cette présomption, et qu'il y a lieu de lui accorder le bénéfice du doute sauf si de bonnes raisons s'y opposent (*Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.), à la page 305; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, au paragraphe 129). Les demandeurs ajoutent qu'en l'absence de motifs valables de douter de la crédibilité, il n'est pas nécessaire de fournir une corroboration documentaire (*Toth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 149, au paragraphe 16). Ce qui rend problématique l'application de ces principes en l'espèce, c'est que la Commission a expliqué que l'absence de preuve corroborante n'était pas la seule raison pour laquelle elle doutait de la crédibilité de la demanderesse principale, citant des contradictions et invraisemblances manifestes appuyées par des exemples. Autrement dit, il existait des motifs valables—autres que l'absence de preuve corroborante—pour douter de la version des faits présentée par la demanderesse principale.

[33] C'est aux demandeurs qu'il incombait de fournir des éléments de preuve à l'appui de leur demande d'asile (*Rahmatizadeh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 578 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), aux paragraphes 9 et 10; *Kante c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 525 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 8). Bien qu'ils aient eu amplement le temps de se procurer des éléments de preuve, ils n'en ont pas fournis. Cette omission, comme l'a souligné la Commission, est d'autant plus troublante que les motifs de la décision *Kovacs* auraient dû leur indiquer que la preuve corroborante était insuffisante. La Commission a aussi signalé que l'explication donnée par la demanderesse principale relativement à l'absence de rapports de police



being impugned), and that her explanation was insufficient to justify why she had not acquired corroborating statements from relatives and other individuals who allegedly had first-hand knowledge of her domestic troubles.

[34] A further argument of the applicants is that the Board relied in part on the findings in *Kovacs* but misapprehended those findings. In particular, they point out that Justice Ferrier made no overall finding that the principal applicant lacked credibility. They assert that the comments of Justice Ferrier referred to by the Board are not findings of fact, but recitations of the husband's evidence (who was the applicant in that case), which Justice Ferrier ultimately found unconvincing. In my view, the Board accurately assessed both the evidence before it and the findings of the OSC in *Kovacs*. Although Justice Ferrier made no overall finding of a lack of credibility with respect to the principal applicant, the decision is littered with references to difficulties with her testimony. The passages referred to by the applicants do not, as submitted, consist only of a recitation of the allegations of the husband. Within each paragraph dealing with the husband's assertions, Justice Ferrier includes an ongoing analysis where he points explicitly to difficulties with the principal applicant's story.

[35] Finally, the applicants submit that the Board was incorrect when it stated that there was no document supporting the principal applicant's allegations. They refer to a medical report that their counsel tried to submit at the end of the hearing. In my view, the Board was under no obligation to admit or consider these late-filed documents. They were not translated and had, apparently, been in the possession of the applicants for some time.

[36] In conclusion on this issue, I am not persuaded that the Board erred in finding the applicants' story of abuse to be not credible.

et de rapports médicaux n'était pas plausible (sa crédibilité étant déjà entachée) et qu'elle n'indiquait pas pourquoi la demanderesse ne s'était pas procuré de déclarations corroborantes de membres de sa famille ou d'autres personnes qui auraient, selon elle, été au courant de ses problèmes familiaux.

[34] Les demandeurs font également valoir que la Commission s'est appuyée en partie sur les conclusions de la décision *Kovacs*, mais qu'elle les a mal comprises. Ils prétendent, plus particulièrement, que le juge Ferrier n'a pas formulé de conclusion générale sur le manque de crédibilité de la demanderesse principale, et soutiennent que, dans les commentaires cités par la Commission, le juge n'énonce pas de conclusions de fait mais rapporte le témoignage du mari (demandeur dans cette instance) qu'il déclare ensuite non convaincant. À mon avis, la Commission a correctement apprécié la preuve qui lui a été présentée et a bien interprété les conclusions de la CSJO dans *Kovacs*. Bien que le juge Ferrier n'ait pas formulé de conclusion générale sur la non-crédibilité de la demanderesse principale, il fait état de multiples problèmes soulevés par le témoignage de cette dernière. Les passages mentionnés par les demandeurs ne contiennent pas, comme ceux-ci le prétendent, uniquement des extraits du témoignage du mari. Le juge inclut, dans la suite de paragraphes se rapportant aux déclarations du mari, une analyse dans laquelle il relève explicitement les problèmes dont souffre la version des faits de la demanderesse principale.

[35] Enfin, les demandeurs soutiennent que la Commission a erré lorsqu'elle a déclaré qu'aucun élément de preuve documentaire n'appuyait les allégations de la demanderesse principale. Ils invoquent le rapport médical que leur avocat a tenté de produire à la fin de l'audience. Selon moi, la Commission n'était pas tenue de recevoir ces documents tardifs ni de les prendre en considération. Ils n'étaient pas traduits, et les demandeurs les avaient semble-t-il en leur possession depuis un bon moment.

[36] Bref, on ne m'a pas convaincue, relativement à cette question, que la Commission a erronément conclu que les allégations de mauvais traitements n'étaient pas crédibles.

Issue No. 3: Did the Board err in failing to find that the son was a person in need of protection?

(a) *Res judicata* or the doctrine of issue estoppel

[37] In rejecting the claim of the applicants, the Board concluded that the evidence failed to establish that the applicants were victims of abuse at the hands of the husband or because of their ethnicity. In addition, the Board found that the evidence was insufficient to rebut the presumption of state protection.

[38] The applicants point to the conclusions of Justice Ferrier that the son, if returned to his father's care in Hungary, would be in an environment that would present a risk of psychological harm. If placed in the hands of a guardian, the learned Judge [at paragraph 237] also stated that he had "no confidence that the husband would not commit a further crime—abduction—in Hungary, by removing [the son] from whomever should be his guardian in Hungary". His conclusion [at paragraph 238] was that the son's return to Hungary "would place him in an intolerable situation, whether he was there in his mother's care or in the care of a third party". The applicants argue that the Board should have applied the doctrine of *res judicata* to the issue of the son's status as a person in need of protection and should have considered itself estopped from making any finding in regard to the subjective elements of the refugee claim (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77).

[39] In *Toronto*, the Supreme Court of Canada examined the concept of "issue estoppel", a branch of *res judicata*. In order for issue estoppel to apply, three requirements must be satisfied: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies (*Toronto*, at paragraph 23). It is plain to see that the parties are not the same, being the applicants and Minister before the Board, and the applicants and the husband before the Superior Court.

Question n° 3 : La Commission a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'était pas une personne à protéger?

a) Chose jugée ou théorie de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée

[37] La Commission a conclu que la preuve n'établissait pas que les demandeurs avaient subi des mauvais traitements aux mains du mari ou qu'ils étaient persécutés du fait de leur origine ethnique et elle a rejeté la demande d'asile. Elle a conclu en outre que la preuve n'était pas suffisante pour réfuter la présomption de la protection étatique.

[38] Les demandeurs invoquent la conclusion du juge Ferrier selon laquelle le fils de la demanderesse principale vivrait dans un climat présentant un risque de préjudice psychologique s'il était renvoyé auprès de son père en Hongrie. Le juge [au paragraphe 237] a également indiqué qu'il [TRADUCTION] « ne croyait pas que, si le fils était placé auprès d'un tuteur, son père ne commettrait pas un autre crime—l'enlèvement—en Hongrie, en le soustrayant à quiconque en aurait la garde dans ce pays ». Suivant le juge [au paragraphe 238], le retour du fils en Hongrie [TRADUCTION] « le placerait dans une situation intolérable, qu'il soit avec sa mère ou avec un tiers ». Les demandeurs soutiennent que la Commission aurait dû appliquer la théorie de la chose jugée à la question du statut du fils comme personne à protéger et aurait dû considérer qu'il lui était interdit de formuler des conclusions concernant les éléments subjectifs de la demande d'asile (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77).

[39] Dans l'arrêt *Toronto*, la Cour suprême du Canada a examiné la notion de « préclusion découlant d'une question déjà tranchée », un élément de la théorie de la chose jugée. Pour que la préclusion s'applique, trois conditions doivent être réunies : 1) il doit s'agir de la même question que celle qui a fait l'objet de la décision antérieure, 2) la décision antérieure doit avoir été finale et 3) les parties aux deux instances doivent être les mêmes ou des ayants droit (*Toronto*, au paragraphe 23). Il est manifeste que les parties ne sont pas les mêmes puisque les demandeurs et le ministre ont comparu devant la Commission et qu'il s'agissait des demandeurs et du mari devant la CSJO.

[40] Additionally, the issues are not the same. In refusing a removal order under the Hague Convention in *Kovacs*, Justice Ferrier was exercising the *parens patriae* jurisdiction of his Court (*Kovacs*, at paragraph 116), which is exclusively concerned with the “best interests of the welfare of the child” (at paragraph 140) and whether the child is at “grave risk” of “imminent harm.” The bulk of the *Kovacs* decision is concerned with the determination of whether a family law application under the Hague Convention can supersede a forthcoming refugee claim, and it is apparent from the lengthy analysis of Justice Ferrier that these two types of determinations are very different in nature. At paragraph 238, Justice Ferrier does not presume that his ruling would have any impact on the refugee determination process.

[41] Most importantly, I am mindful of the contrast between the “defense” provision found in Article 13(b) of Hague Convention and the wording of section 97 of the IRPA.

#### Hague Convention

##### Article 13

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return established that—

...

(b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

#### *Immigration and Refugee Protection Act*

97. (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality . . . would subject them personally

...

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

[40] En outre, les questions ne sont pas les mêmes non plus. Lorsqu’il a rejeté la demande d’ordonnance de retour en application de la Convention de La Haye, le juge Ferrier exerçait la compétence *parens patriae* du tribunal (*Kovacs*, au paragraphe 116), dont l’unique objet est de veiller aux intérêts de l’enfant (au paragraphe 140) et de déterminer s’il existe un [TRADUCTION] « risque grave » de « préjudice imminent ». La décision *Kovacs* porte principalement sur la question de savoir si une demande relevant du droit de la famille fondée sur la Convention de La Haye peut avoir préséance sur une demande d’asile à venir, et il ressort de la longue analyse du juge Ferrier qu’il s’agit là de questions de nature très différente. Au paragraphe 238 de sa décision, le juge Ferrier ne présume pas que sa décision aurait des incidences sur le processus décisionnel relatif à la demande d’asile.

[41] De façon plus importante, je ne perds pas de vue que le libellé de la disposition de la Convention de La Haye constituant un moyen de défense, l’article 13(b), diffère de celui de l’article 97 de la LIPR.

#### Convention de La Haye

##### Article 13

Nonobstant les dispositions de l’article précédent, l’autorité judiciaire ou administrative de l’Etat requis n’est pas tenue d’ordonner le retour de l’enfant, lorsque la personne, l’institution ou l’organisme qui s’oppose à son retour établit :

[. . .]

b) qu’il existe un risque grave que le retour de l’enfant ne l’expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

#### *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*

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

[. . .]

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

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

[42] The considerations to be made under a Hague Convention application and a refugee determination are clearly different. The former requires a finding of “grave risk” of harm, the type of which is unspecified, while the latter involves finding a risk, not necessarily “grave,” of “cruel or unusual treatment or punishment” and also an absence of state protection. While the findings of Justice Ferrier may be relevant to whether the son is subject to the kind of risk outlined in section 97, they do not determine whether he is a person in need of protection under the IRPA.

[43] Issue estoppel and, therefore, *res judicata*, do not apply.

(b) Reasonableness of the finding

[44] As noted, the Board determined that the presumption of state protection had not been rebutted. The Board did not explicitly refer to the dangers of a further abduction by the husband if the applicants return to Hungary. This was a possible danger pointed to by Justice Ferrier. It could be that the Board simply rejected this possibility on the basis that the underlying claim of abuse was not credible. It would have been preferable for the Board to deal directly with this aspect of the OSC decision. In other words, the Board should have addressed the question of whether the son faced a possibility of a further abduction by the husband upon the family’s return to Hungary. However, even if this is an error, it becomes immaterial on the basis of the Board’s analysis of state protection. Justice Ferrier was not required to analyse the effectiveness of the state of Hungary in protecting its citizens from domestic abuse. It does not appear that any evidence was before him on the matter of the ability of Hungary to prevent a further abduction or to protect the son. But, for the Board, that is an essential step of its analysis.

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

[42] Les éléments à prendre en considération dans le cadre d’une demande fondée sur la Convention de La Haye et dans une demande d’asile sont manifestement différents. Dans le premier cas, il faut se prononcer sur l’existence d’un « risque grave » de danger dont la nature n’est pas précisée, tandis que dans le second, il s’agit d’un risque, qui n’a pas nécessairement à être « grave », de « traitements ou peines cruels et inusités » jumelé à une absence de protection de l’État. Bien que les conclusions du juge Ferrier puissent être pertinentes pour la question de savoir si le fils serait exposé au type de risque dont il est question à l’article 97, elles n’établissent pas s’il est une personne à protéger au sens de la LIPR.

[43] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée et, par suite, le principe de la chose jugée, ne s’applique pas.

b) Caractère raisonnable de la conclusion

[44] Comme je l’ai indiqué, la Commission a jugé que les demandeurs n’ont pas réfuté la présomption qu’ils pouvaient se réclamer de la protection de leur pays. Elle n’a pas mentionné explicitement le danger d’enlèvement par le mari si les demandeurs retournaient en Hongrie. Il s’agissait d’un danger possible évoqué par le juge Ferrier. Il se peut que la Commission ait simplement rejeté cette possibilité puisqu’elle avait jugé non crédible l’allégation de mauvais traitements. Il aurait été préférable que la Commission traite directement de cet aspect de la décision de la CSJO. Autrement dit, la Commission aurait dû examiner la question de savoir s’il existait un risque que le fils soit enlevé de nouveau, par le mari, lors du retour de la famille en Hongrie. Toutefois, même s’il s’agit là d’une erreur, l’analyse de la Commission relative à la protection du pays lui fait perdre toute importance. Le juge Ferrier n’avait pas à examiner l’efficacité de la protection contre la violence familiale offerte par la Hongrie à ses citoyens. Aucun élément de preuve ne semble lui avoir été présenté au sujet de la capacité de ce pays d’empêcher un nouvel enlèvement ou de protéger le fils. Il s’agissait toutefois d’une étape essentielle de l’examen de la Commission.

[45] I cannot agree with the applicant's proposition that the Board's analysis of state protection was superficial. To begin with, the Board is entitled to rely on the presumption of state protection (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689). In light of the credibility problems with the principal applicant's testimony, there was no evidence to rebut that presumption. Further, the Board cited ample documentary evidence that indicated Hungary had adequate provisions in place to protect individuals from domestic abuse and ethnic persecution.

[46] I am not persuaded that the Board erred.

Issue No. 4: Did the Board err in finding it implausible that the applicants would have suffered persecution due to their Roma ethnicity?

[47] In spite of serious reservations that the principal applicant is Romani, the Board considered, for purposes of the claim, that the principal applicant was Romani. However, the Board concluded that the applicants would not be perceived as Romani (or Roma, as the term may be used).

[48] The applicants submit that, by concluding that they would not be perceived as Roma, the Board applied a narrow analysis of stereotypical physical characteristics. The Board ignored documentary evidence which indicate that Roma have been assimilated into Hungarian culture but may still be distinguishable based on non-physical characteristics, and that even lighter skinned Roma may be subject to discrimination. The applicants cite *Tubacos v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 23 Imm. L.R. (3d) 60 (F.C.T.D.), at paragraphs 12-13.

[49] *Tubacos* does not apply to the case at bar. In *Tubacos*, the issue was whether the Board properly rejected the claimant's assertion that they were of Roma ethnicity solely on the basis of the claimant's appearance. In the present case, the Board accepted the applicants' ethnicity, albeit hesitantly, and based its findings of a lack of persecution on more than physical appearance.

[45] Selon les demandeurs, la Commission a analysé superficiellement la question de la protection. Je ne partage pas ce point de vue. D'abord, la Commission est admise à s'appuyer sur la présomption de l'existence d'une protection de l'État (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689). Comme le témoignage de la demanderesse principale a été jugé non crédible, la présomption n'a pas été réfutée. En outre, la Commission s'est appuyée sur de nombreux éléments de preuve documentaire indiquant que la Hongrie avait établi des mesures de protection adéquates en matière de violence familiale et de persécution ethnique.

[46] Je ne suis pas convaincue que la Commission a commis une erreur.

Question n° 4 : La Commission a-t-elle conclu à tort qu'il était invraisemblable que les demandeurs aient été victimes de persécution en raison de leur origine rom?

[47] Malgré les doutes sérieux qu'elle avait au sujet de l'origine rom de la demanderesse principale, la Commission a statué sur la demande en considérant que la demanderesse était Rom, mais elle a conclu que les demandeurs ne seraient pas perçus comme des Roms.

[48] Selon les demandeurs, cette conclusion procède d'une analyse étroite fondée sur des stéréotypes physiques et ne tenant pas compte d'éléments de preuve documentaire indiquant que, malgré leur assimilation à la culture hongroise, les Roms continuent d'être identifiables sur la base de caractéristiques non physiques et que même des Roms à la peau plus claire peuvent être victimes de discrimination. Ils citent *Tubacos c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 225, aux paragraphes 12 et 13.

[49] *Tubacos* ne s'applique pas en l'espèce. Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer si la Commission avait eu raison de rejeter l'affirmation des demandeurs qu'ils étaient d'origine ethnique rom en se fondant uniquement sur leur apparence. En l'espèce, la Commission a accepté l'affirmation des demandeurs concernant leur origine ethnique, malgré des réserves, et sa conclusion quant à l'absence de persécution ne

[50] I am not persuaded that the Board erred. The Board does not base its conclusion solely on the applicants' appearance. The Board found that the applicants did not appear to possess the "distinguishing traits that are commonly attributed to person [*sic*] of Romani heritage." Importantly, the Board also based its implausibility finding on the evidence that neither of the principal applicants' two husbands knew she was a Roma, although they had lived intimately with her for several years. On this basis, it was reasonable for the Board to conclude that strangers would be unlikely to perceive the applicants as Roma and persecute them.

[51] There is no reviewable error.

#### Conclusion

[52] For these reasons, the application for judicial review will be dismissed. Neither party proposed a question for certification; none will be certified,

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The application for judicial review is dismissed; and
2. No question of general importance is certified.

reposait pas uniquement sur l'apparence physique des demandeurs.

[50] Je ne suis pas convaincue que la Commission a commis une erreur. Elle n'a pas fondé ses conclusions sur la seule apparence physique des demandeurs. Elle a déterminé que ces derniers ne semblaient pas posséder « les traits distinctifs normalement associés aux Roms ». Fait important, elle a également signalé la preuve selon laquelle aucun des deux maris de la demanderesse principale ne savait qu'elle était Rom, même après avoir partagé son intimité pendant plusieurs années. La Commission pouvait donc raisonnablement conclure qu'il était peu probable que des étrangers considèrent les demandeurs comme des Roms et les persécutent.

[51] La Commission n'a pas commis d'erreur susceptible de révision.

#### Conclusion

[52] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est rejetée. Les parties n'ayant pas soumis de question à certifier, aucune ne sera certifiée.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

A-579-04  
2005 FCA 361

A-579-04  
2005 CAF 361

**Apotex Inc. (Appellant) (Plaintiff by Counterclaim)**

**Apotex Inc. (appelante) (demanderesse reconventionnelle)**

v.

c.

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Respondents) (Defendants by Counterclaim)**

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (intimées) (défenderesses reconventionnelles)**

and

et

**Shionogi & Co. Ltd. (Respondent) (Defendant by Counterclaim)**

**Shionogi & Co. Ltd. (intimée) (défenderesse reconventionnelle)**

and

et

**Commissioner of Competition (Intervener)**

**Commissaire de la concurrence (intervenant)**

**INDEXED AS: ELI LILLY AND CO. v. APOTEX INC. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ELI LILLY AND CO. c. APOTEX INC. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Evans and Sharlow J.J.A.—Toronto, September 27; Ottawa, November 2, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 27 septembre; Ottawa, 2 novembre 2005.

*Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs from appellant's defence and counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) — Lilly commencing action for infringement of seven patents relating to processes that may be used in making cefaclor, antibiotic — Lilly later claiming appellant infringing eighth patent; amending statement of claim — Four out of those eight patents assigned to Lilly by Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) — Lilly simultaneously granting Shionogi non-exclusive licence respecting patents assigned — Appellant alleging assignment of patents constituting conspiracy to unduly lessen competition contrary to Competition Act, s. 45; claiming damages under s. 36 — Patent Act, s. 50 providing patent issued for invention assignable in law — Federal Court of Appeal decision in Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. establishing assignment of patent cannot be undue when lessening of competition resulting from assignment thereof — Molnlycke not applying if reduction of competition resulting from something more than mere exercise of patent rights — Federal Court erring when considering Molnlycke binding in present circumstances — Also erring when holding assignment of patents exempt from Competition Act, s. 45.*

*Brevets — Contrefaçon — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) — Lilly a intenté une action pour contrefaçon de sept brevets sur des procédés pouvant servir à la fabrication de l'antibiotique céfaclor — Lilly a modifié sa déclaration de manière à ajouter un huitième brevet à son action — Quatre des huit brevets ont été cédés à Lilly par Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) — Lilly concédait simultanément à Shionogi une licence non exclusive sur les brevets cédés — L'appelante a allégué que les accords de cession conclus constituaient un complot en vue de diminuer indûment la concurrence, en contravention avec l'art. 45 de la Loi sur la concurrence, et a réclamé des dommages-intérêts en vertu de l'art. 36 — L'art. 50 de la Loi sur les brevets dispose que tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit — Dans l'arrêt Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd., la Cour d'appel fédérale a statué qu'une cession de brevet ne peut être indue si la diminution de la concurrence découle uniquement de la cession — Molnlycke ne doit pas être appliqué si la diminution de la concurrence découle de quelque chose qui dépasse le simple exercice des droits de brevet — En l'espèce, la Cour fédérale s'est trompée en se considérant liée par Molnlycke — Elle a également commis une erreur en*

*Competition — Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs from appellant's defence, counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) — Assignment of patent may as matter of law unduly lessen competition — When assignment increasing assignee's market power in excess of that inherent in rights assigned, Patent Act, s. 50 not precluding possibility assignment unduly lessening competition under Competition Act, s. 45 — Purpose of Competition Act to maintain, encourage competition in Canada to promote efficiency, adaptability of Canadian economy — Federal Court not erring when concluding patent assignment having effect of reducing competition — Appellant claiming loss, damages sustained as result of conduct proscribed in Competition Act, s. 45 — Submitting any potential amount required to pay for infringement constituting "loss or damages" — S. 36(1) providing claimant must prove proscribed conduct causing loss, damages — S. 36(4) establishing limitation period to claim loss, damages — Federal Court not erring in concluding issues of damages, limitation period to be resolved at trial, not on summary motion.*

*Practice — Summary Judgment — Appeal from Federal Court decision granting motions for summary judgment, striking paragraphs from appellant's defence, counterclaim to patent infringement action brought by Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. — Appellant's claim for loss, damages under Competition Act not matter to be resolved at summary judgment stage — Also inappropriate to decide by summary judgment matter in which application of discoverability rule (when facts discovered, could reasonably have been expected to be discovered) likely to be important, i.e. determining start of limitation period for damages claimed under Competition Act.*

This was an appeal from a Federal Court decision granting motions for summary judgment and striking paragraphs from the appellant's defence and counterclaim to an action brought by the respondents Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) for patent infringement. In 1997, Lilly had

*affirmant que les cessions de brevet ne sont pas assujetties à l'art. 45 de la Loi sur la concurrence.*

*Concurrence — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) — La cession de brevet peut, en droit, diminuer indûment la concurrence — Lorsque la cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le seul pouvoir inhérent au brevet cédé, l'art. 50 de la Loi sur les brevets n'exclut pas la possibilité que la cession diminue indûment la concurrence en contravention avec l'art. 45 de la Loi sur la concurrence — L'objet de la Loi sur la concurrence est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne — La Cour fédérale ne s'est pas trompée lorsqu'elle a conclu que la cession de brevet avait pour effet de diminuer la concurrence — L'appelante a réclamé des dommages-intérêts pour la perte ou les dommages qu'elle a subis en raison des agissements contraires à l'art. 45 — L'appelante a soutenu que tout montant qu'elle pourrait être tenue de verser dans l'action en contrefaçon constitue « une perte ou des dommages » — En vertu de l'art. 36(1), le demandeur doit prouver qu'il a subi une perte ou des dommages en raison des agissements prohibés — L'art. 36(4) précise la prescription applicable à une action en dommages-intérêts pour perte ou dommages subis — La Cour fédérale ne s'est pas trompée en concluant que les questions de dommages et de prescription devaient être tranchées sur le fond et non dans le cadre d'une requête en jugement sommaire.*

*Pratique — Jugement sommaire — Appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. — La réclamation de l'appelante pour perte ou dommages sous le régime de la Loi sur la concurrence n'était pas une question devant être tranchée dans le cadre d'une requête en jugement sommaire — Il n'est pas davantage approprié de trancher un litige par jugement sommaire lorsque l'application du principe de la possibilité de découverte (moment où les faits ont été découverts ou pouvaient raisonnablement l'être) sera vraisemblablement une question importante en ce qu'elle marque le début de la période de prescription pour les dommages-intérêts réclamés sous le régime de la Loi sur la concurrence.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes en jugement sommaire et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par les intimées Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.



commenced an action against the appellant for infringement of seven patents, which relate to processes that can be used in the making of cefaclor, an antibiotic, to intermediates that can be formed using those processes and to a compound used in the processes. An eighth patent, which it claimed had been infringed, was later added to its statement of claim. Of the eight patents Lilly claimed were infringed by the appellant, four had been assigned to it by Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) in 1995. In turn, Lilly simultaneously granted Shionogi, the assignor, a non-exclusive licence with respect to those patents assigned. The last of the process patents assigned to Lilly expired in 2000. In its defence and counterclaim, the appellant alleged that the agreements between Lilly and Shionogi constituted a conspiracy to unduly lessen competition, thereby violating section 45 of the *Competition Act* and entitling it to damages under section 36. Prior to this appeal, the Federal Court had held that since any lessening of competition arose from Shionogi's assignment of the patents to Lilly, it could not be undue because it was authorized by *Patent Act*, section 50. It regarded *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* as binding authority to this effect. The appeal was allowed on the ground that *Molnlycke* applied only when the lessening therefrom of competition resulted from the assignment alone. The matter was remitted to the Federal Court Judge to determine whether there was "something more" than the mere exercise of patent rights such that the *Competition Act* was not excluded. The Federal Court found that there was not. The main issue in this appeal was whether an assignment of a patent constitutes an agreement or arrangement to lessen competition unduly if the assignment results in an increase to the assignee's market power greater than that inherent in the patents assigned, contrary to section 45 of the *Competition Act*.

*Held*, the appeal should be allowed.

The assignment of a patent may as a matter of law unduly lessen competition. Section 50 of the *Patent Act* provides that a patent issued for an invention is assignable in law. However, when the effect of the assignment is to increase the assignee's market power by more than that inherent in the rights assigned, section 50 does not preclude the possibility that the assignment unduly lessens competition under section 45 of the *Competition Act*. An interpretation of section 50 that does not immunize the assignment of patents from section 45 when it lessens competition enables it and section 45 to operate harmoniously in accordance with the ordinary meaning of the

(Lilly). En 1997, Lilly a intenté une action contre appelante pour contrefaçon de sept brevets sur des procédés pouvant servir à la fabrication de l'antibiotique céfaclor, sur les intermédiaires qui peuvent être produits au moyen de ces procédés, ainsi que sur un composé utilisé dans ces procédés. Elle a modifié sa déclaration de manière à ajouter un huitième brevet qui, d'après elle, avait fait l'objet d'une contrefaçon. Des huit brevets qui, d'après Lilly, avaient fait l'objet d'une contrefaçon par l'appelante, quatre lui avaient été cédés par Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) en 1995. En retour, Lilly concédait simultanément à Shionogi, le cédant, une licence non exclusive sur les brevets cédés. Le dernier des brevets de procédé cédés à Lilly a expiré en 2000. Dans sa défense et demande reconventionnelle, l'appelante a allégué que les accords conclus entre Lilly et Shionogi constituaient un complot en vue de diminuer indûment la concurrence, en contravention avec l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, et lui donnaient droit à des dommages-intérêts en vertu de l'article 36. Avant le présent appel, la Cour fédérale avait statué que, étant donné que toute diminution de la concurrence découlait de la cession des brevets de Shionogi à Lilly, la cession en question ne pouvait pas être indue du fait qu'elle était autorisée par l'article 50 de la *Loi sur les brevets*. Elle considérait qu'elle était liée à cet égard par l'arrêt *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel au motif que *Molnlycke* s'appliquait seulement dans le cas où la diminution de la concurrence découlait uniquement de la cession. L'affaire a été renvoyée à un juge de la Cour fédérale pour qu'il apprécie s'il y avait preuve que ce n'était « pas uniquement » l'exercice des droits de brevets, de telle sorte que l'application de la *Loi sur la concurrence* n'était pas exclue. La Cour fédérale a conclu qu'il s'agissait uniquement de l'exercice de ces droits. La question principale soulevée dans cet appel était la suivante : la cession d'un brevet peut-elle constituer un accord ou un arrangement en vue de diminuer indûment la concurrence, en contravention avec l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, si cette cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés?

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La cession d'un brevet peut, en droit, diminuer indûment la concurrence. Suivant l'article 50 de la *Loi sur les brevets*, tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit. Toutefois, lorsque la cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés, l'article 50 n'exclut pas la possibilité que la cession diminue indûment la concurrence en contravention avec l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Une interprétation de l'article 50, qui n'exclut pas les cessions de brevet de l'application de l'article 45 lorsqu'elles diminuent la concurrence, permet une application harmonieuse de cette

statutory language. Since section 50 of the *Patent Act* neither compels nor expressly authorizes what section 45 forbids, there is no true conflict between these two provisions. Moreover, section 32 of the *Competition Act* provides that the Federal Court may make certain orders where use is made of the exclusive rights conferred by a patent so as to unduly restrain trade or lessen competition in an article. On that basis, Parliament clearly did not intend to exclude the exercise of patent rights from the reach of the *Competition Act* altogether. This interpretation is also consistent with the purpose of the *Competition Act*, which is “to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy.” Finally, this interpretation is consistent with administrative guidelines. Therefore, the Federal Court judge erred in law by holding that the assignment of patents is exempt from section 45 of the *Competition Act*.

The Federal Court also erred when it considered the Federal Court of Appeal decision in *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* as authority for the proposition that, in the present circumstances, any lessening of competition could not be undue for the purpose of section 45 of the *Competition Act*. *Molnlycke* established that an assignment of patents could not be undue when the lessening of competition results from the assignment thereof. However, the situation in *Molnlycke* was distinguishable since the only market power created by the assignment in that case was that inherent in the patent assigned. In the present case, because of Lilly’s existing ownership of related patents, the agreement between Lilly and Shionogi resulted in Lilly’s acquiring patent rights that allowed it to control all of the commercially viable processes for making cefaclor. Before the patent assignment, those processes were controlled by two companies. Therefore, *Molnlycke* does not apply if there is evidence that something more than the mere exercise of patent rights may affect competition in the relevant market.

The Federal Court made an express finding of fact that there was a lessening of competition after the 1995 assignment of Shionogi’s patents to Lilly. It concluded that the evidence amply demonstrated that, because of Lilly’s existing ownership of other patents, the result of the assignment was to increase Lilly’s monopoly power. Given the absence of a palpable and overriding error, the Federal Court of Appeal could not disturb the Federal Court’s conclusion that the effect of the assignment was a lessening of competition.

disposition et de l’article 45, conformément au sens ordinaire du libellé de ces dispositions. Puisque l’article 50 de la *Loi sur les brevets* n’exige ou n’autorise pas expressément ce qui est interdit à l’article 45, il n’y a aucun conflit véritable entre ces deux dispositions. De plus, l’article 32 de la *Loi sur la concurrence* précise que la Cour fédérale peut rendre certaines ordonnances, lorsqu’il est fait usage de droits exclusifs conférés par un brevet en vue de restreindre indûment le commerce ou de diminuer la concurrence à l’égard d’un article. Pour ce motif, le législateur n’a clairement pas eu l’intention d’exclure complètement l’exercice des droits de brevet du champ d’application de la *Loi sur la concurrence*. Cette interprétation est également compatible avec l’objet de la *Loi sur la concurrence* qui est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne ». Enfin, cette interprétation est conforme aux lignes directrices du Bureau de la concurrence. En conséquence, le juge de la Cour fédérale a commis une erreur de droit en affirmant que les cessions de brevet ne sont pas assujetties à l’article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

La Cour fédérale a également commis une erreur en concluant que suivant l’arrêt *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd.* de la Cour d’appel fédérale, toute diminution de la concurrence, dans les circonstances, ne peut être considérée comme indue pour l’application de l’article 45 de la *Loi sur la concurrence*. *Molnlycke* a établi que les cessions de brevets ne peuvent pas être indues lorsque la diminution de la concurrence découle de celles-ci. Toutefois, il faut établir une distinction d’avec *Molnlycke* au motif que dans cette affaire le seul pouvoir commercial créé par la cession était le pouvoir inhérent au brevet cédé. Dans la présente espèce, étant donné que Lilly détenait déjà des brevets connexes, l’entente conclue entre Lilly et Shionogi a eu pour effet que Lilly a acquis des droits de brevet qui lui ont permis de contrôler tous les procédés rentables de fabrication du cefaclor. Avant l’entente, ces procédés étaient entre les mains de deux compagnies. Par conséquent, *Molnlycke* ne s’applique pas s’il y a preuve que ce n’est pas uniquement l’exercice des droits de brevets qui peut avoir une incidence sur la concurrence au sein du marché.

La Cour fédérale a tiré une conclusion de fait explicite, soit qu’il y a eu diminution de la concurrence après la cession des brevets de Shionogi à Lilly en 1995. Elle a conclu que la preuve établissait amplement qu’en raison des autres brevets que détenait déjà Lilly, la cession a eu pour résultat d’augmenter le pouvoir monopolistique de Lilly. En l’absence d’une erreur manifeste et déterminante, la Cour d’appel fédérale ne pouvait modifier la conclusion de la Cour fédérale voulant que la cession ait entraîné une diminution de la concurrence.

The appellant counterclaimed against Lilly and Shionogi under section 36 of the *Competition Act* for damages for loss or damage sustained as a result of conduct proscribed in section 45. Subsection 36(1) provides that a claimant must prove that the proscribed conduct caused it loss or damage and subsection 36(4) provides that no claim for damages may be made after two years from “a day on which the conduct was engaged in”. Therefore, in this case, the start of the limitation period had to be determined. However, the evidence pertaining to both how much the appellant knew about the relevant facts (including details of the agreement) and when it acquired its knowledge was not so clear as to warrant the Federal Court of Appeal’s interference with the Federal Court’s conclusion that the issue of whether the appellant’s counterclaims are statute-barred should be resolved at trial. It will generally be inappropriate to decide by summary judgment a matter in which the application of the discoverability rule (when facts were discovered and could reasonably have been expected to be discovered) is likely to be important.

The appellant’s strange proposition that, for the purposes of subsection 36(1), any amount that it may be required to pay Lilly by way of damages as a result of Lilly’s infringement action constitutes “loss or damages” was a matter that had to be determined at trial, not at the summary judgment stage.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted *idem*), 32 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 29; 2002, c. 16, s. 4(F)), 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 11), 45 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 47, s. 714), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37; 2002, c. 16, s. 11.4).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 50 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 20).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493; 132 N.R. 315; [1991] F.C.J. No. 532 (C.A.) (QL).

Dans ses demandes reconventionnelles contre Lilly et Shionogi fondées sur l’article 36 de la *Loi sur la concurrence*, l’appelante réclame des dommages-intérêts pour la perte ou les dommages qu’elle a subis en raison des agissements contraires à l’article 45. Pour se prévaloir du recours en dommages-intérêts en vertu du paragraphe 36(1), le demandeur doit prouver qu’il a subi une perte ou des dommages en raison des agissements prohibés, et le paragraphe 36(4) précise qu’aucune action en dommages-intérêts ne peut être intentée plus de deux ans après « la date du comportement en question ». En conséquence, en l’espèce, la Cour devait déterminer le point de départ du délai de prescription. Toutefois, la preuve sur ces deux aspects, à savoir la mesure dans laquelle l’appelante connaissait les faits pertinents (y compris le détail de l’entente) et à quel moment elle en a eu connaissance, n’était pas à ce point évidente qu’elle justifiait que la Cour d’appel fédérale modifie la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la question de la prescription des demandes reconventionnelles de l’appelante méritait un examen sur le fond. Il n’est généralement pas approprié de trancher un litige par jugement sommaire lorsque l’application du principe de la possibilité de découverte (moment où les faits ont été découverts ou pouvaient raisonnablement l’être) sera vraisemblablement une question importante.

La prétention étonnante de l’appelante selon laquelle, pour l’application du paragraphe 36(1), tout montant qu’elle pourrait être tenue de verser à Lilly à titre de dommages-intérêts dans l’action en contrefaçon intentée par Lilly, constitue « une perte ou des dommages », était une question qui devait être tranchée sur le fond et non à l’étape du jugement sommaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1 (édicte, *idem*), 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 29; 2002, ch. 16, art. 4(F)), 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11), 45 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 47, art. 714), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4).  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 50 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 20).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493; 132 N.R. 315; [1991] F.C.J. No. 532 (C.A.) (QL).

## CONSIDERED:

*Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2004), 240 D.L.R. (4th) 679; 32 C.P.R. (4th) 195; 323 N.R. 180; 2004 FCA 232; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2003), 28 C.P.R. (4th) 37; 2003 FC 1171; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241.

## REFERRED TO:

*Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; (1960), 25 D.L.R. (2d) 225; 128 C.C.C. 145; 33 C.R. 318; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon et al.*, [1982] 2 S.C.R. 161; (1982), 138 D.L.R. (3d) 1; 18 B.L.R. 138; 44 N.R. 181; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; 156 D.L.R. (4th) 222; 17 C.P.C. (4th) 219; 107 O.A.C. 115 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Bureau de la concurrence. "Lignes directrices pour l'application de la loi", Industrie Canada, 2000.  
 Competition Bureau. *Intellectual Property Enforcement Guidelines*. Industry Canada, 2000.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 2 F.C.R. 225; (2004), 35 C.P.R. (4th) 155; 262 F.T.R. 154; 2004 FC 1445) granting motions brought by the respondents for summary judgment and striking paragraphs from the appellant's defence and counterclaim to an action by Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. for patent infringement. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Harry B. Radomski* and *David Scrimger* for appellant (plaintiff by counterclaim).  
*Anthony George Creber* and *Patrick S. Smith* for respondents (defendants by counterclaim) Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 232; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1171; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; (1960), 25 D.L.R. (2d) 225; 128 C.C.C. 145; 33 C.R. 318; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon et autres*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; 156 D.L.R. (4th) 222; 17 C.P.C. (4th) 219; 107 O.A.C. 115 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application de la loi*. Industrie Canada, 2000.  
 Bureau de la concurrence. « Lignes directrices pour l'application de la loi », Industrie Canada, 2000.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 2 R.C.F. 225; 2004 CF 1445) accueillant les requêtes en jugement sommaire déposées par les intimées et radiant certains paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de l'appelante dans l'action en contrefaçon intentée par Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Harry B. Radomski* et *David Scrimger* pour l'appelante (demanderesse reconventionnelle).  
*Anthony George Creber* et *Patrick S. Smith* pour les intimées (défenderesses reconventionnelles) Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.

*A. David Morrow and Colin B. Ingram* for respondent (defendant by counterclaim) Shionogi & Co. Ltd.

*Randall Hofley* for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

*Goodmans LLP*, Toronto, for appellant (plaintiff by counterclaim).

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondents (defendants by counterclaim) Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.

*Smart & Biggar*, Ottawa, for respondent (defendant by counterclaim) Shionogi & Co. Ltd.

*Deputy Attorney General of Canada* for intervener.

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

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal by Apotex Inc. from a decision of the Federal Court granting motions brought by the respondents, Eli Lilly and Company, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) and Shionogi & Co. Ltd. The Judge granted motions for summary judgment by Lilly and Shionogi and struck paragraphs from Apotex' defence and counterclaim to an action by Lilly for patent infringement. The Judge's decision is reported as *Eli Lilly and Co. v. Apotex*, [2005] 2 F.C.R. 225.

[2] The appeal raises an important question of law arising at the intersection of patent law and competition law. It is this. As a matter of law, can an assignment of a patent constitute an agreement or arrangement to lessen competition unduly, contrary to section 45 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 47, s. 714] of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34, s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)], if it results in an increase to the assignee's market power greater than that inherent in the patents assigned?

*A. David Morrow et Colin B. Ingram* pour l'intimée (défenderesse reconventionnelle) Shionogi & Co. Ltd.

*Randall Hofley* pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'appelante (demanderesse reconventionnelle).

*Gowling Lafleur Henderson s.r.l.*, Ottawa, pour les intimées (défenderesses reconventionnelles) Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.

*Smart & Biggar*, Ottawa, pour l'intimée (défenderesse reconventionnelle) Shionogi & Co. Ltd.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intervenant.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Apotex Inc. (Apotex) a interjeté appel d'une décision de la Cour fédérale accueillant les requêtes des intimées, Eli Lilly and Company, Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) et Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi). Le juge a accueilli les requêtes en jugement sommaire déposées par Lilly et Shionogi, et radié certains paragraphes de la défense ainsi que de la demande reconventionnelle d'Apotex dans l'action en contrefaçon intentée par Lilly. La décision du juge est publiée à *Eli Lilly and Co. c. Apotex*, [2005] 2 R.C.F. 225.

[2] L'appel soulève une question de droit importante, à la frontière entre le droit des brevets et le droit de la concurrence : en droit, la cession d'un brevet peut-elle constituer un accord ou un arrangement en vue de diminuer indûment la concurrence, en contravention avec l'article 45 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 47, art. 714] de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19)], si cette cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés?

[3] Lilly and Shionogi say that it cannot. They rely on section 50 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 20] of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4], which authorizes a patentee to assign a patent. They argue that, by their nature, patents create monopolies. Since the right to assign is one of the rights conferred on patentees by Parliament, any lessening of competition following the exercise of the right to assign cannot be undue. Lilly and Shionogi say that there is binding authority to this effect: *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493 (F.C.A.). However, they concede that it is different if, in addition to the assignment, the assignor and assignee enter into some other competition-restricting arrangement.

[4] Apotex, on the other hand, submits that section 50 of the *Patent Act* and section 45 of the *Competition Act* can be read harmoniously: section 50 enables patents to be assigned to comply with other laws, including section 45 of the *Competition Act*. Hence, it is argued, when the effect of an assignment is to increase the assignee's market power by more than that inherent in the rights assigned, section 50 does not preclude the possibility, as a matter of law, that the assignment unduly lessened competition.

[5] Apotex says that *Molnlycke* is distinguishable on the ground that the Court in that case was not considering a situation in which the assignment created in the assignee market power greater than that inherent in the patents assigned. In contrast, such power was conferred in the present case because of the assignee's existing ownership of related patents.

[6] The Commissioner of Competition was given leave to intervene to assist the Court on whether section 50 of the *Patent Act* precludes the application of section 45 of the *Competition Act* from the assignment of patents, and whether the Judge erred in concluding that his view on this issue was consistent with the *Intellectual Property Enforcement Guidelines* (Industry

[3] Lilly et Shionogi affirment que la réponse est non. Elles s'appuient sur l'article 50 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 20] de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4], qui autorise les titulaires de brevet à céder leur brevet. Elles soutiennent qu'il est de la nature des brevets de créer des monopoles. Puisque le droit de cession est l'un des droits conférés par le Parlement aux titulaires de brevet, la diminution de la concurrence découlant de l'exercice de ce droit ne peut être indue. Lilly et Shionogi prétendent que la Cour est liée par des décisions de jurisprudence sur cette question : *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493 (C.A.F.). Toutefois, elles reconnaissent que la situation serait différente si, outre la cession, le cédant et le cessionnaire concluaient d'autres ententes de nature à nuire à la concurrence.

[4] Pour sa part, Apotex soutient que l'article 50 de la *Loi sur les brevets* et l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* peuvent être interprétés de manière harmonieuse : l'article 50 autorise la cession des brevets mais ne vise pas à exclure les cessions de l'application des autres lois, y compris de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. Apotex fait donc valoir que lorsque la cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le simple pouvoir inhérent aux brevets cédés, l'article 50 n'exclut pas la possibilité, en droit, que la cession diminue indûment la concurrence.

[5] Apotex affirme que l'on peut établir une distinction avec *Molnlycke* puisque, dans ce cas, il n'était pas question d'une cession entraînant la création d'un pouvoir de marché plus grand que le pouvoir inhérent aux brevets cédés. Dans le cas qui nous occupe, au contraire, la cession a conféré un pouvoir renforcé au cessionnaire en raison des brevets connexes qu'il détenait déjà.

[6] Le commissaire de la concurrence a été autorisé à intervenir pour aider la Cour à décider si l'article 50 de la *Loi sur les brevets* exclut les cessions de brevet de l'application de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* et si le juge a commis une erreur en concluant que son avis sur la question était conforme aux principes énoncés dans *Lignes directrices pour l'application de la*

Canada, 2000) issued by the Commissioner.

*loi* (Industrie Canada, 2000), document publié par le commissaire de la concurrence.

## B. BACKGROUND AND JUDICIAL HISTORY

[7] The essential background to this appeal has already been described by Rothstein J.A. in the previous round of the present litigation, reported as *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2004), 240 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.), at paragraphs 2-5:

On June 18, 1997, Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (“Lilly”) commenced an action against Apotex Inc. (“Apotex”) for infringement of seven patents which relate to processes that can be used in the making of the antibiotic cefaclor, to intermediates that can be formed using those processes, and to a compound used in the processes. On January 11, 2001, Lilly amended its statement of claim to add an eighth patent which it claimed had been infringed.

By amendments to its Statement of Defence and by Counterclaim made in 2001, Apotex alleged that certain conduct of Lilly violated s. 45 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, thereby entitling Apotex to damages under s. 36 of that Act. In 2002, Apotex further amended its Statement of Defence and Counterclaim to add Shionogi & Co. Ltd. (“Shionogi”) as a defendant by counterclaim in the proceedings as part of its claim for damages under the *Competition Act*.

Of the eight patents Lilly claimed were infringed by Apotex, four had been assigned to Lilly by Shionogi in 1995. Apotex says that these assignments constituted an agreement that resulted in an undue lessening of competition contrary to s. 45 of the *Competition Act*.

Subsection 45(1) of the *Competition Act* makes it unlawful for parties to enter into agreements which lessen competition unduly:

[8] I would only add that the patent for cefaclor expired in 1994 and the last Shionogi process patent expired in 2000, shortly before the last of Lilly’s process patents. Finally, contemporaneously with the assignment, Lilly granted a non-exclusive licence to Shionogi with respect to the patents, which Shionogi assigned to Lilly.

## B. CONTEXTE ET HISTORIQUE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES

[7] L’essentiel des faits a déjà été décrit par le juge Rothstein dans une autre décision rendue dans la présente instance et rapportée dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 232, aux paragraphes 2 à 5 :

Le 18 juin 1997, Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly) ont intenté une action contre Apotex Inc. (Apotex) pour contrefaçon de sept brevets sur des procédés pouvant servir à la fabrication de l’antibiotique céfACLOR, sur les intermédiaires qui peuvent être produits au moyen de ces procédés, ainsi que sur un composé utilisé dans ces procédés. Le 11 janvier 2001, Lilly a modifié sa déclaration de manière à ajouter un huitième brevet qui, d’après Lilly, aurait fait l’objet d’une contrefaçon.

Dans son exposé de la défense et sa demande reconventionnelle présentés en 2001, Apotex a allégué que le comportement de Lilly contrevenait à l’article 45 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, ce qui donnerait droit à Apotex à des dommages-intérêts aux termes de l’article 36 de la Loi. En 2002, Apotex a modifié son exposé de la défense et sa demande reconventionnelle de façon à inclure Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) parmi les défenderesses reconventionnelles, dans le cadre de sa requête pour dommages-intérêts aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Des huit brevets qui, d’après les allégations de Lilly, avaient fait l’objet d’une contrefaçon par Apotex, quatre avaient été cédés à Lilly par Shionogi en 1995. Apotex affirme que ces cessions constituaient une entente qui a entraîné une réduction de la concurrence allant à l’encontre de l’article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

Aux termes du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*, il est illégal de conclure des ententes qui réduisent indûment la concurrence :

[8] J’ajouterai seulement que le brevet de céfACLOR est arrivé à échéance en 1994 et que le dernier brevet relatif à un procédé de Shionogi a pris fin en 2000, peu avant l’échéance des brevets relatifs aux procédés de Lilly. Enfin, Lilly a concédé à Shionogi, en même temps que la cession, une licence non exclusive sur les brevets que Shionogi lui avait cédés.

[9] In the first round of these proceedings, the Judge granted three motions. In the first, Lilly was awarded summary judgment striking the paragraphs of Apotex' defence and counterclaim that rested on section 45 and dismissing the counterclaim. In the second, Shionogi was awarded summary judgment on the counterclaim and, in the third, the Judge allowed Shionogi's appeal from a decision of a Prothonotary refusing to strike Apotex' counterclaim against it.

[10] The Judge held that, since any lessening of competition arose from Shionogi's assignment of the patents to Lilly, it could not be undue because it was authorized by section 50 of the *Patent Act*. He regarded *Molnlycke* as binding authority to this effect. The Judge's decision is reported as *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2003), 28 C.P.R. (4th) 37 (F.C.).

[11] Apotex appealed to this Court, which allowed the appeal and remitted the matter to the Judge, on the ground that *Molnlycke* only applied when the lessening of competition resulted from the assignment alone. If there was "evidence of something more than the mere exercise of patent rights" [underlining added] (at paragraph 15), the *Competition Act* was not necessarily excluded. Accordingly, the Court referred the matter back to the Judge, requesting him (at paragraph 22) to address the following questions "at a minimum":

... (1) whether subsection 45(1) can ever apply to an agreement involving the exercise of patent rights; and (2) if it can, whether the facts of this case are sufficient to prove that Lilly and/or Shionogi engaged in conduct that was contrary to section 45. Finally, even if Apotex can establish that section 45 applies and that Lilly and/or Shionogi's conduct was contrary to section 45, the motions judge will still have to determine if any of the other arguments raised by Lilly and Shionogi, which he did not originally consider, prevent Apotex from recovering damages under section 36 of the *Competition Act*.

The citation for the Federal Court of Appeal's decision was set out at paragraph 7 of these reasons.

[9] Lors de la première audience dans ce dossier, le juge a accueilli trois requêtes. Dans la première requête, Lilly a obtenu un jugement sommaire radiant certains paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle d'Apotex qui s'appuyaient sur l'article 45 et rejetant la demande reconventionnelle. Dans la deuxième requête, Shionogi a obtenu un jugement sommaire quant à la demande reconventionnelle et, dans la troisième, le juge a accueilli l'appel interjeté par Shionogi à l'encontre d'une décision du protonotaire refusant de radier la demande reconventionnelle d'Apotex contre Shionogi.

[10] Selon le juge, si la diminution de la concurrence découle de la cession des brevets de Shionogi à Lilly, elle ne peut pas être indue puisqu'elle est autorisée par l'article 50 de la *Loi sur les brevets*. Le juge a estimé qu'il était lié en ce sens par *Molnlycke*. La décision est rapportée dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1171.

[11] Apotex a interjeté appel de cette décision devant la Cour, qui a accueilli l'appel et ordonné le renvoi de l'affaire devant le juge, au motif que *Molnlycke* s'applique seulement dans le cas où la diminution de la concurrence découle uniquement de la cession. « [I]orsqu'il y a preuve que ce n'est pas uniquement l'exercice des droits de brevets » [soulignement ajouté] (au paragraphe 15), l'arrêt *Molnlycke* n'exclut pas entièrement la mise en application de la *Loi sur la concurrence*. En conséquence, la Cour a renvoyé l'affaire devant le juge, l'enjoignant (au paragraphe 22) de répondre « à tout le moins » aux questions suivantes :

[...] (1) le paragraphe 45(1) peut-il s'appliquer à une entente visant l'exercice des droits de brevet? et (2) le cas échéant, les faits de la présente cause permettent-ils de démontrer que Lilly et/ou Shionogi ont agi de manière contraire à l'article 45? Enfin, même si Apotex peut établir que l'article 45 s'applique et que Lilly et/ou Shionogi ont agi de manière contraire à l'article 45, le juge des requêtes devra tout de même décider s'il y a, parmi les observations présentées par Lilly et Shionogi qu'il n'a pas examinées initialement, des arguments qui empêchent Apotex d'obtenir des dommages-intérêts aux termes de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*.

La décision de la Cour d'appel fédérale est déjà citée au paragraphe 7 des présents motifs.



[12] When the matter went back to the Judge, he asked himself whether there was some agreement or term, in addition to the assignment of the patents, which could constitute the “something more” to which the Federal Court of Appeal had alluded. Finding that there was not, he again granted the motions. He said (at paragraph 9):

. . . where an agreement deals only with patent rights and is itself specifically authorized by the *Patent Act*, any lessening of competition resulting therefrom, being authorized by Parliament, is not “undue” and is not an offence under section 45.

In the Judge’s view, therefore, since any lessening of competition resulted from the assignments alone, *Molnlycke* applied.

[13] Accordingly, the Judge (at paragraph 26) answered yes to the first question, but no to the second, because [at paragraph 15]:

The agreement which constitutes the conspiracy alleged by Apotex, however, is solely and exclusively the assignment of the Shionogi patents and there is no other agreement alleged or shown by the evidence which could be the basis of a section 45 offence.

As for the third question, the Judge said that [at paragraph 26], while it did not arise, “it too would receive a negative answer.”

[14] For the reasons that follow, I have concluded that the assignment of a patent may, as a matter of law, unduly lessen competition. I would allow Apotex’ appeal from the Judge’s decision, dismiss the motions, restore the paragraphs struck from the defence and counterclaim, and allow the matter to proceed to trial on all other issues, except whether there was a lessening of competition as a result of the assignment.

### C. STATUTORY FRAMEWORK

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4

50. (1) Every patent issued for an invention is assignable in law, either as to the whole interest or as to any part thereof, by an instrument in writing. [Underlining added.]

[12] Lorsque l’affaire est revenue devant le juge, il s’est demandé s’il existait une quelconque entente ou condition, en plus de la cession des brevets, qui pourrait constituer ce quelque chose de plus auquel la Cour d’appel fédérale avait fait allusion. Estimant qu’il n’y avait rien de plus, le juge a de nouveau accueilli les requêtes. Il affirme ce qui suit, au paragraphe 9 :

[. . .] lorsqu’un accord ne vise que des droits de brevet et qu’il est autorisé expressément par la *Loi sur les brevets*, la diminution de la concurrence qui en résulte, parce qu’elle est autorisée par le législateur, n’est pas « indue » et n’est pas une infraction en vertu de l’article 45.

De l’avis du juge, donc, puisque la diminution de la concurrence découle seulement de la cession, il est tenu d’appliquer *Molnlycke*.

[13] En conséquence, le juge (au paragraphe 26) répond oui à la première question mais non à la deuxième question parce que [au paragraphe 15] :

Toutefois l’entente qui constitue le complot allégué par Apotex est uniquement et exclusivement la cession des brevets de Shionogi et il n’y a aucune autre entente alléguée ou établie par la preuve susceptible de constituer le fondement d’une infraction en vertu de l’article 45.

Quant à la troisième question, le juge affirme [au paragraphe 26] que même si elle ne se pose pas, « la réponse serait également négative ».

[14] Pour les motifs exposés ci-après, je suis parvenu à la conclusion que la cession d’un brevet peut, en droit, diminuer indûment la concurrence. J’accueillerais l’appel interjeté par Apotex à l’encontre de la décision du juge, je rejetterais les requêtes, je rétablirais les paragraphes radiés dans la défense et la demande reconventionnelle, et je permettrais que l’affaire soit instruite sur toutes les autres questions, sauf celle de savoir s’il y a eu diminution de la concurrence par suite de la cession.

### C. CADRE LÉGISLATIF

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4

50. (1) Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l’intérêt, au moyen d’un acte par écrit. [Soulignement ajouté.]

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [sections 32 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 29; 2002, c. 16, s. 4(F)), 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 11), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37; 2002, c. 16, s. 11.4)]

32. (1) In any case where use has been made of the exclusive rights and privileges conferred by one or more patents for invention, by one or more trade-marks, by a copyright or by a registered integrated circuit topography, so as to

(a) limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any article or commodity that may be a subject of trade or commerce,

(b) restrain or injure, unduly, trade or commerce in relation to any such article or commodity,

(c) prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of any such article or commodity or unreasonably enhance the price thereof, or

(d) prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of any such article or commodity,

the Federal Court may make one or more of the orders referred to in subsection (2) in the circumstances described in that subsection.

...

36. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or

(b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [articles 32 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 29; 2002, ch. 16, art. 4(F)), 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37; 2002, ch. 16, art. 11.4)]

32. (1) Chaque fois qu'il a été fait usage des droits et privilèges exclusifs conférés par un ou plusieurs brevets d'invention, par une ou plusieurs marques de commerce, par un droit d'auteur ou par une topographie de circuit intégré enregistrée pour :

a) soit limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un article ou d'une denrée pouvant faire l'objet d'un échange ou d'un commerce,

b) soit restreindre indûment l'échange ou le commerce à l'égard d'un tel article ou d'une telle denrée ou lui causer un préjudice indu,

c) soit empêcher, limiter ou réduire indûment la fabrication ou la production d'un tel article ou d'une telle denrée, ou en augmenter déraisonnablement le prix,

d) soit empêcher ou réduire indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'échange, la vente, le transport ou la fourniture d'un tel article ou d'une telle denrée,

la Cour fédérale peut rendre une ou plusieurs des ordonnances visées au paragraphe (2) dans les circonstances qui y sont décrites.

[...]

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

(2) In any action under subsection (1) against a person, the record of proceedings in any court in which that person was convicted of an offence under Part VI or convicted of or punished for failure to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the person against whom the action is brought engaged in conduct that was contrary to a provision of Part VI or failed to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act, as the case may be, and any evidence given in those proceedings as to the effect of those acts or omissions on the person bringing the action is evidence thereof in the action.

(3) For the purposes of any action under subsection (1), the Federal Court is a court of competent jurisdiction.

(4) No action may be brought under subsection (1),

(a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from

(i) a day on which the conduct was engaged in, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later; and

(b) in the case of an action based on the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court, after two years from

(i) a day on which the order of the Tribunal or court was contravened, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later

...

45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

(3) La Cour fédérale a compétence sur les actions prévues au paragraphe (1).

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

b) dans le cas de celles qui sont fondées sur le défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance du Tribunal ou d'un autre tribunal, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date où a eu lieu la contravention à l'ordonnance du Tribunal ou de l'autre tribunal,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite.

[...]

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complote, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emménagement ou de négoce d'un produit quelconque;

...

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

...

(3) Subject to subsection (4), in a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to one or more of the following:

- (a) the exchange of statistics;
- (b) the defining of product standards;
- (c) the exchange of credit information;
- (d) the definition of terminology used in a trade, industry or profession;
- (e) cooperation in research and development;
- (f) the restriction of advertising or promotion, other than a discriminatory restriction directed against a member of the mass media;
- (g) the sizes or shapes of the containers in which an article is packaged;
- (h) the adoption of the metric system of weights and measures; or
- (i) measures to protect the environment.

...

(7) In a prosecution under subsection (1), the court shall not convict the accused if it finds that the conspiracy, combination, agreement or arrangement relates only to a service and to standards of competence and integrity that are reasonably necessary for the protection of the public

- (a) in the practice of a trade or profession relating to the service; or
- (b) in the collection and dissemination of information relating to the service.

(7.1) Subsection (1) does not apply in respect of an agreement or arrangement between federal financial

[. . .]

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

[. . .]

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable si le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'un ou plusieurs des actes suivants :

- a) l'échange de données statistiques;
- b) la définition de normes de produits;
- c) l'échange de renseignements sur le crédit;
- d) la définition de termes utilisés dans un commerce, une industrie ou une profession;
- e) la collaboration en matière de recherches et de mise en valeur;
- f) la restriction de la réclame ou de la promotion, à l'exclusion d'une restriction discriminatoire visant un représentant des médias;
- g) la taille ou la forme des emballages d'un article;
- h) l'adoption du système métrique pour les poids et mesures;
- i) les mesures visant à protéger l'environnement.

[. . .]

(7) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal ne peut déclarer l'accusé coupable s'il conclut que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à un service et à des normes de compétence et des critères d'intégrité raisonnablement nécessaires à la protection du public :

- a) soit dans l'exercice d'un métier ou d'une profession rattachés à ce service;
- b) soit dans la collecte et la diffusion de l'information se rapportant à ce service.

(7.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un accord ou à un arrangement visé au paragraphe 49(1) lorsque cet accord

institutions that is described in subsection 49(1).

...

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

...

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

...

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act. [Underlining added.]

#### D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: As a matter of law, may an assignment of a patent unduly lessen competition by virtue of the assignee's ownership of related patents?

(i) *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.*

[15] Lilly and Shionogi rely heavily on the decision in *Molnlycke*. They argue that, in the first round of this litigation (see paragraph 7 of these reasons), this Court held that *Molnlycke* is good law and should be followed. Consequently, they submit, as far as the present parties are concerned, the soundness of *Molnlycke* is *res judicata*. For present purposes, I accept this. However, the more important question is to define the scope of the proposition for which this Court affirmed *Molnlycke*.

[16] In my view, this Court's opinion of the scope of *Molnlycke* is clear from the reasons it gave when

ou arrangement a lieu entre des institutions financières fédérales.

[...]

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

[...]

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

[...]

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel. [Soulignement ajouté.]

#### D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : En droit, la cession d'un brevet peut-elle diminuer indûment la concurrence du fait que le cessionnaire possède des brevets connexes?

(i) *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.*

[15] Lilly et Shionogi s'appuient essentiellement sur *Molnlycke*. Elles font valoir que, dans sa première décision (voir au paragraphe 7 plus haut), la Cour a jugé que *Molnlycke* est une décision valable en droit et qu'elle doit être appliquée. Par conséquent, soutiennent-elles, en ce qui concerne les parties en l'espèce, le principe énoncé dans *Molnlycke* a force de chose jugée. Pour les besoins du présent pourvoi, je reconnais qu'il en est ainsi. Cependant, la question la plus importante consiste à définir la portée du principe tel que confirmé par la Cour dans *Molnlycke*.

[16] À mon avis, l'opinion de la Cour quant à la portée de *Molnlycke* est clairement énoncée dans les

allowing the appeal from the first decision of the Judge. If, as Lilly and Shionogi argue, Apotex is bound by the Court's conclusion that *Molnlycke* should be followed, Lilly and Shionogi, in my opinion, are equally bound by the Court's view of the *ratio* of *Molnlycke*. This is what Rothstein J.A. said about *Molnlycke* [at paragraphs 14-15]:

In the case of *Molnlycke*, there was a single supplier lawfully entitled to sell the subject of the patent prior to the patent being assigned. The assignment merely transferred the patent to another company. The only effect of the assignment was that a different company could sue the defendant for infringement. There was no change in the number of patent-holders before and after the assignment. The defendant appears to have claimed that an agreement to assign a patent and thereby allow the assignee to enforce the patent monopoly, with nothing more, could itself be an agreement that unduly lessened competition under subsection 45(1).

*Molnlycke* held that, in order to provide scope for the statutory monopolies granted by the *Patent Act* to operate, Parliament must have intended that "undue impairment of competition cannot be inferred from evidence of the exercise of [patent] rights alone". Where, however, there is evidence of something more than the mere exercise of patent rights that may affect competition in the relevant market, *Molnlycke* does not purport to completely preclude application of the *Competition Act*. [Emphasis added.]

[17] Distinguishing *Molnlycke*, the Court said [at paragraph 17]:

In the present case, Apotex does not allege that it is the mere assignment of patent rights or the enforcement of those patent rights by Lilly that gave it a cause of action. Rather, Apotex says that the assignment in this case resulted in one company, Lilly, acquiring patent rights that allow it to control all of the commercially viable processes for making cefaclor where, before the agreement, those processes were controlled by two companies, Shionogi and Lilly. Apotex argues that this consolidation was something more than the mere exercise of patent rights. Therefore, it says, the assignment agreement gave rise to an undue lessening of competition which engaged subsection 45(1) of the *Competition Act*.

[18] Since the Court did not refer to any other basis on which Apotex sought to distinguish *Molnlycke*, the

motifs de sa décision accueillant l'appel interjeté à l'encontre de la première décision du juge. Si, comme le prétendent Lilly et Shionogi, Apotex est liée par la conclusion de la Cour selon laquelle *Molnlycke* doit être appliqué, Lilly et Shionogi ne sont pas moins liées, selon moi, par l'opinion de la Cour sur le raisonnement de *Molnlycke*. Voici ce qu'affirme le juge Rothstein, à propos de *Molnlycke* [aux paragraphes 14 et 15] :

Dans l'arrêt *Molnlycke*, un seul fournisseur était autorisé à vendre l'objet visé par le brevet avant la cession de ce brevet. La cession n'était que le transfert du brevet à une autre compagnie. La cession a eu pour seul effet qu'une autre compagnie pouvait poursuivre le défendeur pour contrefaçon. Le nombre de titulaires du brevet est demeuré le même avant et après la cession du brevet. Le défendeur aurait fait valoir qu'une entente visant la cession d'un brevet et, ainsi, visant à permettre au cessionnaire d'exercer le monopole du brevet, sans plus, pourrait en soi constituer une entente qui réduit indûment la concurrence aux termes du paragraphe 45(1).

D'après l'arrêt *Molnlycke*, afin d'accorder aux monopoles de droit prévus par la *Loi sur les brevets* la latitude requise pour leur fonctionnement, le Parlement devait avoir à l'esprit que : « on ne peut [. . .] déduire de la preuve de l'exercice de ces droits [de brevet] seulement qu'il y a eu amoindrissement indu de la concurrence » [non souligné dans l'original]. Toutefois, lorsqu'il y a preuve que ce n'est pas uniquement l'exercice des droits de brevets qui peut avoir une incidence sur la concurrence au sein du marché, l'arrêt *Molnlycke* n'exclut pas entièrement la mise en application de la *Loi sur la concurrence*. [Non souligné dans l'original.]

[17] Établissant une distinction avec *Molnlycke*, la Cour précise ce qui suit [au paragraphe 17] :

Dans la présente affaire, Apotex n'allègue pas que c'est uniquement la cession des droits de brevet ou l'exercice de ces droits de brevet par Lilly qui justifiait une action. Apotex affirme plutôt que la cession a eu l'effet suivant dans la présente affaire : une compagnie, Lilly, a acquis les droits de brevet qui lui permettent de contrôler tous les procédés rentables de fabrication du céfACLOR alors que, avant l'entente, ces procédés étaient entre les mains de deux compagnies, soit Shionogi et Lilly. Apotex fait valoir que cette consolidation constituait une démarche autre que le simple exercice des droits de brevet. Par conséquent, d'après Apotex, l'entente de cession a entraîné une réduction indu de la concurrence, qui déclenche l'application du paragraphe 45(1) de la *Loi sur la concurrence*.

[18] Puisque la Cour ne mentionne aucun autre élément sur lequel Apotex se serait fondée pour tenter

Court's reference to "something more" must mean, in this case, the anti-competitive effects of the assignment, namely, the increased power of Lilly in the market for bulk cefaclor, as a result of its existing ownership of the patents for the other known, commercially viable processes for manufacturing the medicine.

[19] Hence, *Molnlycke* must be distinguished on the basis that it was dealing with a situation where the only market power created by the assignment was that inherent in the patent assigned. To the extent that there is broader language in *Molnlycke*, it must be understood to have been read down.

[20] In my respectful opinion, therefore, the Judge erred in confining his consideration to whether the parties entered into some agreement or other arrangement, in addition to the assignment itself.

(ii) Interpreting sections 45 of the *Competition Act* and 50 of the *Patent Act*

[21] My conclusion that, in the previous round of this litigation, this Court held that *Molnlycke* was not determinative of this case would be sufficient to allow the appeal. Nonetheless, because the merits were fully argued, and in case the matter should go further, I shall explain why I agree with the interpretation of the relevant legislation implicit in the conclusion of this Court in the previous round of this litigation: namely, section 50 of the *Patent Act* does not immunize an agreement to assign a patent from section 45 of the *Competition Act* when the assignment increases the assignees's market power in excess of that inherent in the patent rights assigned.

[22] First, this interpretation of section 50 of the *Patent Act* enables it and section 45 of the *Competition Act* to operate harmoniously in accordance with the ordinary meaning of the statutory language of the provisions. It avoids the need to imply limiting words into section 45 exempting the assignment of patents

d'établir une distinction avec *Molnlycke*, l'allusion de la Cour à « une démarche autre » doit signifier, dans ce cas, les effets anticoncurrentiels de la cession, à savoir le pouvoir accru de Lilly sur le marché du céfacylor en vrac, compte tenu du fait qu'elle détenait déjà les brevets sur les autres procédés connus et commercialement viables de fabrication de ce médicament.

[19] Il faut donc établir une distinction avec *Molnlycke* au motif que cette décision porte sur une situation où le seul pouvoir commercial créé par la cession était le pouvoir inhérent au brevet cédé. Dans la mesure où *Molnlycke* contient un énoncé de principe plus général, il doit être interprété de manière à en atténuer la portée.

[20] À mon humble avis, donc, le juge a commis une erreur en se limitant à décider si les parties avaient conclu un autre accord ou arrangement, outre la cession comme telle.

(ii) Interprétation des articles 45 de la *Loi sur la concurrence* et 50 de la *Loi sur les brevets*

[21] Ma conclusion voulant que, dans sa première décision, la Cour ait jugé que *Molnlycke* n'était pas déterminant en l'espèce est suffisante pour que l'appel soit accueilli. Néanmoins, puisque les parties ont déjà fait valoir tous leurs arguments sur le bien-fondé, et pour le cas où l'instance irait plus loin, j'expliquerai les raisons pour lesquelles je suis d'accord avec l'interprétation implicite des dispositions pertinentes de la loi, telle que l'on peut en déduire des conclusions de la Cour, dans sa première décision, c'est-à-dire que l'article 50 de la *Loi sur les brevets* n'immunise pas les accords de cession de brevet contre l'application de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, lorsque la cession confère au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le seul pouvoir inhérent au brevet cédé.

[22] Premièrement, une telle interprétation de l'article 50 de la *Loi sur les brevets* permet une application harmonieuse de cette disposition et de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, conformément au sens ordinaire du libellé de ces dispositions. Elle évite d'obliger la Cour à conclure que l'article 45 contiendrait des

from its scope. Nor does it render section 50 otiose because the provision clarified what otherwise would have been, at best, uncertain: namely, that a patentee's rights include the right to assign the statutory rights conferred under the *Patent Act* on the grantee of a patent.

[23] Since section 50 neither compels nor expressly authorizes what section 45 forbids, there is no true conflict between these two provisions of statutes which have different purposes: see Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at pages 262-266; see also *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at page 800; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon et al.*, [1982] 2 S.C.R. 161, at page 191.

[24] Further, it is possible that an assignment pursuant to section 50 of the *Patent Act* which unduly lessens competition, and thereby potentially gives rise to criminal proceedings under section 45 and a claim for damages under section 36, may still be valid as between the assignor and assignee, even though section 45 may prevent the assignee from enforcing the rights assigned against certain third parties. However, this is not an issue that falls for decision here.

[25] To subject the right to assign patents to section 45 in the circumstances under consideration in this case is also consistent with the scheme of the *Competition Act*.

[26] For example, subsections 45(3), (7) and (7.1) provide specific exceptions and defences to the offences created by subsection 45(1). None deals with intellectual property rights. Moreover, it is clear that Parliament considered the interface of the *Competition Act* and intellectual property rights. For example, while subsection 79(1) prohibits the abuse of market dominance, subsection 79(5) provides that, for the purpose of section 79, "an act engaged in pursuant only to the exercise of any right . . . derived under the . . . *Patent Act* . . . is not an anti-competitive act." Section

restrictions excluant les cessions de brevet de la portée de cette disposition. Elle ne confère pas non plus un caractère superflu à l'article 50 puisque cette disposition apporte des précisions sur une règle qui aurait autrement eu, au mieux, un caractère vague, à savoir que les droits du breveté comprennent le droit de céder les droits que la *Loi sur les brevets* confère au titulaire d'un brevet.

[23] Puisque l'article 50 n'exige ou n'autorise pas expressément ce qui est interdit à l'article 45, il n'y a aucun conflit véritable entre ces deux dispositions législatives ayant chacune un objet différent : voir Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 2002), aux pages 262 à 266; voir également *Smith v. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la page 800; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon et autres*, [1982] 2 R.C.S. 161, à la page 191.

[24] De plus, il est possible qu'une cession en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les brevets* qui entraîne une diminution indue de la concurrence, et qui ouvre donc éventuellement la voie à des procédures criminelles en vertu de l'article 45 et à une action en dommages-intérêts en vertu de l'article 36, demeure néanmoins valable entre le cédant et le cessionnaire, même si l'article 45 risque d'empêcher le cessionnaire de faire valoir les droits qu'il a acquis à l'encontre de certains tiers. Cependant, cette question ne se pose pas en l'espèce.

[25] Par ailleurs, assujettir le droit de céder un brevet à l'application de l'article 45, dans les circonstances de la présente instance, est également conforme à l'esprit de la *Loi sur la concurrence*.

[26] Par exemple, les paragraphes 45(3), (7) et (7.1) prévoient des exceptions bien précises et des moyens de défense relativement aux infractions définies au paragraphe 45(1). Aucune ne concerne les droits de propriété intellectuelle. De plus, il est clair que le Parlement a tenu compte des interactions entre la *Loi sur la concurrence* et les droits de propriété intellectuelle. Ainsi, tandis que le paragraphe 79(1) interdit l'abus de position dominante, le paragraphe 79(5) prévoit que, pour l'application de l'article 79, « un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit [. . .]



45 contains no analogous exemption for the exercise of rights under the *Patent Act*, including assignments pursuant to section 50.

[27] In light of the above, the presumption of statutory interpretation, *expressio unius est exclusio alterius*, supports an interpretation of section 45 that does not impliedly exclude an assignment of patents which lessens competition by increasing the market power of the assignee beyond that inherent in the rights assigned.

[28] Further, section 32 provides that the Federal Court may make certain orders where use is made of the exclusive rights conferred by a patent so as to unduly restrain trade or lessen competition in an article. It is clear from this that Parliament did not intend to exclude the exercise of patent rights from the reach of the *Competition Act* altogether. In order to achieve consistency with section 32, section 45 should be interpreted as applicable to an assignment of a patent which unduly lessens competition.

[29] Lilly and Shionogi argue that, if a person had applied for and been granted patents for all the known processes for making a product, the person would have a monopoly over the manufacture of that product. This would not be contrary to the *Competition Act*, unless the patentee abused its market power in breach of section 79. Why should it make a difference if the patentee acquired some or all of the patents as a result of an assignment?

[30] In my view, the answer is that the right to exclude others is an essential part of the bargain: the monopoly granted to the patentee is the recompense for ingenuity and the public disclosure of the invention. Moreover, as a unilateral act, the issue of a patent

découlant de la *Loi sur les brevets* [...] ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel ». L'article 45 ne contient aucune exemption de cette nature concernant l'exercice des droits en vertu de la *Loi sur les brevets*, y compris les cessions prévues à l'article 50.

[27] Compte tenu de ce qui précède, la présomption applicable en matière d'interprétation des lois, à savoir que la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre, appuie une interprétation selon laquelle les cessions de brevet qui diminuent la concurrence en conférant au cessionnaire un pouvoir de marché plus grand que le seul pouvoir inhérent aux brevets cédés, ne sont pas implicitement exclues de l'application de l'article 45.

[28] De plus, l'article 32 précise que la Cour fédérale peut rendre certaines ordonnances, lorsqu'il est fait usage de droits exclusifs conférés par un brevet en vue de restreindre indûment le commerce ou de diminuer la concurrence à l'égard d'un article. Cette disposition indique clairement que le Parlement n'a pas eu l'intention d'exclure complètement l'exercice des droits de brevet du champ d'application de la *Loi sur la concurrence*. Si on veut assurer la cohérence entre l'article 32 et l'article 45, cette dernière disposition doit être interprétée de manière à ce qu'elle s'applique à une cession de brevet qui entraîne une diminution indue de la concurrence.

[29] Lilly et Shionogi soutiennent que si une personne avait demandé et obtenu des brevets pour tous les procédés de fabrication connus d'un produit, cette personne détiendrait un monopole sur la fabrication de ce produit. Cette situation ne contreviendrait pas à la *Loi sur la concurrence*, à moins que le cessionnaire n'abuse de son pouvoir commercial, commettant ainsi une infraction à l'article 79. Pourquoi la situation serait-elle différente selon que le cessionnaire devienne propriétaire d'une partie ou de l'ensemble des brevets par suite d'une cession?

[30] Selon moi, la réponse est que le droit d'exclure les tiers est un élément essentiel de la transaction : le monopole conféré au cessionnaire est une récompense pour son ingéniosité et la divulgation publique de son invention. En outre, la délivrance d'un brevet est un acte

cannot be a conspiracy or agreement for the purpose of section 45.

[31] The right to assign a patent is also valuable, and Parliament has authorized patent holders to assign their patents. No doubt, a patent holder may expect to obtain a higher price from a purchaser who already owns patents that would give the assignee a monopoly in a relevant market. However, to deter a patentee from obtaining the full potential value of the patent in these circumstances in order to maintain competition in a market is not incompatible with the essential bargain between the patentee and the state.

[32] Second, an interpretation of section 50 of the *Patent Act* that does not immunize the assignment of patents from section 45 when it lessens competition is consistent with the purpose of the *Competition Act*, which is stated in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] to be “to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy.” The importance of the Act and, within it, of section 45, was emphasized in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 648, where Gonthier J. described the Act as being “central to Canadian public policy in the economic sector” and said that “s. 32 [now section 45] is itself one of the pillars of the Act.” It would be inconsistent with this view of the *Competition Act*, and of the place of section 45 within it, to reduce the scope of section 45 by reading in words that exclude an assignment of patents that lessens competition in the relevant market.

[33] Third, this interpretation is consistent with the Competition Bureau’s *Intellectual Property Enforcement Guidelines*. Like other administrative interpretations, the Guidelines are not, and do not purport to be, legally binding nor determinative of the meaning of the *Competition Act: Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185 (C.A.), at paragraph 124. Nonetheless, they may be considered by the Court as an

unilatéral et, à ce titre, elle ne peut constituer un complot ou un accord pour l’application de l’article 45.

[31] Le droit de céder un brevet possède une certaine valeur et le Parlement a autorisé les titulaires de brevet à céder leur brevet. Il ne fait aucun doute qu’un titulaire de brevet peut s’attendre à obtenir un meilleur prix de la part d’un acheteur si ce dernier possède déjà des brevets lui conférant un monopole dans un marché pertinent. Toutefois, dans ces circonstances, dissuader un breveté d’obtenir la pleine valeur éventuelle de son brevet en vue de maintenir la concurrence sur le marché n’est pas incompatible avec le pacte essentiel liant le breveté et l’État.

[32] Deuxièmement, une interprétation de l’article 50 de la *Loi sur les brevets* qui n’exclut pas les cessions de brevet de l’application de l’article 45 lorsqu’elles diminuent la concurrence est conforme à l’objet de la *Loi sur la concurrence*, tel qu’énoncé à l’article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19], soit « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne ». L’importance de la *Loi sur la concurrence* et en particulier de l’article 45 a été soulignée dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 648. Ainsi, le juge Gonthier précise que la « Loi est un élément central de l’intérêt public du Canada en matière économique et que l’art. 32 [devenu l’article 45] est lui-même l’un des piliers de la Loi ». Il ne serait pas conforme à cette vision de la *Loi sur la concurrence* et à l’importance de son article 45 de réduire le champ d’application de l’article 45 en y voyant une restriction qui aurait pour effet d’exclure les cessions de brevet lorsqu’elles entraînent une diminution de la concurrence sur le marché pertinent.

[33] Troisièmement, cette interprétation est conforme aux lignes directrices du Bureau de la concurrence, *Lignes directrices pour l’application de la loi*. Comme toute autre interprétation administrative, les Lignes directrices n’ont pas, et ne visent pas à avoir un caractère exécutoire, pas plus qu’elles ne visent à prêter un sens définitif à la *Loi sur la concurrence : Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.), au paragraphe 124.

aid to the Act's interpretation (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37 (Revenue Canada Interpretation Bulletin)), especially since the Guidelines are promulgated after an extensive consultative process.

[34] The following paragraph of the Guidelines is particularly relevant.

#### 4.2.1 General Provisions

The mere exercise of an IP right is not cause for concern under the general provisions of the *Competition Act*. The Bureau defines the mere exercise of an IP right as the exercise of the owner's right to unilaterally exclude others from using the IP. The Bureau views an IP owner's use or non-use of the IP also as being the mere exercise of an IP right.

The unilateral exercise of the IP right to exclude does not violate the general provisions of the *Competition Act* no matter to what degree competition is affected. To hold otherwise could effectively nullify IP rights, impair or remove the economic, cultural, social and educational benefits created by them and be inconsistent with the Bureau's underlying view that IP and competition law are generally complementary.

The Bureau applies the general provisions of the *Competition Act* when IP rights form the basis of arrangements between independent entities, whether in the form of a transfer, licensing arrangement or agreement to use or enforce IP rights, and when the alleged competitive harm stems from such an arrangement and not just from the mere exercise of the IP right and nothing else.

Applying the *Competition Act* in this way may limit to whom and how the IP owner may license, transfer or sell the IP, but it does not challenge the fundamental right of the IP holder to do so. If an IP owner licenses, transfers or sells the IP to a firm or a group of firms that would have been actual or potential competitors without the arrangement, and if this arrangement creates, enhances or maintains market power, the Bureau may seek to challenge the arrangement under the appropriate section of the *Competition Act*. Part 7 of this document provides a series of hypothetical examples to illustrate how the Bureau would examine the licensing, transfer or sale of IP under the *Competition Act*. [Footnote omitted.]

Néanmoins, elles peuvent aider la Cour à interpréter la Loi (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 37 (Bulletin d'interprétation de Revenu Canada)), surtout que ces Lignes directrices ont été publiées après un long processus de consultation.

[34] Le paragraphe suivant des Lignes directrices est particulièrement pertinent.

#### 4.2.1 Dispositions générales

Selon les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, le simple exercice d'un droit de PI ne constitue pas un motif de préoccupation. Le Bureau définit le simple exercice d'un droit de PI comme l'exercice du droit du titulaire d'empêcher unilatéralement d'autres personnes d'utiliser la PI. Le Bureau considère également l'utilisation ou la non-utilisation d'une PI par un titulaire comme le simple exercice d'un droit de PI.

L'exercice restrictif du droit d'exclusion de la PI ne contrevient pas aux dispositions générales de la *Loi sur la concurrence*, peu importe jusqu'à quel point la concurrence est affectée. Soutenir le contraire pourrait en fait annuler les droits de PI et faire perdre ou compromettre les avantages économiques, culturels, sociaux et éducatifs qu'ils ont produits ainsi qu'entrer en contradiction avec l'opinion fondamentale du Bureau, qui veut que les lois sur la PI et sur la concurrence soient généralement complémentaires.

Le Bureau applique les dispositions générales de la *Loi sur la concurrence* lorsque les droits de PI constituent le fondement des arrangements conclus entre des entités indépendantes, que ce soit sous forme de transfert, d'accord de licence ou d'entente visant l'utilisation ou l'application des droits de PI, et quand le prétendu préjudice est le résultat de tels arrangements plutôt que du simple exercice du droit de PI, sans plus.

Appliquer la *Loi sur la concurrence* de cette façon peut imposer des limites au propriétaire d'une PI quant à la manière dont il peut octroyer une licence, transférer ou vendre la PI et à qui il peut le faire, mais cela ne remet pas en question les droits fondamentaux d'un propriétaire de PI de le faire. Si un titulaire de PI octroie une licence, transfère ou vend la PI à une entreprise ou à un groupe d'entreprises qui, n'eût été de cette entente, aurait représenté un concurrent réel ou potentiel, et si cet accord crée, maintient ou renforce la puissance commerciale, le Bureau peut tenter de contester cet arrangement en vertu de l'article applicable de la *Loi sur la concurrence*. La partie 7 du présent document contient une série de cas hypothétiques qui illustrent la manière dont le Bureau examine l'octroi de licences, le transfert ou la vente de PI en vertu de la *Loi sur la concurrence*. [Renvoi omis.]

[35] It should be noted, however, that none of the hypothetical examples provided in Part 7 of the Guidelines deals with the facts of the present case.

[36] To conclude, in my respectful opinion, the Judge erred in law by holding that the assignment of patents is exempt from section 45 when, by reason of the assignee's existing ownership of other patents, the assignment transfers more market power than that inherent in the patents assigned. He also erred in regarding *Molnlycke* as authority for the proposition that, in these circumstances, any lessening of competition could not be undue for the purpose of section 45.

Issue 2: Did the assignment of the patents by Shionogi to Lilly lessen competition?

[37] The alternative argument of Lilly and Shionogi is that the evidence does not establish that the assignment of Shionogi's patents to Lilly in 1995 lessened competition. Lilly says that this is because, as a result of the 1995 assignment and Lilly's grant of a non-exclusive licence back to Shionogi of the assigned patents, there were two sources, namely, Shionogi and Lilly, from which a competitor could purchase, or seek a licence to manufacture, cefaclor. Previously, only Lilly could utilize the Shionogi cefaclor patents in Canada because, in 1975, Shionogi had granted Lilly an exclusive licence with respect to these patents.

[38] Whether there was a lessening of competition after the 1995 assignment is a question of fact, on which the Judge made an express finding. After quoting a passage from the Federal Court of Appeal's decision in the previous round of this litigation, the Judge said [at paragraphs 13-14]:

To avoid any possible doubt, what was stated by the Court of Appeal in the quoted passage to be an allegation of Apotex is a fact amply demonstrated by the evidence and not seriously contested by either Lilly or Shionogi.

So, there is and never has been any doubt that the result of the assignment of Shionogi's patents to Lilly was to increase

[35] Soulignons, toutefois, qu'aucun des exemples hypothétiques de la partie 7 des Lignes directrices ne porte sur les faits de la présente espèce.

[36] Pour conclure, je pense que le juge a commis une erreur de droit en affirmant que les cessions de brevet ne sont pas assujetties à l'article 45 lorsque, compte tenu des droits que possède déjà le cessionnaire sur d'autres brevets, cette cession lui confère un plus grand pouvoir commercial que le seul pouvoir inhérent au brevet cédé. Le juge a également commis une erreur en concluant qu'aux termes de *Molnlycke*, toute diminution de la concurrence, dans les circonstances, ne peut être considérée comme indue pour l'application de l'article 45.

Question 2 : La cession des brevets de Shionogi à Lilly entraîne-t-elle une diminution de la concurrence?

[37] Subsidièrement, Lilly et Shionogi affirment que la preuve n'établit pas que la cession des brevets de Shionogi à Lilly a entraîné une diminution de la concurrence en 1995. Lilly affirme ainsi que, par suite de la cession de 1995 et de l'octroi par Lilly de licences non exclusives à Shionogi sur les brevets cédés, il existait deux sources, Lilly et Shionogi, auprès desquelles les concurrents pouvaient se procurer du cefaclor ou obtenir une licence de fabrication de ce produit. Auparavant, seule Lilly pouvait utiliser les brevets que détenaient Shionogi sur le cefaclor au Canada parce qu'en 1975, Shionogi avait concédé une licence exclusive à Lilly à l'égard de ces brevets.

[38] La question de savoir s'il y a eu diminution de la concurrence après la cession de 1995 est une question de fait sur laquelle le juge a tiré une conclusion explicite. Après avoir cité un extrait de la première décision de la Cour d'appel fédérale dans la présente instance, le juge affirme ce qui suit [aux paragraphes 13 et 14] :

Pour éviter tout doute possible, ce que la Cour d'appel a qualifié d'allégation de la part d'Apotex, dans la citation ci-dessus, est un fait qui a été amplement établi par la preuve et qui n'est pas réellement contesté ni par Lilly ni par Shionogi.

Ainsi, il n'y a aucun doute et il n'y en a jamais eu que le résultat de la cession des brevets de Shionogi à Lilly a été

the latter's monopoly power. Where formerly it had held four process patents useful in the production of cefaclor, it now held eight and no one else held any. In a word, it had a monopoly of the known production processes. It may well have been in a position of market dominance. [Emphasis added.]

To put his view beyond any doubt, he added (at paragraph 22) that the agreement between Lilly and Shionogi "had the effect of lessening competition".

[39] In the absence of a palpable and overriding error, this Court cannot disturb the Judge's conclusion that the effect of the assignment was a lessening of competition because of Lilly's existing ownership of other patents. The question for trial is whether the lessening of competition resulting from the assignment is sufficiently significant as to be *undue*: see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at page 646 and following.

[40] Lilly argues that, since Shionogi was not in the Canadian market for cefaclor and, in 1975, had granted an exclusive licence to Lilly, Lilly held a monopoly in Canada prior to the assignment. After 1995, as a result of both the assignment, and Lilly's grant to Shionogi of a non-exclusive licence with respect to cefaclor, there were two potential sources from which Apotex could have sought either to purchase or to obtain a licence to manufacture bulk cefaclor. Thus, it was argued, the assignment merely enabled Lilly, rather than Shionogi, to sue for infringement of the assigned patents and actually increased competition.

[41] Moreover, Lilly and Shionogi say, since Apotex had not sought a licence from Lilly or Shionogi, before or after the assignment, it was in no position to say that the effect of the assignment was to shut it out of the cefaclor market. Indeed, Apotex had obtained bulk cefaclor from another source which, Apotex alleged, was manufactured by a process that did not infringe the Shionogi or Lilly patents.

[42] Although the Judge made his finding of fact on the lessening of competition without referring to the grant of the licence back to Shionogi in 1995, he based

d'augmenter le pouvoir monopolistique de cette dernière. Alors qu'autrefois, elle ne possédait que quatre brevets de procédés utiles dans la fabrication du céfador, elle en possédait huit et personne d'autre n'en avait. Bref, elle avait le monopole des procédés connus de production. Elle était peut-être bien dans une position de domination du marché. [Non souligné dans l'original.]

Pour ne laisser aucun doute quant à son opinion, le juge ajoute (au paragraphe 22) que l'entente entre Lilly et Shionogi « avait pour effet de limiter la concurrence ».

[39] En l'absence d'une erreur manifeste et déterminante, la Cour ne peut modifier la conclusion du juge voulant que la cession ait entraîné une diminution de la concurrence en raison des autres brevets que détenait déjà Lilly. La question à trancher est la suivante : la diminution de la concurrence provoquée par la cession est-elle suffisamment importante pour être qualifiée d'*indue*? Voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, aux pages 646 et suivantes.

[40] Lilly soutient que, puisque Shionogi n'était pas sur le marché canadien du céfador et qu'en 1975, celle-ci lui avait concédé une licence exclusive, Lilly détenait déjà un monopole au Canada avant la cession. Après 1995, par suite de la cession et de l'octroi par Lilly d'une licence non exclusive sur le céfador à Shionogi, il y avait désormais deux sources possibles auxquelles Apotex pouvait s'adresser, soit pour acheter du céfador en vrac, soit pour acquérir une licence l'autorisant à fabriquer ce produit. Donc, affirme-t-elle, la cession a simplement habilité Lilly, et non Shionogi, à intenter une action en contrefaçon des brevets cédés et, dans les faits, elle a accru la concurrence.

[41] En outre, selon Lilly et Shionogi, puisqu'Apotex n'a pas tenté d'acquérir une licence auprès de Lilly ou de Shionogi, avant ou après la cession, elle n'était pas en position de dire que la cession avait pour effet de l'éjecter du marché du céfador. De fait, Apotex a obtenu du céfador en vrac auprès d'une autre source qui, selon Apotex, fabriquait ce médicament selon un procédé qui ne contrefait pas les brevets de Shionogi ou de Lilly.

[42] Même si, en parvenant à cette conclusion de fait concernant la diminution de la concurrence, le juge n'a pas mentionné la concession d'une licence à Shionogi en

his decision on the same arguments and record as were before us, including those relating to the grant of the licence back to Shionogi. The fact that Lilly granted a non-exclusive licence to Shionogi at the time of the 1995 assignment does not mean that it thereby lost control of the patents. For example, the licence prevented Shionogi from granting a sub-licence “without the written prior approval of, and at the sole discretion of, Lilly.”

[43] Affidavits filed by Apotex from experts in various fields, including competition policy, provided significant evidence of a lessening of competition in the market for bulk cefaclor. In contrast, Lilly served only one relatively short affidavit, by an employee, in support of its position. Shionogi filed none.

[44] As for the assertion that Shionogi had licensed its cefaclor process patents to Lilly in 1975, the evidence before the Judge about the pre-1995 relationship between Shionogi and Lilly with respect to those patents does not establish that the Judge’s finding that the 1995 assignment lessened competition was vitiated by palpable and overriding error.

[45] Nor do I regard the Judge’s reference in paragraph 14 of his reasons to the possibility that the assignment may have put Lilly in a position of “market dominance” as an indication that, in making a finding respecting a lessening of competition, he had in mind section 79, not section 45.

[46] On the basis of the evidence in the record, I would not disturb the Judge’s finding that the assignment lessened competition.

Issue 3: Are Apotex’ counterclaims statute-barred?

[47] Apotex’ counterclaims against Lilly and Shionogi under section 36 of the *Competition Act* are for damages for loss or damage sustained as a result of

1995, il a fondé sa décision sur les mêmes arguments et sur le même dossier que ceux présentés à la Cour aujourd’hui, y compris quant à la concession d’une licence à Shionogi. Le fait que Lilly avait concédé une licence non exclusive à Shionogi lors de la cession de 1995 ne signifie pas qu’elle a alors perdu le contrôle des brevets. Par exemple, aux termes de la licence, Shionogi ne pouvait concéder une sous-licence [TRADUCTION] « sans l’autorisation écrite préalable de Lilly, à son entière discrétion ».

[43] Les affidavits déposés par Apotex et signés par des experts dans différents domaines, y compris la politique de la concurrence, contiennent des éléments de preuve importants qui démontrent une diminution de la concurrence dans le marché du céfaclor en vrac. En comparaison, Lilly a signifié, au soutien de ses arguments, un seul affidavit relativement court, signé par un employé. Shionogi n’a déposé aucun affidavit.

[44] Quant à l’affirmation voulant que Shionogi ait concédé une licence sur le procédé de fabrication du céfaclor à Lilly en 1975, la preuve au dossier quant à la relation qui existait entre Shionogi et Lilly à propos de ces brevets avant 1995 ne démontre pas que le juge a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que la cession de 1995 entraînait une diminution de la concurrence.

[45] Je ne considère pas non plus que l’allusion du juge, au paragraphe 14 de ses motifs, à la possibilité que la cession ait placé Lilly en situation de « position dominante » sur le marché, indique que le juge, en parvenant à sa conclusion concernant la diminution de la concurrence, avait à l’esprit l’article 79 plutôt que l’article 45.

[46] Compte tenu de la preuve au dossier, je ne modifierais pas la conclusion du juge, à savoir que la cession a entraîné une diminution de la concurrence.

Question 3 : Les demandes reconventionnelles d’Apotex sont-elles prescrites?

[47] Dans ses demandes reconventionnelles contre Lilly et Shionogi fondées sur l’article 36 de la *Loi sur la concurrence*, Apotex réclame des dommages-intérêts

conduct proscribed in section 45. As applied to this case, subsection 36(4) provides that no claim for damages may be made after two years from “a day on which the conduct was engaged in.”

[48] In response to Lilly’s infringement action, Apotex issued a counterclaim against Lilly in March 2001 and against Shionogi in November 2002. In order to maintain these claims, they had to have been made within two years of the start of the limitation period. The question, therefore, is to determine when the limitation period commenced.

[49] The Judge concluded as follows (at paragraph 25) with respect to the issues of prescription, and the research and development:

. . . there is sufficient conflict and lack of clarity in the relevant evidence on the questions of foreseeability and the reach of the 1975 research and development agreement between Lilly and Shionogi that those questions are not suitable for summary judgment and should only be resolved after a full trial.

[50] Lilly and Shionogi say that, on the basis of the evidence before him, the Judge’s conclusion on the issue of prescription was vitiated by palpable and overriding error.

[51] First, they argue that the assignment of Shionogi’s patents was the conspiracy (“the conduct . . . engaged in” for the purpose of subsection 36(4)) and this occurred in 1995, six and seven years respectively before the counterclaims were issued against Shionogi and Lilly. Moreover, the assignment was registered with the Commissioner of Patents in 1995, a copy of the registration was given to Apotex’ counsel in 1999, and Apotex had knowledge of the assignment in 1997 when Lilly issued its statement of claim for infringement. Each of these possible starting dates for the running of time under subsection 36(4) is more than two years before Apotex issued its counterclaim against Shionogi. Only Apotex’ receipt of a copy of the registration occurred less than two years before Apotex issued its counterclaim against Lilly.

pour les pertes ou les dommages qu’elle a subis en raison des agissements contraires à l’article 45. En l’occurrence, le paragraphe 36(4) précise qu’aucune action en dommages-intérêts ne peut être intentée plus de deux ans après « la date du comportement en question ».

[48] En réponse à l’action en contrefaçon de Lilly, Apotex a déposé une demande reconventionnelle contre Lilly en mars 2001 et une autre contre Shionogi en novembre 2002. Pour que la Cour ne radie pas ces deux réclamations, ces dernières doivent avoir été faites dans les deux ans suivant le début de la période de prescription. La Cour doit donc décider à quel moment le délai de prescription a commencé à courir.

[49] Le juge a conclu ce qui suit (au paragraphe 25), sur les questions de la prescription et de la recherche et du développement :

[. . .] les contradictions et l’imprécision des preuves sont suffisamment importantes pour ce qui touche la prévisibilité et la portée de l’entente de 1975 sur la recherche et le développement entre Lilly et Shionogi que ces questions ne sont pas opportunes dans le cadre d’un jugement sommaire et qu’elles ne devraient être tranchées qu’après un procès.

[50] Lilly et Shionogi affirment que, compte tenu de la preuve au dossier, la conclusion du juge sur la question de la prescription est entachée d’une erreur manifeste et déterminante.

[51] Premièrement, elles font valoir que c’est la cession des brevets de Shionogi qui constituait un complot—le « comportement en question », pour l’application du paragraphe 36(4)—et que cette entente est intervenue en 1995, soit respectivement six et sept ans avant le dépôt des demandes reconventionnelles contre Lilly et Shionogi. De plus, la cession a été enregistrée auprès du commissaire aux brevets en 1995 et une copie de l’enregistrement a été remise à l’avocat d’Apotex en 1999; par ailleurs, Apotex connaissait l’existence de la cession en 1997, lorsque Lilly a déposé son action en contrefaçon. Lorsque Apotex a déposé sa demande reconventionnelle contre Shionogi, il s’était écoulé plus de deux ans depuis chacune de ces dates susceptibles de déclencher le début de la période de prescription prévue au paragraphe 36(4). Seule la date

[52] In my view, the problem with this argument is that it assumes that, for the purpose of subsection 36(4), the conspiracy is the assignment, considered in the abstract as a single act. However, Apotex' case is that the assignment must be seen in its context: its enhancement of Lilly's market power, that is, Lilly's additional ability to act independently of the market by virtue of its ownership of the patents for all known, commercially viable processes for manufacturing cefaclor. On this view, the conspiracy continued as long as the assignment had competition-lessening effect. Because of the evidential questions to be resolved, this is not the kind of issue on which it would be appropriate to grant summary judgment.

[53] Second, Shionogi argues that the last of the process patents that it assigned to Lilly expired in April 2000, two years and seven months before Apotex issued its statement of claim against Shionogi. The argument here is that, if Apotex' counterclaim is based on the assignment and its anti-competitive effects, these effects must have ended on the expiry of the last of the assigned Shionogi patents.

[54] I do not find this argument compelling either. The expiry of the last of Shionogi's process patents in 2000, more than two years before Apotex issued its counterclaim against Shionogi, is only relevant if it is not arguable that, after that date, there could be no competition-lessening effects as a result of the assignment.

[55] However, the expiry of the Shionogi patents will not necessarily mark the start of the limitation. On the assumption that the discoverability principle applies to claims under section 36, if Apotex did not discover, and could not reasonably have been expected to discover, details of the 1975 and 1995 agreements between Lilly and Shionogi, more than two years before it issued its

de réception d'une copie de l'enregistrement par Apotex précède de moins de deux ans le dépôt de la demande reconventionnelle d'Apotex contre Lilly.

[52] À mon avis, le problème avec cet argument est qu'il repose sur la présomption que, pour l'application du paragraphe 36(4), c'est la cession qui constitue le complot, considéré dans l'abstrait comme un acte unique. Toutefois, Apotex fait valoir que la cession doit être examinée dans son contexte, sur le fait qu'elle a entraîné un renforcement du pouvoir commercial de Lilly, autrement dit, sur le fait qu'elle a renforcé la capacité de Lilly à agir de manière indépendante sur le marché puisqu'elle détenait désormais les brevets de tous les procédés de fabrication du céfaclor connus et commercialement viables. Dans cette perspective, le complot a continué d'exister tant et aussi longtemps que la cession a eu des effets anticoncurrentiels. Compte tenu de tous les éléments de preuve en jeu, il ne serait pas approprié de trancher cette question par un jugement sommaire.

[53] Deuxièmement, Shionogi fait valoir que le dernier procédé breveté cédé à Lilly a pris fin en avril 2000, soit deux ans et sept mois avant qu'Apotex ne dépose sa demande reconventionnelle contre Shionogi. Son argument est le suivant : si la demande reconventionnelle d'Apotex est fondée sur la cession et ses effets anticoncurrentiels, ces effets ont cessé d'exister à la fin de la période de validité du dernier brevet cédé par Shionogi.

[54] Cet argument ne me convainc pas. L'échéance du dernier brevet de Shionogi, en 2000, soit plus de deux ans avant qu'Apotex ne dépose sa demande reconventionnelle contre Shionogi, est un élément pertinent seulement dans le cas où on ne peut pas prétendre qu'après cette date, la cession ne pouvait plus avoir aucun effet anticoncurrentiel.

[55] Toutefois, la fin de la période de validité des brevets de Shionogi ne déclenche pas nécessairement le début de la période de prescription. En présumant que le principe de la possibilité de découverte s'applique aux réclamations en vertu de l'article 36, si Apotex n'a pas découvert, et ne pouvait raisonnablement découvrir, le détail des ententes intervenues entre Lilly et Shionogi en



counterclaim, the counterclaim was not time-barred. Apotex says that it did not discover important details about the agreements until November 2001.

[56] I am not persuaded that the evidence pertaining to both how much Apotex knew about the relevant facts (including details of the agreements), and when it acquired its knowledge, is so clear as to warrant this Court's interfering with the Judge's conclusion that this issue should be resolved on the basis of a trial. It will generally be inappropriate to decide by summary judgment a matter in which the application of the discoverability rule is likely to be important: *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.), at paragraph 36.

[57] Apotex also says that Lilly's pursuit of the infringement action against it is a continuing competition-lessening effect. I would not be prepared to decide the correctness of this submission on a summary motion.

Issue 4: Did Apotex sustain any damage as a result of the conspiracy?

[58] In order to claim damages under subsection 36(1), a claimant must prove that the proscribed conduct caused it loss or damage. Lilly and Shionogi argued before us, as they had done before the Judge, that Apotex had suffered no loss or damage as a result of the assignment of the patents because there was no evidence that the assignment had delayed Apotex' entry into the cefaclor market. Apotex' reply is that any amount that it may be required to pay to Lilly by way of damages as a result of Lilly's infringement action constitutes "loss or damage" for the purpose of subsection 36(1).

[59] I can do no better than to adopt the Judge's conclusion on this issue (at paragraph 24):

1975 et en 1995, plus de deux ans avant qu'elle ne dépose sa demande reconventionnelle, sa réclamation n'est pas prescrite. Apotex affirme qu'elle n'a découvert certains détails importants des ententes qu'en novembre 2001.

[56] Je ne suis pas convaincu que la preuve sur ces deux aspects, à savoir la mesure dans laquelle Apotex connaissait les faits pertinents (y compris le détail des ententes) et à quel moment elle a eu connaissance de ces détails, est tellement évidente qu'elle justifie que la Cour modifie la conclusion du juge de première instance selon laquelle cette question mérite un examen sur le fond. Il n'est généralement pas approprié de trancher un litige par jugement sommaire lorsque l'application du principe de la possibilité de découverte sera vraisemblablement une question importante : *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.), au paragraphe 36.

[57] Apotex affirme en outre que l'action en contrefaçon intentée par Lilly contre elle constitue un effet anticoncurrentiel continu. Je ne suis pas prêt à juger du bien-fondé de cet argument dans une requête en jugement sommaire.

Question 4 : Apotex a-t-elle subi des dommages en raison du complot?

[58] Pour se prévaloir du recours en dommages-intérêts en vertu du paragraphe 36(1), le demandeur doit prouver qu'il a subi des pertes ou des dommages en raison des agissements prohibés. Lilly et Shionogi font valoir à la Cour, comme elles ont fait valoir au juge, qu'Apotex n'avait subi aucune perte ni aucun dommage en raison de la cession des brevets parce qu'il n'existe aucune preuve indiquant que l'entrée d'Apotex sur le marché du céfaclor en a été retardée. Apotex répond que tout montant qu'elle pourrait être tenue de verser à Lilly à titre de dommages-intérêts dans l'action en contrefaçon intentée par Lilly, constitue « une perte ou des dommages » pour l'application du paragraphe 36(1).

[59] Je ne peux faire autrement que d'adopter la conclusion du juge sur cette question (au paragraphe 24) :

While that appears to me to be a rather strange proposition in law, it is not clear that it cannot succeed and if Apotex were otherwise successful on its section 36 claim, I would not be prepared to dismiss it on that basis alone at the summary judgment stage.

#### E. CONCLUSION

[60] For these reasons, I would allow the appeal with costs here and below, set aside the order of the Judge, and dismiss the motions for summary judgment and for striking Apotex' counterclaims and certain paragraphs from its defence to Lilly's action for infringement.

DESJARDINS J.A.: I concur.

SHARLOW J.A.: I concur.

Il me semble qu'en droit, cette demande est étonnante, mais il n'est pas certain qu'elle ne sera pas accueillie et si Apotex avait gain de cause relativement à sa demande en vertu de l'article 36, je ne serais pas disposé à la rejeter pour ce seul motif à l'étape du jugement sommaire.

#### E. CONCLUSION

[60] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens en appel et en première instance, j'annulerais l'ordonnance du juge et je rejetterais les requêtes en jugement sommaire et la requête en radiation de la demande reconventionnelle d'Apotex et de certains paragraphes de sa défense contre l'action en contrefaçon intentée par Lilly.

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

LA JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-536-04  
2005 FC 1076

T-536-04  
2005 CF 1076

**Omar Ahmed Khadr** by his next friend **Fatmah El-Samnah** (*Plaintiff*)

**Omar Ahmed Khadr** par sa tutrice à l'instance **Fatmah El-Samnah** (*demandeur*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen** (*Defendant*)

**Sa Majesté la Reine** (*défenderesse*)

*INDEXED AS: KHADR v. CANADA (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (C.F.)*

Federal Court, von Finckenstein J.—Edmonton, July 7; Ottawa, August 8, 2005.

Cour fédérale, juge von Finckenstein—Edmonton, 7 juillet; Ottawa, 8 août 2005.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, Detention, Imprisonment — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action for damages, declaration plaintiff's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms violated — Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan — Facing special Combatant Status Review Tribunal for detainees, designated enemy combatant — Interrogated by officials of Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS) — Plaintiff claiming right to silence, right to counsel, right to be informed of nature of allegations breached by DFAIT/CSIS agents when questioned — Agents taking on primary role in interviewing plaintiff — Providing U.S. authorities with summaries of interviews — Present case not involving suspension, exemption from any statute constitutionally challenged — Plaintiff invoking Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through Canadian security agents' questioning — Charter rights may apply outside Canada if certain conditions met — Injunction lying against Crown when Charter violation resulting not only from invalid legislation but from prohibited conduct.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à l'action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés — Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan — Il a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé Combattant Status Review Tribunal et a été désigné combattant ennemi — Il a été interrogé par des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) — Le demandeur prétend que les fonctionnaires du MAÉCI et du SCRS ont porté atteinte à son droit de garder le silence, à son droit de consulter un avocat et à son droit d'être informé des accusations portées contre lui en l'interrogeant — Ces fonctionnaires ont joué un rôle de premier plan lors de l'interrogatoire du demandeur — Ils ont remis aux autorités américaines un résumé de ces entrevues — En l'espèce, il n'était pas question de la suspension ou de l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée — Le demandeur a invoqué la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté aux États-Unis — Les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada à certaines conditions — Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant non seulement d'une loi inconstitutionnelle mais d'agissements interdits.*

*Crown — Practice — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action*

*Couronne — Pratique — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès*

*for damages, declaration Charter rights breached — Plaintiff, Canadian citizen, detained in Guantanamo Bay since 2002 by U.S. government because of alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan — Injunction lying against Crown whether Charter violation resulting from invalid legislation or from prohibited conduct, provided pre-conditions laid down in RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) met.*

*Injunctions — Motion for interim injunction prohibiting defendant from conducting any further interviews, interrogations, questioning of plaintiff pending trial of action alleging breach of Charter rights — Interlocutory injunctions may be obtained as part of Charter litigation when constitutionality of conduct under valid statute challenged — Purpose of interlocutory injunction to prevent violation of Charter rights while underlying action tried — Plaintiff meeting preconditions laid down by RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) for granting of injunction, i.e. serious issue to be tried; irreparable harm; balance of convenience — Plaintiff may suffer irreparable harm by U.S. prosecution given gravity of allegations against him — Canadian Security Intelligence Service's (CSIS) legitimate intelligence gathering in name of fighting Al-Qaida and Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) activities in support of Canadians abroad weighed against danger to plaintiff information extracted could be used against him — Public interest in ensuring Canadians' Charter rights respected when questioned by Canadian officials in Canada or abroad — Danger to public interest caused by DFAIT/CSIS agents not being able to access plaintiff outweighed by plaintiff's possible conviction in U.S. based on evidence obtained in violation of Charter.*

*Security Intelligence — Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials questioning plaintiff regarding alleged involvement with Al-Qaida forces — Officials having duty to collect information for national security purposes but not having right to question person not wanting to be questioned — Officials refusing to undertake to inform themselves on future use of information obtained by Canadian agents from plaintiff and provided to U.S. authorities — Court drawing adverse inference information*

*relatif à l'action en dommages-intérêts et en jugement déclaratoire portant que les droits garantis au demandeur par la Charte canadienne des droits et libertés ont été violés — Le demandeur est un citoyen canadien détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan — Il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner une violation de la Charte découlant d'une loi inconstitutionnelle ou d'agissements interdits, à condition que soient respectées les conditions préalables énoncées dans l'arrêt RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).*

*Injunctions — Requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée pour des violations alléguées de la Charte — On peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'une cause où la Charte est invoquée lorsque la constitutionnalité d'agissements accomplis en vertu d'une loi valide est contestée — L'injonction interlocutoire a pour objet d'empêcher la violation des droits garantis par la Charte en attendant que soit tenu le procès relatif à l'action principale — Le demandeur a rempli les conditions préalables énoncées dans l'arrêt RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) en matière d'injonctions : il a établi qu'il y a une question sérieuse à juger, qu'il peut subir un préjudice irréparable et que la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur — Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable — On doit concilier les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger, et le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui — L'intérêt public exige que, lorsqu'ils interrogent des Canadiens, au Canada ou à l'étranger, les fonctionnaires canadiens respectent la Charte — Le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emportait sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de le rencontrer.*

*Renseignement de sécurité — Des fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien de renseignement de sécurité (SCRS) ont interrogé le demandeur au sujet de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda — Ces fonctionnaires ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale, mais ils n'ont pas le droit d'interroger une personne qui ne veut pas être interrogée — Ils ont refusé de s'engager à vérifier l'utilisation future des renseignements qui ont été recueillis auprès du*

would be used against plaintiff.

This was a motion for an interim injunction prohibiting the defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the plaintiff pending the trial of his action against the defendant. The plaintiff's action is seeking damages and a declaration that his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been breached. The plaintiff, 17, is a Canadian citizen who has been detained in Guantanamo Bay since 2002 by the U.S. government because of his alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan. The plaintiff submitted that during his detention, he was regularly interrogated and had been denied access to consular officials, counsel and his family. He has faced a special Combatant Status Review Tribunal for detainees, has been designated as an enemy combatant (a member of Al-Qaida who has participated in military operations against U.S. Forces) and continues to be detained. He was visited three times by officials of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). Summaries of the information gathered during those visits was provided to both U.S. authorities and the Royal Canadian Mounted Police. It is not known for what purpose the summaries will be used and CSIS has refused to undertake to inform itself as to what use they would be put. There were no allegations or ongoing investigative actions by Canadian police in connection with a crime committed or to be prosecuted in Canada. The issues were: (1) whether relief by way of an injunction against the Crown was available to the plaintiff; (2) whether there was a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation; (3) whether the plaintiff met the threefold conjunctive test laid down in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.

*Held*, the motion should be granted.

(1) The question was whether the plaintiff's Charter rights (right to counsel; right to silence; right to be informed of the nature of the allegations against him) would be violated by future interviews, not whether the Crown or its agents are or were acting within the scope of their authorities or under constitutionally valid legislation. It is well established that interlocutory injunctions can be obtained as part of Charter litigation. There is no reason why an injunction would lie when the constitutionality of a statute is challenged but not when the constitutionality of conduct under a valid statute is challenged. The purpose of an interlocutory injunction is to prevent a violation of Charter rights while the underlying

*demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux autorités américaines — La Cour en a tiré une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre le demandeur.*

Il s'agissait d'une requête en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée contre la défenderesse. Le demandeur réclame des dommages-intérêts et un jugement déclaratoire portant que les droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Le demandeur est un citoyen canadien âgé de 17 ans qui est détenu à Guantanamo depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan. Le demandeur soutenait qu'il avait été interrogé à plusieurs reprises au cours de sa détention et qu'il s'est vu refuser l'accès à des représentants consulaires, à ses avocats et à sa famille. Il a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé *Combattant Status Review Tribunal*, il a été désigné combattant ennemi (membre d'Al-Qaïda ayant participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis) et il est toujours détenu. Il a reçu à trois reprises la visite de fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS). Un résumé des renseignements recueillis lors de ces visites a été communiqué aux autorités américaines et à la Gendarmerie royale du Canada. On ignorait à quelles fins ce résumé devait servir et le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet. La police canadienne n'a formulé aucune allégation et n'a ouvert aucune enquête qui serait liée à un crime commis ou devant faire l'objet de poursuites au Canada. Les trois questions suivantes se posaient en l'espèce : 1) une réparation sous forme d'injonction contre l'État était-elle ouverte au demandeur?; 2) y avait-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?; 3) le demandeur satisfaisait-il au critère conjonctif à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*?

*Jugement* : la requête est accueillie.

1) La question qui se posait était de savoir si les droits que la Charte garantit au demandeur (le droit de garder le silence, le droit de consulter un avocat et le droit d'être informé des accusations portées contre lui) seraient violés s'il était de nouveau interrogé, et non pas de savoir si l'État ou ses préposés agissent ou agissaient dans le cadre de leurs attributions ou en vertu d'une loi constitutionnelle. Le droit est bien fixé : on peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'une cause où la Charte est invoquée. Rien ne permet de dire pourquoi il y aurait ouverture à une injonction lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée, mais non pas lorsque la constitutionnalité d'agissements accomplis en

action is being tried. It should make no difference whether the violation occurs as a result of prohibited conduct rather than as a result of invalid legislation. Therefore, an injunction against the Crown for conduct in violation of Charter rights may be granted, provided the preconditions for such an injunction laid down in *RJR-MacDonald* are met.

(2) The key issue to be determined at trial is the alleged violation of the plaintiff's rights and the corollary engagement of the Charter. The evidence adduced regarding the detention and questioning at Guantanamo Bay indicated *inter alia* that the plaintiff was never advised of his Charter rights, that the DFAIT/CSIS visits were purely information-gathering visits with a focus on intelligence and law enforcement and that Canadian agents took a primary role in the interviews and could be expected to do the same in future questioning. Moreover, summaries of the information were passed on to U.S. authorities who may have taped the interviews and who may use the information against the plaintiff in enemy combatant proceedings. By seeking to prohibit Canadian security agents from questioning him further, the plaintiff was really invoking the Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through questioning by Canadian security agents. Charter rights may apply outside Canada if certain conditions are met, a matter the Court will have to address at trial on the basis of the evidence.

(3) The plaintiff met the first branch of the test laid down by *RJR-MacDonald* that there was a serious issue to be tried. With respect to irreparable harm, the plaintiff is being held in the custody of the U.S. and will face serious charges regarding his activities in Afghanistan and his Al-Qaida membership. The summaries of his interviews were provided to his U.S. captors and it was not known what use would be made of them. CSIS had furthermore refused to undertake to inform itself as to what use they would be put. The rules of procedure employed thus far at Guantanamo Bay suggested that material obtained by CSIS would be used against the plaintiff, who is not completely free to resist questioning of his own accord. While CSIS and DFAIT have a duty to collect information for national security purposes, there is nothing amounting to a right to question a person who does not want to be questioned. The refusal of DFAIT and CSIS to undertake to inform

vertu d'une loi valide est contestée. L'objet de l'injonction interlocutoire est d'empêcher la violation de droits garantis par la Charte en attendant que soit tenu le procès relatif à l'action principale. Il devrait être indifférent que la violation découle d'agissements interdits ou d'une loi inconstitutionnelle. Il est donc possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner des agissements qui portent atteinte à des droits garantis par la Charte, à condition que soient respectées les conditions préalables énoncées dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

2) La présumée violation des droits du demandeur et de l'application de la Charte qui en découle constitue la question clé qui devra être tranchée lors du procès. De la preuve produite concernant les conditions de détention et d'interrogatoire à Guantanamo, il ressortait notamment que le demandeur n'a jamais été informé des droits que lui garantit la Charte, que les visites du MAÉCI et du SCRS visaient exclusivement à recueillir des renseignements et étaient axées sur les renseignements de sécurité et sur l'application de la loi et que les agents canadiens ont joué un rôle de premier plan lors des entrevues, et on pouvait s'attendre à ce qu'ils fassent de même à l'avenir. En outre, les autorités américaines ont obtenu un résumé de ces entrevues et il se pouvait qu'elles les aient enregistrées, de sorte que les renseignements obtenus pourraient être utilisés dans tout procès qui pourrait être intenté contre le demandeur à titre de combattant ennemi. En cherchant à empêcher les agents des services de sécurité canadiens de l'interroger à nouveau, le demandeur a invoqué en réalité la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté par les autorités américaines. Les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada à certaines conditions, et c'est une question sur laquelle la Cour devra se prononcer au procès en fonction de la preuve produite.

3) Le demandeur a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald* : il existait une question sérieuse à juger. En ce qui concerne la question du préjudice irréparable, le demandeur est détenu aux États-Unis où il risque de faire l'objet de graves accusations concernant ses activités en Afghanistan et son appartenance à Al-Qaïda. Un résumé des entrevues du demandeur a été transmis aux autorités américaines, et on ignorait à quelles fins il devait servir. En outre, le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet. Les règles de procédure suivies jusqu'ici à Guantanamo donnaient à penser que les éléments obtenus par le SCRS seraient utilisés contre le demandeur, qui n'est pas complètement libre de refuser de se plier aux interrogatoires. Le SCRS et le MAÉCI ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale; cependant, rien ne permet de penser qu'ils ont le droit d'interroger une

themselves regarding the future use of information obtained by Canadian agents from the plaintiff and provided to the U.S. led the Court to draw an adverse inference that such information would be used against the plaintiff. Given the gravity of the allegations against the plaintiff, any U.S. prosecution may entail irreparable harm. On the basis of the evidence, the plaintiff met the irreparable harm branch of the *RJR-MacDonald* test.

Determining the balance of convenience branch of the test in a Charter injunction case involves balancing the public interest against the interest of the individual litigant. The present case did not involve the suspension or exemption from any statute that was attacked constitutionally. The plaintiff was seeking to have the intelligence-gathering activities relating to him enjoined while he is in U.S. custody and subject to an undetermined legal process. CSIS' legitimate intelligence gathering in the name of fighting Al-Qaida and DFAIT's activities in support of Canadians abroad had to be weighed against the danger to the plaintiff that any information extracted from him could be used in proceedings against him. In other words, would the public interest suffer irreparable harm if CSIS was deprived of any future opportunity to question the plaintiff? The balance of convenience lay in favour of the plaintiff. After three years, he remained in captivity and it was questionable whether he still had any information of use to CSIS or DFAIT. It was also doubtful that he was free to decide whether to undergo questioning by CSIS/DFAIT agents. The public interest in ensuring that Canadians' Charter rights are respected when they are questioned by Canadian officials in Canada or abroad was also involved. Therefore, the danger to the public interest caused by CSIS/DFAIT agents not being able to access the plaintiff was outweighed by the possible conviction of the plaintiff in the U.S. on the basis of evidence obtained in violation of the Charter. This was a rare exceptional case where granting an injunction was required to prevent a potential grave injustice.

personne qui ne veut pas être interrogée. La Cour a tiré du refus du MAÉCI et du SCRS de s'engager à vérifier l'utilisation future des renseignements recueillis auprès du demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux États-Unis une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre lui. Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable. Sur le fondement des éléments de preuve produits, le demandeur a satisfait au volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* relatif au préjudice irréparable.

Pour trancher la question de la prépondérance des inconvénients dans les affaires où une injonction est réclamée et où la Charte est invoquée, il fallait concilier l'intérêt public et l'intérêt du plaideur. En l'espèce, il n'était pas question de la suspension ou de l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée. Le demandeur réclamait l'interdiction des activités de cueillette de renseignements qui le concernaient tant qu'il était détenu par les autorités américaines et qu'il risquait de faire l'objet de poursuites dont la nature restait à préciser. On devait concilier les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger, et le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui. En d'autres termes, l'intérêt public subirait-il un préjudice irréparable si l'on privait le SCRS de toute autre possibilité d'interroger le demandeur? Le critère de la prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur. Il était toujours en captivité depuis trois ans et l'on pouvait se demander si le demandeur possédait encore des renseignements qui pouvaient être utiles pour le SCRS ou le MAÉCI. Il y avait lieu de douter que le demandeur fût libre de décider s'il voulait ou non être interrogé par des agents du SCRS ou du MAÉCI. Il y avait un autre aspect de l'intérêt public en jeu : il fallait s'assurer que, lorsqu'ils interrogent des Canadiens (au Canada ou à l'étranger), les fonctionnaires canadiens respectent la Charte. Ainsi, le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emportait sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de le rencontrer. La présente affaire était un de ces cas rares et exceptionnels où il y avait lieu d'accorder une injonction pour empêcher une éventuelle injustice grave.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21).  
*Department of Foreign Affairs and International Trade Act*, R.S.C., 1985, c. E-22, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 2).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).

*Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21).  
*Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 2).  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *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 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; *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791; (1985), 61 N.R. 128 (C.A.); *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.).

##### CONSIDERED:

*Khadr v. Canada*, 2005 FC 632; *Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556; 2004 FC 1394.

##### AUTHORS CITED

Sharpe, Robert J. *et al. The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2002.

MOTION for interim injunction prohibiting the defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the plaintiff pending the trial of his action against the defendant for breach of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Motion allowed.

##### APPEARANCES:

*Nathan J. Whitting* and *Dennis Edney* for plaintiff.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.); *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Khadr c. Canada*, 2005 CF 632; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394.

##### DOCTRINE CITÉE

Sharpe, Robert J. *et al. The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2002.

REQUÊTE en injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à la tenue du procès relatif à son action intentée contre la défenderesse pour violation des droits qui lui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Requête accueillie.

##### ONT COMPARU :

*Nathan J. Whitting* et *Dennis Edney* pour le demandeur.



*Doreen C. Mueller and Robert A. L. Drummond* for defendant.

*Doreen C. Mueller et Robert A. L. Drummond* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

*Edney, Hattersley & Dolphin*, Edmonton, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Edney, Hattersley & Dolphin*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

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

[1] VON FINCKENSTEIN J.: The plaintiff, Omar Khadr, is a 17 year-old Canadian citizen who has been detained since 2002 by the U.S. government as a result of his alleged involvement with Al-Qaida forces in Afghanistan. He is currently being held at Camp Delta in Guantanamo Bay.

[1] LE JUGE VON FINCKENSTEIN : Le demandeur, Omar Khadr, est un citoyen canadien âgé de 17 ans qui est détenu depuis 2002 par le gouvernement des États-Unis en raison de son présumé rôle au sein des forces d'Al-Qaïda en Afghanistan. Il est actuellement détenu au camp Delta à Guantanamo.

[2] During his detention, the plaintiff submits that he has been regularly interrogated and has been denied access to consular officials, counsel and his family. He has not been brought before an independent tribunal, but has faced a special Combatant Status Review Tribunal for detainees, has been designated as an enemy combatant and continues to be detained. The summary of the evidence for that hearing reveals the gravity of the allegations against him (Summary of Evidence for Combatant Status Review Tribunal; applicant's record, Tab 2N, page 132).

[2] Le demandeur soutient qu'il a été interrogé à plusieurs reprises au cours de sa détention et qu'il s'est vu refuser l'accès à des représentants consulaires, à ses avocats et à sa famille. Il n'a pas été traduit devant un tribunal indépendant, mais a été assigné devant un tribunal militaire spécial appelé Combattant Status Review Tribunal. Il a été désigné combattant ennemi et il est toujours détenu. Le résumé de la preuve recueillie en vue de cette audience permet de mesurer la gravité des accusations dont le demandeur fait l'objet (Résumé de la preuve à présenter devant le Combattant Status Review Tribunal, dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2N, à la page 132).

Subject: Summary of Evidence for Combatant Status Review Tribunal.

[TRADUCTION] Objet : Résumé de la preuve à présenter devant le *Combatant Status Review Tribunal*

1. Under the provisions of the Secretary of the Navy Memorandum, dated 29 July 2004, *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base Cuba*, a Tribunal has been appointed to review the detainee's designation as an enemy combatant.

1. Conformément aux dispositions d'un mémoire du Secrétariat de la marine daté du 29 juillet 2004 et intitulé *Implementation of Combatant Status Review Tribunal Procedures for Enemy Combatants Detained at Guantanamo Bay Naval Base Cuba*, un Tribunal a été constitué en vue de contrôler la désignation du détenu en tant que combattant ennemi.

2. An enemy combatant has been defined as "an individual who was part of or supporting the Taliban or al Qaida forces, or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners. This includes any person who committed a belligerent act or has directly

2. Par combattant ennemi, on entend tout individu ayant fait partie des forces d'Al-Qaïda ou des Talibans ou ayant appuyé ces groupes ou des mouvements associés engagés dans des hostilités contre les États-Unis ou des partenaires de sa coalition. Est assimilée à un combattant ennemi toute

supported hostilities in aid of enemy armed forces.”

3. The United States Government has previously determined that the detainee is an enemy combatant. This determination is based on information possessed by the United States that indicates that he is a member of al Qaida and participated in military operations against U.S. Forces.

a. The detainee is an al Qaida fighter:

1. The detainee admitted he threw a grenade which killed a U.S. soldier during the battle in which the detainee was captured.

2. The detainee attended an al Qaida training camp in the Kabul, Afghanistan area where he received training in small arms, AK-47, Soviet made PK guns, RPGs.

3. The detainee admitted to working as a translator for al Qaida to coordinate land mine missions. The detainee acknowledged that these land mine missions are acts of terrorism and by participating in them would make him a terrorist.

b. The detainee participated in military operations against U.S. forces.

1. Circa June 2002, the detainee conducted a surveillance mission where he went to an airport near Khost to collect information on U.S. convoy movements.

2. On July 20, 2002 detainee planted 10 mines against U.S. forces in the mountain region between Khost and Ghardez. This region is choke [*sic*] point where U.S. convoys would travel . . .

[3] The decision made on the basis of these allegations states (summary of basis for tribunal decision—Combatant Status Review Tribunal, applicant’s record, Ahmad affidavit, Tab 2N, page 129):

#### 7. Conclusions of the Tribunal

Upon careful review of all the evidence presented in this matter, the Tribunal makes the following determinations:

a. The detainee was mentally and physically capable of participating in the proceeding. No medical or mental health evaluation was deemed necessary.

personne qui a commis un acte de belligérance ou qui a directement appuyé les hostilités de forces armées ennemies.

3. Le gouvernement des États-Unis a déjà déterminé que le détenu est un combattant ennemi. Cette décision est fondée sur les renseignements que possèdent les États-Unis et qui indiquent qu’il est membre d’Al-Qaïda et qu’il a participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis.

a. Le détenu est un combattant d’Al-Qaïda :

1. Le détenu a admis avoir lancé une grenade qui a tué un soldat des États-Unis au cours de la bataille lors de laquelle le détenu a été capturé.

2. Le détenu s’est présenté à un camp d’entraînement d’Al-Qaïda dans la région de Kaboul, en Afghanistan, où il a reçu un entraînement en maniement d’armes légères, d’AK-47, de fusils PK de fabrication russe et de grenades propulsées par fusée.

3. Le détenu a admis avoir travaillé comme traducteur pour Al-Qaïda en vue de coordonner des missions de minage terrestre. Le détenu a reconnu que ces opérations de minage terrestre constituent des actes de terrorisme et qu’en y prenant part, il devenait un terroriste.

b. Le détenu a participé à des opérations militaires contre les forces des États-Unis.

1. Vers le mois de juin 2002, le détenu a conduit une mission de surveillance au cours de laquelle il s’est rendu à un aéroport situé près de Khost pour recueillir des renseignements au sujet des déplacements des convois des États-Unis.

2. Le 20 juillet 2002, le détenu a posé dix mines dirigées contre les forces des États-Unis dans la région montagneuse située entre Khost et Ghardez. Cette région est le point de passage obligé des convois des États-Unis.

[3] La décision suivante a été rendue sur le fondement de ces allégations (Résumé des motifs de la décision du Tribunal-Combatant Status Review Tribunal, dossier du demandeur, affidavit d’Ahmad, onglet 2N, à la page 129):

#### [TRADUCTION] 7. Conclusions du Tribunal

Après avoir attentivement examiné tous les éléments de preuve présentés dans le cadre de la présente affaire, le Tribunal en arrive aux conclusions suivantes :

a. Le détenu était mentalement et physiquement apte à participer à l’instance. Aucune évaluation portant sur son état de santé physique ou psychologique n’a été jugée nécessaire.

b. The detainee understood the Tribunal proceedings. The detainee chose not to participate in the Tribunal process, as indicated in Exhibit D-a.

c. The detainee is properly classified as an enemy combatant because his [*sic*] is a member of, or affiliated with al-Qaida.

[4] It is undisputed evidence that the plaintiff was visited three times by officials of the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). The defendant's counsel advised at the hearing of this motion that the last visit took place after this action was commenced. Summaries of the information gathered during those visits was provided to both US authorities and the Royal Canadian Mounted Police (RCMP).

[5] The plaintiff argues that by questioning him, but failing to advise him of his right to silence and his right to counsel, his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) were infringed.

[6] In the statement of claim the plaintiff seeks:

(a) A declaration that the plaintiff's Charter rights have been breached;

(b) Damages for \$ 100,000; and

(c) An injunction against further interrogation by Canadian government agents.

[7] The plaintiff also filed a notice of motion for an interim injunction on February 8, 2005 and on February 18, 2005 seeking:

1. An order in the nature of an interim injunction prohibiting the Defendant from conducting any further interviews, interrogations or questioning of the Plaintiff pending the trial of this action, nothing in the nature of such order to detract from or interfere with the

b. Le détenu comprenait la nature de l'audience qui s'est déroulée devant le Tribunal. Il a choisi de ne pas participer aux débats, ainsi qu'il est précisé à l'annexe D-a.

c. C'est à juste titre que le détenu est considéré comme un combattant ennemi puisqu'il est membre d'Al-Qaïda ou est affilié à ce groupe.

[4] Il est acquis aux débats que le demandeur a reçu à trois reprises la visite de fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAÉCI) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS). L'avocat de la défenderesse a informé la Cour lors de l'instruction de la présente requête que la dernière visite avait eu lieu après l'introduction de la présente action. Un résumé des renseignements recueillis lors de ces visites a été communiqué aux autorités des États-Unis et à la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[5] Le demandeur soutient qu'en l'interrogeant sans l'informer de son droit de garder le silence et de son droit de consulter un avocat, on a violé les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[6] Dans sa déclaration, le demandeur réclame les réparations suivantes :

a) un jugement déclarant que les droits garantis au demandeur par la Charte ont été violés;

b) la somme de 100 000 \$ à titre de dommages-intérêts;

c) une injonction interdisant aux agents du gouvernement du Canada de l'interroger à nouveau.

[7] Le demandeur a également déposé le 8 février 2005 et le 18 février 2005 un avis de requête en injonction provisoire visant à obtenir les réparations suivantes :

1. Une ordonnance de la nature d'une injonction provisoire interdisant à la défenderesse de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur jusqu'à l'instruction de la présente action, cette ordonnance ne devant d'aucune façon atténuer ou modifier l'obligation

Defendant's duty to provide the Plaintiff with humanitarian aid and consular assistance.

[8] In support of his motion, the plaintiff filed an affidavit dated February 8, 2005 by his U.S. counsel Mr. Muneer Ahmad who has actually visited the plaintiff in Guantanamo Bay. Mr. Ahmad was not cross-examined on his affidavit.

[9] To counter the plaintiff's motion, the defendant filed affidavits by Sergeant Labonté on behalf of the RCMP, Serge Paquette on behalf of DFAIT and William Hooper on behalf of CSIS. Subsequent to cross-examinations on the affidavits, which took place on March 2, 2005, the defendant refused to give undertakings and produce documents:

(a) In respect of Hooper, as to what transpired during interviews with the plaintiff, specifically whether he was advised of his rights; and

(b) In respect of Paquette, as to communications between Canadian and U.S. officials, specifically what use the U.S. would make of information obtained during these interviews.

[10] On a motion to produce such undertakings, this Court ruled in *Khadr v. Canada*, 2005 FC 632, at paragraph 20:

Since he is being held in a US prison, but the role of Canadian security officers is not clear, the issue of liability under the Charter needs to be litigated. However, whether he has a right to silence and a right not to be interviewed or interrogated by Canadian Security agents depends on his rights, not on any of the information that would be garnered if the Defendants are compelled to comply with the undertakings. Thus, the answers to the undertakings are simply not relevant to the motion for an interim injunction.

[11] Mr. Ahmad's affidavit contains various U.S. government documents that establish that detention conditions, interrogation techniques used and rules of evidence employed at the Combatant Status Review Tribunal hearings do not comply with Charter standards.

de la défenderesse de procurer au demandeur l'aide humanitaire et consulaire dont il a besoin.

[8] À l'appui de sa requête, le demandeur a déposé un affidavit souscrit le 8 février 2005 par son avocat aux États-Unis, M<sup>e</sup> Muneer Ahmad, qui avait effectivement rendu visite au demandeur à Guantanamo. M<sup>e</sup> Ahmad n'a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit.

[9] En réponse à la requête du demandeur, la défenderesse a produit les affidavits souscrits par le sergent Labonté pour le compte de la GRC, par M. Serge Paquette, pour le compte du MAÉCI, et par M. William Hooper, au nom du SCRS. À la suite des contre-interrogatoires qui ont eu lieu au sujet des affidavits le 2 mars 2005, la défenderesse a refusé de fournir des engagements et de produire des documents :

a) en ce qui concerne M. Hooper, sur ce qui s'est passé lors des entrevues qu'il a eues avec le demandeur, en particulier quant à savoir si ce dernier a été informé de ses droits;

b) pour ce qui est de M. Paquette, au sujet des communications échangées entre les fonctionnaires du Canada et les fonctionnaires des États-Unis, et plus précisément sur ce que les États-Unis feraient des renseignements obtenus lors de ces entrevues.

[10] Dans le jugement *Khadr c. Canada*, 2005 CF 632, au paragraphe 20, la Cour a dit ce qui suit au sujet d'une requête visant à obtenir de tels engagements :

Puisqu'il est incarcéré dans une prison américaine, mais que le rôle des agents de la sécurité canadienne n'est pas clair, la question de la responsabilité sous le régime de la Charte doit être plaidée. Par ailleurs, la question de savoir s'il a droit de garder le silence et de ne pas être interrogé par les agents de la sécurité canadienne dépend de ses droits, et non des renseignements qui seraient recueillis si la défenderesse était contrainte de respecter ses engagements. Par conséquent, les réponses aux engagements pris ne sont tout simplement pas pertinentes quant à la requête en injonction provisoire.

[11] L'affidavit de M. Ahmad contient divers documents du gouvernement des États-Unis qui permettent d'établir que les conditions de détention, les techniques d'interrogatoire et les règles de preuve utilisées lors des audiences du Combatant Status Review

(Applicant's record, Ahmad affidavit, Tabs 2J, 2K, and 2W, at pages 62, 64 and 179 respectively.)

[12] However, treatment of the plaintiff by U.S. officials is not the issue before this Court. What is at issue in these proceedings is the questioning of the plaintiff by Canadian authorities.

[13] Through his U.S. counsel, the plaintiff (applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2, page 4, paragraph 4):

[S]trenuously object[s] to any future interviews . . . (being) conducted by agents or officials of the Canadian government (and) invokes his rights under the *Canadian Charter* . . . including his right to remain silent, his right to counsel, and his right to be advised as to the nature of any and all allegations raised against him.

#### Issues:

[14] Three issues present themselves:

1. Is relief by way of an injunction against the Crown available to the plaintiff?
2. Is there a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation?
3. Does the plaintiff meet the threefold conjunctive test set out in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311?

[15] The defendant advances three arguments. First, the defendant argues that:

- (a) At common law, no injunction can lie against the Crown;
- (b) The *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] and the *Crown Liability and Proceedings Act* [R.S.C., 1985, c. C-50, s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] expressly prohibit injunctions against the Crown or a Crown servant acting within the scope of his/her authority; and

Tribunal ne satisfait pas aux normes de la Charte (dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglets 2J, 2K et 2W, aux pages 62, 64 et 179 respectivement.)

[12] Toutefois, la façon dont les fonctionnaires des États-Unis ont traité le demandeur n'est pas en litige devant la Cour. Ce qui est en litige dans la présente instance, c'est l'interrogatoire que les autorités canadiennes ont fait subir au demandeur.

[13] Par le truchement de son avocat aux États-Unis, le demandeur (dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2, à la page 4, paragraphe 4) :

[TRADUCTION] S'oppose énergiquement à ce que les agents ou les fonctionnaires du gouvernement du Canada l'interrogent à nouveau et il invoque les droits que lui garantit la *Charte canadienne* [. . .] y compris son droit de garder le silence, son droit de consulter un avocat et son droit d'être informé des accusations portées contre lui.

#### Les questions en litige

[14] Les trois questions suivantes se posent en l'espèce :

1. Une réparation sous forme d'injonction contre l'État est-elle ouverte au demandeur?
2. Y a-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?
3. Le demandeur satisfait-il au critère conjonctif à trois volets posé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311?

[15] La défenderesse invoque trois arguments. En premier lieu, la défenderesse soutient que :

- a) en common law, une injonction ne peut être prononcée contre l'État;
- b) la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* [L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] interdisent explicitement de prononcer des injonctions contre l'État ou un préposé de l'État agissant dans le cadre de ses attributions;

(c) Injunctions may only be granted where the Crown or Crown servant acts outside its scope of authority or where the statute granting the authority is itself unconstitutional.

In the defendant's view, neither of these conditions apply as it is not alleged that either DFAIT or CSIS agents were acting outside the scope of their authority or under constitutionally invalid statutes.

[16] Secondly, in so far as Charter violations are concerned, the defendant argues that the Charter is not engaged without a sufficient connection to a criminal or quasi-criminal investigation or prosecution. In this case, there are no allegations or ongoing investigative actions, let alone charges, by Canadian police in connection with a crime committed or to be prosecuted in Canada. Rather, the visits provided DFAIT (which was denied consular visits to the plaintiff) an opportunity to evaluate the plaintiff's well-being and general circumstances. They also allowed CSIS officials to interview the plaintiff for the purpose of collecting intelligence information that may be of assistance in its investigation of Al-Qaida.

[17] Thirdly, the defendant maintains that the plaintiff has not, in any event, met the threefold test of *RJR-MacDonald*. In that case the Supreme Court stated, at page 334:

*Metropolitan Stores* adopted a three-stage test for courts to apply when considering an application for either a stay or an interlocutory injunction. First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

Issue No. 1—Is relief by way of an injunction against the Crown available to the plaintiff?

[18] The first contention by the Crown misses the point. None of the propositions put forward are really in issue. The plaintiff is not relying on common law relief.

c) l'injonction n'est ouverte que lorsque l'État ou l'un de ses préposés déborde le cadre de ses pouvoirs ou lorsque la loi conférant ces pouvoirs est elle-même inconstitutionnelle.

Suivant la défenderesse, aucune de ces conditions ne s'applique, car il n'est pas allégué que les agents du MAÉCI ou du SCRS ont débordé le cadre de leurs attributions ou qu'ils ont agi en vertu de lois inconstitutionnelles.

[16] Deuxièmement, pour ce qui est des violations de la Charte, la défenderesse soutient que la Charte ne s'applique que s'il existe un lien suffisant avec une enquête ou une poursuite criminelle ou quasi criminelle. Or, en l'espèce, la police canadienne n'a formulé aucune allégation, n'a ouvert aucune enquête et n'a porté encore moins aucune accusation qui serait liée à un crime commis ou devant être jugé au Canada. Les visites effectuées par le MAÉCI (à qui l'on a refusé de procéder à des visites consulaires) lui ont permis de mesurer l'état général du demandeur. Elles ont également permis aux fonctionnaires du SCRS d'interroger le demandeur en vue de recueillir des renseignements qui peuvent être utiles au SCRS dans son enquête sur Al-Qaïda.

[17] Troisièmement, la défenderesse maintient qu'en tout état de cause, le demandeur ne satisfait pas au critère à trois volets de l'arrêt *RJR-MacDonald*, dans lequel la Cour suprême dit ce qui suit, à la page 334 :

L'arrêt *Metropolitan Stores* établit une analyse en trois étapes que les tribunaux doivent appliquer quand ils examinent une demande de suspension d'instance ou d'injonction interlocutoire. Premièrement, une étude préliminaire du fond du litige doit établir qu'il y a une question sérieuse à juger. Deuxièmement, il faut déterminer si le requérant subirait un préjudice irréparable si sa demande était rejetée. Enfin, il faut déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse le redressement en attendant une décision sur le fond.

Première question—Une réparation sous forme d'injonction contre l'État est-elle ouverte au demandeur?

[18] Le premier argument de la défenderesse passe à côté de la question. Aucune des affirmations qu'elle fait n'a véritablement rapport avec le litige. Le demandeur

The question here is whether the plaintiff's Charter rights will be violated by future interviews, not whether the Crown or its agents are or were acting within the scope of their authorities or under constitutionally valid legislation. The injunction sought is with regard to breaches of the plaintiff's Charter rights; there is no allegation of constitutional invalidity of the DFAIT or CSIS statutes.

[19] It is well established that interlocutory injunctions can be obtained as part of Charter litigation. As Robert J. Sharpe so clearly stated in *The Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed., 2002, at pages 295-296:

Another form of injunction that may be used as a *Charter* remedy is the interlocutory injunction that is awarded pending a full trial on the merits. This remedy, which may also involve a temporary stay or suspension of legislation pending a full trial on its constitutionality may be of great practical importance. In a series of cases, the Supreme Court has outlined the test for granting pre-trial or interlocutory relief in *Charter* cases. (*Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832*, [1987] 1 S.C.R. 110, 38 D.L.R. (4th ) 321; *RJR Macdonald Inc. v. Canada*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th ) 385; *143471 Canada Inc. v. Québec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, 90 C.C.C. (3d) 1; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2000] 2 S.C.R. 764, 193 D.L.R. (4th) 38.) First, the applicant must establish that he or she is raising a serious question under the *Charter* that is not frivolous or vexatious. There is no presumption that legislation is constitutional and there will be a serious question in cases in which the applicant demonstrated that the state must justify a violation under section 1 of the *Charter*. Second, the applicant must establish a risk of irreparable harm should the pre-trial relief not be granted. Again, this is not often an onerous requirement given that many *Charter* rights would not be adequately repaired by the award of damages after a full trial. The third and, in most cases, more difficult and crucial requirement is whether the balance of convenience favours granting the relief. Here it is important for the court to consider the public interest. Democratically enacted legislation is presumed to be in the public interest.

ne réclame pas une réparation fondée sur la common law. La question qui se pose ici est de savoir si les droits que la Charte garantit au demandeur seront violés s'il est de nouveau interrogé, et non de savoir si l'État ou ses préposés agissent dans le cadre de leurs attributions ou en vertu d'une loi constitutionnelle. L'injonction réclamée concerne des atteintes aux droits qui sont garantis au demandeur par la Charte et personne ne prétend que les lois instituant le MAÉCI ou le SCRS sont inconstitutionnelles.

[19] Il est de jurisprudence constante qu'on peut obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre d'un procès dans lequel la Charte est invoquée. Ainsi que Robert J. Sharpe l'explique de façon limpide dans son ouvrage *The Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>e</sup> éd. 2002, aux pages 295 et 296 :

[TRADUCTION] Une autre forme d'injonction qui peut être réclamée à titre de réparation fondée sur la *Charte* est l'injonction interlocutoire qui est accordée en attendant que l'affaire soit instruite sur le fond. Cette réparation, qui peut également se traduire par un sursis ou une suspension temporaire de la loi en attendant un examen au fond de la constitutionnalité de cette dernière peut s'avérer très pratique. Dans une série de décisions, la Cour suprême a défini le critère régissant l'octroi de réparations interlocutoires ou préalables au procès dans les litiges mettant en cause la *Charte* (*Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, section locale 832*, [1987] 1 R.C.S. 110, 38 D.L.R. (4th) 321; *RJR Macdonald Inc. c. Canada*, [1994] 1 R.C.S. 311, 111 D.L.R. (4th) 385; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, 90 C.C.C. (3d) 1; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2000] 2 R.C.S. 764, 193 D.L.R. (4th) 38). Premièrement, le demandeur doit établir qu'il soulève en vertu de la *Charte* une question sérieuse qui n'est ni frivole ni vexatoire. La loi n'est pas présumée constitutionnelle et une question sérieuse est soulevée lorsque le demandeur démontre que l'État doit justifier une violation en vertu de l'article premier de la *Charte*. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer qu'il risque de subir un préjudice irréparable si la réparation préalable à l'instruction qu'il sollicite ne lui est pas accordée. Là encore, il ne s'agit pas d'une exigence très lourde compte tenu du fait que l'octroi de dommages-intérêts à l'issue d'un procès en bonne et due forme ne constituerait pas une réparation suffisante en cas de violation de bon nombre des droits protégés par la *Charte*. La troisième condition, qui est dans la plupart des cas la condition la plus difficile à remplir tout en étant la plus cruciale, est de savoir si la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de la réparation demandée. Ici, il importe que le tribunal tienne

[20] While I appreciate that the cases cited by Sharpe all deal with challenges to the constitutional validity of statutes and the issue of whether suspension of the statute in issue or exemption therefrom should be granted, I fail to appreciate why an injunction would lie when the constitutionality of a statute is challenged, but not when the constitutionality of conduct under a valid statute is challenged. Surely the purpose of an interlocutory injunction is to prevent a violation of Charter rights while the underlying action is being tried. It should make no difference whether the violation occurs as a result of prohibited conduct, rather than as a result of invalid legislation. Accordingly, I find that an injunction against the Crown for conduct in violation of Charter rights may be granted, provided the preconditions for such an injunction, as laid down in *RJR-MacDonald*, are met.

Issue No. 2—Is there a sufficient nexus to a criminal or quasi-criminal investigation?

[21] With respect to the defendant's second contention concerning the alleged violation of the plaintiff's rights and the corollary engagement of the Charter, this is the key issue to be decided in the upcoming trial. Previously the defendant brought a motion to strike the statement of claim for disclosing no cause of action. In refusing to strike, this Court ruled in *Khadr v. Canada (Attorney General)* (2004), 245 D.L.R. (4th) 556 (F.C.), at paragraphs 18-20:

In this case, it is impossible at this time to make a contextual analysis. The Statement of Claim is relatively sparse in terms of what actually happened at Guantanamo Bay. The relative provisions of the Statement of Claim state:

5. On two or more occasions since the Plaintiff's detention in Camp X-Ray, agents or employees of the Defendants

compte de l'intérêt du public. Une loi démocratiquement votée est présumée avoir été édictée dans l'intérêt du public.

[20] Bien que je sois conscient du fait que les décisions citées par Sharpe portent toutes sur la contestation de la constitutionnalité de lois et sur la question de savoir s'il y avait lieu de suspendre l'application de ces lois ou de dispenser de leur application, je ne comprends pas pourquoi il y aurait ouverture à une injonction lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée mais non lorsque la constitutionnalité d'un acte accompli en vertu d'une loi valide est contestée. Certes, l'objet de l'injonction interlocutoire est d'empêcher la violation de droits garantis par la Charte en attendant que soit instruite l'action principale. Or, il devrait être indifférent que la violation découle d'un acte interdit ou d'une loi inconstitutionnelle. Je conclus donc qu'il est possible de prononcer une injonction contre l'État pour sanctionner un acte qui porte atteinte à des droits garantis par la Charte, à condition que soient respectées les conditions préalables qui doivent être remplies pour donner ouverture à une injonction et qui ont été énoncées dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

Deuxième question—Y a-t-il un lien suffisant avec une enquête criminelle ou quasi criminelle?

[21] Pour ce qui est du deuxième argument invoqué par la défenderesse au sujet de la présumée violation des droits du demandeur et de l'application de la Charte qui en découle, il s'agit là de la question clé qui devra être tranchée lors du procès. La défenderesse a déjà déposé une requête en vue d'obtenir la radiation de la déclaration au motif que celle-ci ne révèle aucune cause d'action. Pour refuser de radier la déclaration, la Cour a expliqué ce qui suit dans l'ordonnance *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1394, aux paragraphes 18 à 20 :

En l'espèce, il est impossible actuellement d'effectuer une analyse contextuelle. La déclaration est relativement avare de renseignements sur ce qui s'est effectivement produit à la Baie de Guantanamo. Les dispositions pertinentes de la déclaration exposent ce qui suit :

[TRADUCTION]

5. À deux ou plusieurs reprises depuis la détention du demandeur au camp X-Ray, des agents ou des employés



whose identity is unknown to the Plaintiff attended at Camp X-Ray for the purpose of extracting incriminating statements from the Plaintiff by interrogating him, and did in fact conduct such interrogations of the Plaintiff.

6. The interrogations of the Plaintiff conducted by the unidentified agents or employees of the Defendants were conducted for the whole or partial purpose of assisting the government of the United States of America in gathering incriminating evidence to be used against the Plaintiff in future military justice proceedings.
7. At no time prior to the Defendant's interrogations of the Plaintiff did the Defendants or their employees or agents advise the Plaintiff as to the reasons for his detention or as to the nature of any charges laid against him, thereby violating the Plaintiff's rights under inter alia ss. 7 and 10 (a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
8. At no time prior to the Defendant's interrogations of the Plaintiff did the Defendant or her agents advise the Plaintiff of his rights to remain silent and to retain and instruct counsel, thereby violating the Plaintiff's rights under inter alia ss. 7 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Without evidence it is impossible to construe what is meant by "for the whole or partial purpose of assisting the government of the United States of America in gathering incriminating evidence". Several questions have to be answered first. For instance: What was the role of Canadian Authorities? Who was in charge of the interviews? What did they ask Omar Khadr? How are the results of the interrogation going to be used?

Once all these questions are answered, it will be possible to establish a context, make the necessary analysis and then determine if Omar Khadr's Charter rights were engaged or not. Assuming the Statement of Claim to be true, it is possible (although difficult at this time to surmise from the sparse facts pleaded) that there is sufficient context for Charter rights to be engaged. Given that possibility, the Statement of Claim cannot be struck, at this point, for failing to disclose a cause of action.

[22] Since that time, the affidavits of Sergeant Labonté of the RCMP, Serge Paquette of DFAIT and William Hooper of CSIS have been filed.

des défendeurs dont l'identité est inconnue du demandeur se sont présentés au camp X-Ray pour soutirer des déclarations incriminant le demandeur en l'interrogeant et ont effectivement procédé à des interrogatoires du demandeur.

6. Ces interrogatoires du demandeur par des agents ou des employés non identifiés des défendeurs ont été menés en tout ou en partie dans le but d'aider le gouvernement des États-Unis d'Amérique à recueillir des éléments de preuve incriminant le demandeur pour les utiliser dans une procédure ultérieure devant la justice militaire.
7. À aucun moment avant les interrogatoires du demandeur faits par le défendeur, les défendeurs, ou leurs agents ou employés, n'ont informé le demandeur des raisons de sa détention ou de la nature des accusations portées contre lui, ce qui constitue une atteinte aux droits du demandeur en vertu, notamment, de l'article 7 et de l'alinéa a) de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
8. À aucun moment avant les interrogatoires du demandeur faits par le défendeur, le défendeur, ou son agent ou employé, n'a informé le demandeur de ses droits au silence ainsi qu'au recours et aux instructions données à un avocat, ce qui constitue une atteinte aux droits du demandeur en vertu, notamment, de l'article 7 et de l'alinéa b) de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Sans éléments de preuve, il est impossible d'interpréter le sens des termes [TRADUCTION] « en tout ou en partie dans le but d'aider le gouvernement des États-Unis à recueillir des éléments de preuve incriminant le demandeur ». Diverses questions appellent d'abord des réponses. Par exemple : Quel était le rôle des autorités canadiennes? Qui était chargé des entrevues? Quelles questions a-t-on posées à Omar Khadr? Comment les résultats des interrogatoires seront-ils utilisés?

Une fois qu'on aura répondu à ces questions, il sera possible d'établir le contexte et de procéder à l'analyse nécessaire pour établir si les droits d'Omar Khadr en vertu de la Charte sont touchés. Si l'on pose pour hypothèse la véracité de la déclaration, il se peut (encore qu'il soit difficile à ce point-ci de le prévoir à partir des rares faits invoqués) que le contexte soit suffisant pour faire jouer les droits conférés par la Charte. Compte tenu de cette possibilité, la déclaration ne peut être radiée à ce moment-ci pour défaut de révéler une cause d'action.

[22] Depuis, les affidavits du sergent Labonté de la GRC, de M. Serge Paquette du MAÉCI et de M. William Hooper du SCRS ont été déposés et MM. Serge

Cross-examinations of Serge Paquette and William Hooper have taken place. In addition, the plaintiff's U.S. counsel Muneer Ahmad filed a lengthy memorandum with numerous exhibits containing U.S. and Canadian documents, which (although some are heavily redacted) shed further light on the situation. Muneer Ahmad was not cross-examined on his affidavit and thus his evidence stands uncontradicted.

[23] The relevant portions of this body of evidence indicate that:

(a) Conditions at Guantanamo Bay do not meet Charter standards (FBI note dated August 2, 2004; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2J);

(b) The plaintiff is in poor mental and physical shape (plaintiff's statement to his U.S. counsel; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2F, pages 49 and 50, paragraph 21);

(c) The DFAIT/CSIS visits were not welfare visits or covert consular visits but were purely information-gathering visits with a focus on intelligence/law enforcement (DFAIT note of November 1, 2002; applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2Q, page 148, paragraph 7; and cross-examination of Serge Paquette; respondent's record, Tab 4, pages 35 and 70);

(d) Summaries of information collected in the interviews were passed on to the RCMP (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 7);

(e) Canadian agents took a primary role in the interviews, were acting independently and were not under instructions of U.S. authorities (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 22);

(f) Summaries of the information were passed on to U.S. authorities (cross-examination of William Hooper;

Paquette et William Hooper ont été contre-interrogés. Par ailleurs, l'avocat du demandeur aux États-Unis, M<sup>o</sup> Muneer Ahmad, a déposé un long mémoire auquel il a joint de nombreuses annexes dans lesquelles se trouvent des documents des États-Unis et des documents du Canada qui donnent des éclaircissements malgré le fait que certains soient difficiles à lire. M<sup>o</sup> Muneer Ahmad n'a pas été contre-interrogé au sujet de son affidavit, de sorte que son témoignage n'a pas été contredit.

[23] Il ressort ce qui suit des extraits pertinents de ces éléments de preuve :

a) Les conditions de détention à Guantanamo ne respectent pas les normes de la Charte (note du FBI datée du 2 août 2004, dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2J);

b) Le demandeur est dans un piètre état, tant sur le plan psychologique que sur le plan physique (déclaration du demandeur à son avocat aux États-Unis; dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2F, aux pages 49 et 50, paragraphe 21);

c) Les visites du MAÉCI et du SCRS n'étaient pas des visites des services sociaux ou des visites consulaires déguisées; elles visaient exclusivement à recueillir des renseignements et étaient axées sur les renseignements de sécurité et sur l'application de la loi (note du 1<sup>er</sup> novembre 2002 du MAÉCI; dossier du demandeur, affidavit d'Ahmad, onglet 2Q, à la page 148, paragraphe 7 et contre-interrogatoire de M. Serge Paquette; dossier de la défenderesse, onglet 4, aux pages 35 et 70);

d) Des résumés des renseignements recueillis lors des entrevues ont été transmis à la GRC (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 7);

e) Les agents canadiens ont joué un rôle de premier plan lors des entrevues. Ils agissaient de leur propre chef et n'avaient pas reçu d'instructions des autorités américaines (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 22);

f) Des résumés des renseignements ont été transmis aux fonctionnaires des États-Unis (contre-interrogatoire de

respondent's record, Tab 5, pages 14, 15);

(g) There is no evidence that the plaintiff was advised of his Charter rights, e.g. right to silence, right to counsel (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, pages 30-31);

(h) There is no evidence that assurances were sought or provided by U.S. authorities that the interviews would not be taped or that the evidence would not be used against the plaintiff (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, page 16); and

(i) CSIS would like to reserve the right to question the plaintiff in future so that the plaintiff can help CSIS contextualize information that they have or may acquire (cross-examination of William Hooper; respondent's record, Tab 5, pages 30 and 44).

[24] Lastly, it is of considerable significance that DFAIT's own documents advise that the purpose of the visits is dual, intelligence gathering and law enforcement. As a November 1, 2002 e-mail from DFAIT Washington stated (applicant's record, Ahmad affidavit, Tab 2Q, page 148, paragraph 10):

First, the purpose of the visit was the collection and sharing of information for intelligence and law enforcement purposes. Consular visits were a non-starter, and applications that appeared to be consular visits by other means would be scrutinized very closely—which could lead to delays. We noted that, as part of our normal practice, a Canadian mission to Guantanamo would include a DFAIT official and asked if this would [*sic*] problematic. The US responded that this would not necessarily be a problem. Foreign ministry officials had been part of the other visiting delegations. The US initially noted that these officials were often indispensable to confirming the *identification* of the detainees, but then stressed that, as long as the core of the mission—to maximize

M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 14 et 15);

g) Rien ne permet de penser que le demandeur a été informé des droits que lui garantit la Charte, par ex., son droit de garder le silence, de consulter un avocat (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 30 et 31);

h) Rien ne permet de penser que l'on a demandé aux autorités des États-Unis qu'elles garantissent que les entrevues ne seraient pas enregistrées ou que les éléments de preuve recueillis ne seraient pas utilisés contre le demandeur, ou que ces autorités aient fournies de telles garanties (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, à la page 16);

i) Le SCRS souhaiterait se réserver le droit d'interroger de nouveau le demandeur pour qu'il l'aide à mettre en contexte les renseignements que le SCRS a obtenus ou qu'ils pourrait acquérir (contre-interrogatoire de M. William Hooper; dossier de la défenderesse, onglet 5, aux pages 30 et 44).

[24] Finalement, il est fort révélateur que, dans ses propres documents, le MAÉCI indique que le but de ses visites était double : recueillir des renseignements et veiller au respect de la loi. À cet égard, dans un extrait d'un courriel en date du 1<sup>er</sup> novembre 2002 provenant des bureaux du MAÉCI à Washington, on trouve l'affirmation suivante (dossier du demandeur; affidavit d'Ahmad, onglet 2Q, à la page 148, paragraphe 10) :

[TRADUCTION] Il importe tout d'abord de rappeler que cette visite avait pour objet de recueillir et de partager des renseignements de sécurité et de veiller au respect de la loi. Toute visite consulaire était exclue et toute demande qui aurait semblé viser à obtenir une visite consulaire par des moyens détournés aurait été analysée de très près, ce qui aurait pu entraîner des retards. Nous avons expliqué que, normalement, une mission canadienne à Guantanamo compterait un fonctionnaire du MAÉCI et nous avons demandé si sa présence serait problématique. Les États-Unis ont répondu que cela ne causerait pas nécessairement un problème. D'autres délégations qui avaient effectué des visites comptaient dans leurs rangs des fonctionnaires de leur ministère des Affaires

cooperation on the intelligence and law enforcement front—was not affected, a DFAIT presence would be acceptable. [Underlining added.]

[25] The Supreme Court established in *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597 that Charter rights may apply outside Canada. As stated by Iacobucci J., at paragraph 25:

In our view, the *Charter* applies to the actions of the Vancouver detectives in interviewing the appellant in New Orleans. Two factors are critical to this conclusion and provide helpful guidelines for recognizing those rare circumstances where the *Charter* may apply outside of Canada: (1) the impugned act falls within s. 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, in this particular case, interfere with the sovereign authority of the foreign state and thereby generate an objectionable extraterritorial effect.

[26] *Cook*, of course, concerned the actions of Vancouver police in the U.S. for the purpose of obtaining evidence in support of a prosecution in Canada. Bastarache J. in his concurring reasons stated at paragraph 127:

If the Canadian officials were primarily responsible for obtaining the evidence in a manner which violated the *Charter*, then the *Charter* will apply to them and to the evidence obtained by them.

[27] In the present case, there is no question of a prosecution or even an investigation in Canada. Canadian agents are in the U.S., with the permission of the U.S., for the purpose of gathering intelligence. By their own admission, Canadian agents took a primary and directing role in previous interviews and can be expected to do the same in future questioning. However, the U.S. authorities were provided with summaries of the interviews, they may have taped the interviews, and any such information may be used in proceedings against the plaintiff as an enemy combatant. There is no

étrangères. Les États-Unis ont d'abord signalé que la présence de ces fonctionnaires était souvent indispensable pour confirmer l'*identité* des détenus pour ensuite souligner que dès lors que le but essentiel de la mission—maximiser la collaboration en matière de collecte de renseignements et d'application de la loi—n'était pas touché, la présence du MAÉCI serait acceptable. [Non souligné dans l'original.]

[25] La Cour suprême a déclaré, dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, que les droits consacrés par la Charte peuvent s'appliquer à l'extérieur du Canada. Ainsi que le juge Iacobucci l'a expliqué, au paragraphe 25 :

À notre avis, la *Charte* s'applique aux actes des détectives de Vancouver qui ont interrogé l'appelant à La Nouvelle-Orléans. Deux facteurs décisifs autorisent cette conclusion et fournissent des indications utiles pour reconnaître les rares circonstances où la *Charte* peut s'appliquer à l'étranger : premièrement, l'acte reproché tombe sous le coup du par. 32(1) de la *Charte*; deuxièmement, l'application de la *Charte* aux actes des détectives canadiens aux États-Unis ne constitue pas, dans ce cas particulier, une atteinte à l'autorité souveraine de l'État étranger et ne produit donc pas d'effet extraterritorial inacceptable.

[26] L'affaire *Cook* concernait, bien sûr, des mesures prises par des policiers de Vancouver aux États-Unis pour recueillir des éléments de preuve en vue d'intenter des poursuites au Canada. Le juge Bastarache a dit ce qui suit, dans ses motifs concourants, au paragraphe 127 :

Si l'obtention des éléments de preuve de façon contraire à la *Charte* est principalement imputable aux fonctionnaires canadiens, ces derniers ainsi que la preuve qu'ils auront recueillie seront assujettis à la *Charte*.

[27] En l'espèce, il n'est pas question de poursuite ou même d'enquête menée au Canada. Les agents canadiens se trouvent aux États-Unis, avec la permission des États-Unis, dans le but d'y recueillir des renseignements. De leur propre aveu, les agents canadiens ont joué un rôle important dans les entrevues qui ont eu lieu : ce sont eux qui ont dirigé ces entrevues et on peut s'attendre à ce qu'ils fassent de même à l'avenir. Les États-Unis ont toutefois obtenu un résumé de ces entrevues et il se peut qu'ils les aient enregistrées de sorte que les renseignements obtenus peuvent être

evidence that any future questioning will be conducted under different rules.

[28] Once all the evidence as to what happened at Guantanamo Bay is in, the Court will have to decide whether it makes any difference that the information may be used for a U.S. prosecution, as opposed to a Canadian prosecution. The plaintiff will argue that it should not. As long as Canadian officials are primarily responsible for obtaining information from the plaintiff, he is entitled to the protection of the Charter. The defendant, undoubtedly, will submit that the Charter is not engaged unless there are prosecutorial consequences in Canada.

[29] By seeking to prohibit Canadian security agents from questioning him further, the plaintiff is really invoking the Charter to prevent any future U.S. prosecution from being aided by information obtained through questioning by Canadian security agents (such agents who are, in his view, acting in violation of the Charter).

[30] If the new evidence is proven to the satisfaction of the Court at trial, in light of the evidence regarding the detention and questioning at Guantanamo Bay, the Court will have to decide if the conditions of *Cook* apply. Depending on the evidence, there may be a sufficient nexus between the investigation by Canadian agents, the passing of information to the U.S. and subsequent prosecution by the U.S. to engage the Charter. Thus, the defendant's second contention will have to be dealt with at trial and cannot, nor should it be, disposed of in this motion. The evidence presented via affidavits and cross-examinations, while helpful, is not in itself determinative.

utilisés dans tout procès qui pourrait être intenté contre le demandeur en tant que combattant ennemi. Rien ne nous autorise à croire qu'une procédure différente serait suivie en ce qui concerne les interrogatoires qui pourraient avoir lieu à l'avenir.

[28] Une fois que tous les éléments de preuve portant sur ce qui s'est produit à Guantanamo auront été recueillis, le tribunal aura à décider si le fait que ces renseignements puissent être utilisés en vue d'intenter un procès aux États-Unis plutôt qu'au Canada tire à conséquence. Le demandeur soutiendra que cela ne devrait pas faire de différence. Dès lors que des fonctionnaires canadiens sont principalement responsables d'obtenir des renseignements du demandeur, celui-ci a droit à la protection de la Charte. La défenderesse affirmera sans doute que la Charte ne s'applique que si des poursuites sont engagées au Canada.

[29] En cherchant à empêcher les agents des services de sécurité canadiens de l'interroger à nouveau, le demandeur invoque en réalité la Charte afin d'empêcher que les renseignements qu'obtiendraient les agents des services de sécurité canadiens qui l'interrogeraient (et qui, à son avis, agiraient en violation de la Charte) soient utilisés dans le cadre de tout procès qui pourrait à l'avenir être intenté aux États-Unis.

[30] Si les nouveaux éléments de preuve sont établis à la satisfaction du tribunal lors du procès à la lumière des éléments de preuve concernant la détention et l'interrogatoire à Guantanamo, le tribunal devra alors décider si les conditions énumérées dans l'arrêt *Cook* sont réunies. Selon la preuve qui sera produite, on pourrait constater l'existence d'un lien suffisant entre l'enquête menée par les agents canadiens, la transmission des renseignements aux États-Unis et les poursuites qui pourraient par la suite être engagées aux États-Unis pour que la Charte s'applique. Ainsi, la deuxième prétention de la défenderesse devra être examinée au procès et ne peut pas et ne doit pas être tranchée dans le cadre de la présente requête. Bien qu'utile, la preuve soumise sous forme d'affidavits et de contre-interrogatoires n'est pas en soi concluante.

Issue No. 3—Does the plaintiff meet the threefold conjunctive test set out in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311?

Serious issue

[31] Proceeding to the defendant's third contention regarding the three-fold conjunctive test of *RJR-MacDonald*, the Court notes that the defendant does not dispute that there is a serious issue, namely whether Charter rights were engaged when CSIS or DFAIT interviewed the plaintiff in Guantanamo Bay. Thus, the plaintiff clearly meets this leg of the test.

Irreparable harm

[32] Will the plaintiff suffer irreparable harm if the injunction is not granted? The plaintiff is being held in the custody of the U.S. and he will face serious charges regarding his activities in Afghanistan and his Al-Qaida membership. There is no evidence as to whether the interviews are tape recorded. No assurances were sought that they would not be recorded. The summaries of his interviews are being provided to his U.S. captors. It is not known for what purpose they will be used and CSIS has refused to undertake to inform itself as to what use they would be put.

[33] It is unclear what form the U.S. prosecution against the plaintiff will take and what rules of procedure and evidence will apply. The rules of procedure employed thus far regarding detainees at Guantanamo Bay suggest that little confidence is warranted that material obtained by CSIS will not be used against the plaintiff (Ahmad affidavit; U.S. documents regarding detention, treatment and trial of combatants in war on terrorism; applicant's record, Tabs 2U, V, and W).

[34] Although not so stated, the defendant in effect argues that it has a right to question the plaintiff as long as it is done for national security purposes. It claims there will be no consequences in Canada for the plaintiff as a result of this questioning. If the plaintiff does not

Troisième question—Le demandeur satisfait-il au critère conjonctif à trois volets posé dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311?

La question sérieuse à juger

[31] Sur le troisième argument de la défenderesse portant sur le critère conjonctif à trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, la Cour relève que la défenderesse ne conteste pas qu'il existe une question sérieuse à juger, en l'occurrence de savoir si des droits protégés par la Charte étaient en cause lorsque le demandeur a été interrogé par le SCRS ou par le MAÉCI à Guantanamo. Le demandeur satisfait donc de toute évidence au premier volet du critère.

Le préjudice irréparable

[32] Le demandeur subira-t-il un préjudice irréparable si l'injonction ne lui est pas accordée? Le demandeur est détenu aux États-Unis où il risque de faire l'objet de graves accusations en ce qui concerne ses activités en Afghanistan et son appartenance à Al-Qaïda. Rien ne permet de savoir si les entrevues ont été enregistrées sur bande magnétique. On n'a pas demandé aux autorités des États-Unis de s'engager à ne pas les enregistrer. Un résumé des entrevues du demandeur a été transmis à ces autorités. On ignore à quelle fin ce résumé va servir et le SCRS a refusé de s'engager à s'informer à ce sujet.

[33] On ne sait pas avec certitude quelle forme prendront les poursuites que les États-Unis pourraient intenter contre le demandeur et quelles règles de procédure et de preuve s'appliqueraient. Les règles de procédure employées jusqu'ici au sujet des détenus de Guantanamo ne permettent pas de penser que les éléments obtenus par le SCRS ne seront pas utilisés contre le demandeur (affiavit d'Ahmad; documents des États-Unis concernant la détention, le traitement et le procès des combattants dans le cadre de la guerre au terrorisme; dossier du demandeur, onglets 2U, V et W).

[34] Sans le dire explicitement, la défenderesse laisse entendre en réalité qu'elle a le droit d'interroger le demandeur à condition de le faire pour la sécurité nationale. Elle affirme que cet interrogatoire n'entraînera aucune conséquence pour le demandeur au Canada.

want to answer, he does not have to. He, however, should have the option of assisting the defendant if he changes his mind and wants to cooperate. Any possibility of prosecution by the U.S. based on the interviews is remote and purely speculative.

[35] I find it difficult to agree with the defendant's submission. Evidently, the plaintiff seeks the protection of this Court from further questioning. It stands to reason that he feels he is not completely free to resist questioning of his own accord. Obviously, if an injunction is issued and he changes his mind, he could always apply to have the injunction lifted. While CSIS and DFAIT have a duty to collect information for national security purposes, I fail to see anything amounting to the right to question a person who does not want to be questioned. Whether DFAIT and/or CSIS should have such a right, or need such a right is something for Parliament to decide, it should not be established by judicial interpretation.

[36] In addition, DFAIT itself stated that "the core of the mission [was] to maximize cooperation on the intelligence and law enforcement front" (see paragraph 24 above). DFAIT and CSIS refused to undertake during cross-examination to inform themselves as to how the U.S. would use information provided to it as a result of interviews with the plaintiff.

[37] DFAIT and CSIS also refused on cross-examination to undertake to inform themselves as to whether assurances were sought from the U.S. (or given by the U.S.) as to the future use of any information obtained by Canadian agents from the plaintiff and provided to the U.S. This leads the Court to draw an adverse inference that such information will be used against the plaintiff. In the absence of such evidence, it is impossible at this stage to determine if prosecution by the U.S. is too remote and purely speculative. Given the gravity of the allegations against him, any U.S. prosecution may entail irreparable harm. I am convinced that on the basis of evidence presented thus far (and on the failure of the defendant to present evidence

Le demandeur n'est pas obligé de répondre s'il ne le souhaite pas. Il devrait toutefois avoir la possibilité d'aider la défenderesse s'il change d'avis et désire collaborer. Le risque qu'il soit poursuivi aux États-Unis en raison de ces entrevues est faible et relève de la pure conjecture.

[35] J'ai du mal à souscrire à la position de la défenderesse. De toute évidence, le demandeur réclame la protection de la Cour contre tout autre interrogatoire. On peut comprendre qu'il estime qu'il n'est pas entièrement libre de refuser de se soumettre à d'autres interrogatoires. Manifestement, si la Cour prononce une injonction et que le demandeur change d'avis, il peut toujours demander la levée de l'injonction. Certes, le SCRS et le MAÉCI ont l'obligation de recueillir des renseignements à des fins de sécurité nationale, mais rien selon moi ne permet de penser qu'ils ont le droit d'interroger une personne qui ne veut pas être interrogée. C'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de décider si le MAÉCI et/ou le SCRS devraient avoir ce droit ou s'ils ont besoin de ce droit.

[36] Qui plus est, le MAÉCI a lui-même reconnu que [TRADUCTION] « le but essentiel de la mission—maximiser la collaboration en matière de collecte de renseignements et d'application de la loi » (paragraphe 24 des présents motifs). Le MAÉCI et le SCRS ont refusé de s'engager, au cours du contre-interrogatoire, à s'informer sur l'utilisation que les États-Unis feraient des renseignements qui leur sont communiqués par suite des entrevues réalisées auprès du demandeur.

[37] Le MAÉCI et le SCRS ont également refusé lors du contre-interrogatoire de s'engager à vérifier si des assurances avaient été demandées aux États-Unis (ou données par les États-Unis) au sujet de l'utilisation future des renseignements qui ont été recueillis auprès du demandeur par les agents canadiens et qui ont été communiqués aux États-Unis. La Cour en a tiré une inférence défavorable en concluant que ces renseignements seraient utilisés contre le demandeur. Faute d'éléments de preuve de cette nature, il est impossible à cette étape-ci de déterminer si les risques de poursuites aux États-Unis sont trop faibles et s'ils relèvent de la pure conjecture. Compte tenu de la gravité des accusations portées contre le demandeur, tout procès

regarding use by the U.S. of the results of the plaintiff's questioning) the plaintiff has met the irreparable harm leg of the *RJR-MacDonald*, test.

### Balance of convenience

[38] As the above quote from Robert J. Sharpe points out, balance of convenience is usually a difficult issue in Charter injunction cases as it involves balancing the public interest against the interest of the individual litigant. The basic principle was clearly stated in *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791 (C.A.) [at page 795]:

When a public authority is prevented from exercising its statutory powers, it can be said, (. . .) that the public interest, of which that authority is the guardian, suffers irreparable harm;

[39] In this case the defendant argues:

(a) The courts should be loath to define how CSIS may conduct its intelligence-gathering activities. There are already restrictions with regard to CSIS' ability to gather intelligence through intrusive measures without a court order. Any further non-statutory restriction on the ability of CSIS or other government agencies to discover and counter potential threats to Canada's national security would be extremely prejudicial to the public interest.

(b) American authorities have not yet allowed the Canadian government to exercise consular access to the plaintiff. The visits complained of in the amended statement of claim involving DFAIT officials were, at that point in time, the only opportunity for Canadian officials to observe and evaluate the plaintiff's well-

qui serait intenté contre lui aux États-Unis pourrait lui causer un préjudice irréparable. Je suis convaincu, sur le fondement des éléments de preuve présentés jusqu'ici— et compte tenu du défaut de la défenderesse de présenter des éléments de preuve au sujet de l'utilisation que les États-Unis feraient des interrogatoires du demandeur— que le demandeur a satisfait au volet du critère de l'arrêt *RJR-MacDonald* relatif au préjudice irréparable.

### Prépondérance des inconvénients

[38] Ainsi que l'extrait précité de l'ouvrage de Robert J. Sharpe le démontre, la prépondérance des inconvénients est d'habitude une question difficile à trancher dans les affaires dans lesquelles une injonction est réclamée et où la Charte est invoquée, car il faut alors pondérer l'intérêt du public et celui du plaideur. Le principe de base a été clairement formulé dans la décision *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.) [à la page 795] :

Lorsqu'on empêche un organisme public d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère, on peut alors affirmer [. . .] que l'intérêt public, dont cet organisme est le gardien, subit un tort irréparable;

[39] Dans le cas qui nous occupe, la défenderesse soutient que :

a) les tribunaux devraient répugner à définir comment le SCRS peut mener ses activités de cueillette de renseignements. Il existe déjà des restrictions en ce qui concerne la capacité du SCRS de recueillir des renseignements en recourant à des mesures attentatoires sans qu'il soit nécessaire d'obtenir d'ordonnance judiciaire. Toute autre restriction non prévue par la loi apportée à la capacité du SCRS ou d'autres organismes gouvernementaux de découvrir et de contrer les menaces éventuelles à la sécurité nationale du Canada nuirait considérablement à l'intérêt public.

b) Les autorités des États-Unis n'ont pas encore permis aux autorités consulaires canadiennes de rencontrer le demandeur. Les visites dont il est fait état dans la déclaration modifiée et qui mettaient en cause des fonctionnaires du MAÉCI étaient, à ce moment-là, la seule occasion donnée à des fonctionnaires canadiens



being. Any restriction on the ability of DFAIT officers to visit the plaintiff in the future may hinder DFAIT's ability to provide services to him and will not improve DFAIT's chances of obtaining permission for future access from the American authorities.

[40] The defendant relies on *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110 where Beetz J. stated at pages 135-136:

Whether or not they are ultimately held to be constitutional, the laws which litigants seek to suspend or from which they seek to be exempted by way of interlocutory injunctive relief have been enacted by democratically-elected legislatures and are generally passed for the common good, for instance: the providing and financing of public services such as educational services, or of public utilities such as electricity, the protection of public health, natural resources and the environment, the repression of what is considered to be criminal activity, the controlling of economic activity such as the containing of inflation, the regulation of labour relations, etc. It seems axiomatic that the granting of interlocutory injunctive relief in most suspension cases and, up to a point, as will be seen later, in quite a few exemption cases, is susceptible temporarily to frustrate the pursuit of the common good.

While respect for the Constitution must remain paramount, the question then arises whether it is equitable and just to deprive the public, or important sectors thereof, from the protection and advantages of impugned legislation, the invalidity of which is merely uncertain, unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and is given the weight it deserves. As could be expected, the courts have generally answered this question in the negative. In looking at the balance of convenience, they have found it necessary to rise above the interests of private litigants up to the level of the public interest, and, in cases involving interlocutory injunctions directed at statutory authorities, they have correctly held it is erroneous to deal with these authorities as if they have any interest distinct from that of the public to which they owe the duties imposed upon them by statute. [Emphasis added by the defendant.]

d'observer le demandeur et de s'enquérir de son bien-être. Toute restriction qui pourrait être à l'avenir apportée à la capacité des fonctionnaires du MAÉCI de rendre visite au demandeur risquerait d'entraver la capacité du MAÉCI de lui fournir des services et n'améliorerait pas les chances du MAÉCI d'obtenir des autorités des États-Unis la permission de rencontrer le demandeur à l'avenir.

[40] La défenderesse invoque l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, où le juge Beetz dit ce qui suit, aux pages 135 et 136 :

Qu'elles soient ou non finalement jugées constitutionnelles, les lois dont les plaideurs cherchent à obtenir la suspension, ou de l'application desquelles ils demandent d'être exemptés par voie d'injonction interlocutoire, ont été adoptées par des législatures démocratiquement élues et visent généralement le bien commun, par exemple : assurer et financer des services publics tels que des services éducatifs ou l'électricité; protéger la santé publique, les ressources naturelles et l'environnement; réprimer toute activité considérée comme criminelle; diriger les activités économiques notamment par l'endiguement de l'inflation et la réglementation des relations du travail, etc. Il semble bien évident qu'une injonction interlocutoire dans la plupart des cas de suspension et, jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir plus loin, dans un bon nombre de cas d'exemption, risque de contrecarrer temporairement la poursuite du bien commun.

Quoique le respect de la Constitution doive conserver son caractère primordial, il y a lieu à ce moment-là de se demander s'il est juste et équitable de priver le public, ou d'importants secteurs du public, de la protection et des avantages conférés par la loi attaquée, dont l'invalidité n'est qu'incertaine, sans tenir compte de l'intérêt public dans l'évaluation de la prépondérance des inconvénients et sans lui accorder l'importance qu'il mérite. Comme il fallait s'y attendre, les tribunaux ont généralement répondu à cette question par la négative. Sur la question de la prépondérance des inconvénients, ils ont jugé nécessaire de subordonner les intérêts des plaideurs privés à l'intérêt public et, dans les cas où il s'agit d'injonctions interlocutoires adressées à des organismes constitués en vertu d'une loi, ils ont conclu à bon droit que c'est une erreur que d'agir à leur égard comme s'ils avaient un intérêt distinct de celui du public au bénéfice duquel ils sont tenus de remplir les fonctions que leur impose la loi. [Passage souligné par la défenderesse.]

[41] *Metropolitan Stores*, is indeed one of the key cases regarding suspension or exemption of statutes while their constitutionality is being litigated. The principles of *Metropolitan Stores* should also be applied in the present case. However, it should be borne in mind that in this case there is no question of suspension or exemption from the *Canadian Security Intelligence Service Act* [R.S.C., 1985, c. C-23] or the DFAIT Act *Department of Foreign Affairs and International Trade Act* [R.S.C., 1985, c. E-22, s. 1 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 2)] due to a constitutional attack on those statutes. Rather, the plaintiff asks that intelligence-gathering activities that relate to him are enjoined while he is in U.S. custody and subject to an as yet undetermined legal process.

[42] The final conclusion reached by Beetz J. in *Metropolitan Stores* can be found at page 150, namely:

On the whole, I thus find myself in agreement with the following excerpt from Sharpe, *op. cit.*, at pp. 176-77:

Indeed, in many situations, problems will arise if no account is taken of the general public interest where interlocutory relief is sought. In assessing the risk of harm to the defendant from an interlocutory injunction which might later be dissolved at trial, the courts may be expected to be conscious of the public interest. Too ready availability of interlocutory relief against government and its agencies could disrupt the orderly functioning of government.

[43] Applying this finding to the present case, one must weigh CSIS' legitimate intelligence gathering in the name of fighting Al-Qaida and DFAIT's activities in support of Canadians abroad, against the danger to the plaintiff that any information extracted from him may be used in proceedings against him, which may lead to his long term imprisonment or worse. In other words, will the public interest suffer irreparable harm if CSIS is deprived of any future opportunity to question the plaintiff?

[41] L'arrêt *Metropolitan Stores*, est effectivement un des arrêts de principe en ce qui concerne la suspension ou l'exemption d'application des lois pendant que leur constitutionnalité est débattue devant les tribunaux. Les principes dégagés dans l'arrêt *Metropolitan Stores* devraient aussi s'appliquer en l'espèce. Il ne faut toutefois pas oublier qu'en l'espèce, il n'est pas question de la suspension ou de l'exemption d'application de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* [L.R.C. (1985), ch. C-23] ou de la *Loi sur le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international* [L.R.C. (1985), ch. E-22, art. 1 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 2)] par suite d'une contestation de la constitutionnalité de ces lois. Le demandeur réclame plutôt l'interdiction des activités de cueillette de renseignements qui le concernent tant qu'il est détenu aux États-Unis et qu'il risque de faire l'objet de poursuites en justice dont la nature reste à préciser.

[42] La conclusion finale tirée par le juge Beetz dans l'arrêt *Metropolitan Stores* se trouve à la page 150 :

Dans l'ensemble, j'approuve donc le passage suivant tiré de Sharpe, *op. cit.*, aux pp. 176 et 177 :

[TRADUCTION] En fait, dans bien des situations, des problèmes surgiront si l'intérêt public général n'est pas pris en considération lorsqu'on demande un redressement interlocutoire. On peut s'attendre que, dans l'appréciation du risque de préjudice que peut présenter pour un défendeur une injonction interlocutoire susceptible d'être annulée au procès, les tribunaux aient à l'esprit l'intérêt public. S'il était trop facile d'obtenir un redressement interlocutoire contre le gouvernement et ses organismes, cela pourrait venir perturber le bon fonctionnement du gouvernement.

[43] Si l'on applique cette conclusion au cas qui nous occupe, on doit pondérer les activités légitimes de cueillette de renseignements effectuées par le SCRS en vue de lutter contre Al-Qaïda et les activités exercées par le MAÉCI à l'appui des Canadiens qui se trouvent à l'étranger avec le risque que court le demandeur que les renseignements obtenus de lui soient utilisés dans des poursuites intentées contre lui qui seraient susceptibles de prolonger son incarcération ou de l'exposer à des conséquences pires encore. En d'autres termes, l'intérêt public subira-t-il un préjudice irréparable si l'on prive le SCRS de toute autre possibilité d'interroger le demandeur?

[44] It strikes me that when so posited, the balance of convenience (fully taking into account the public interest as served by the activities of CSIS and DFAIT and the public's need to have the protection of these organizations in the fight against terrorism) has to lie in favour of the plaintiff. First of all, the plaintiff is in captivity and, at the very least, his freedom is at stake. Secondly, it is questionable whether after three years of captivity the plaintiff still has any information of use to CSIS or DFAIT. Thirdly, given the conditions at Guantanamo Bay, there is considerable doubt as to whether he is free to decide (without fear of consequences) whether he wants to be interviewed by CSIS/DFAIT agents. Fourthly, there is also another public interest at play and that is assuring that Canadian officials, when questioning Canadians (whether in Canada or abroad) respect the Charter. Thus, the danger to the public interest caused by CSIS/DFAIT agents not being able to access the plaintiff is outweighed by the possible conviction of the plaintiff in the U.S. on the basis of evidence obtained in violation of the Charter.

[45] In *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), (admittedly another case dealing with suspension or exemption from an allegedly unconstitutional law but containing persuasive reasoning that can equally be applied here), Linden J. stated, at page 668:

In my view, therefore, the balance of convenience normally dictates that those who challenge the constitutional validity of laws must obey those laws pending the court's decision. If the law is eventually proclaimed unconstitutional, then it need no longer be complied with, but until that time, it must be respected and this court will not enjoin its enforcement. Such a course of action seems to be the best method of ensuring that our society will continue to respect the law at the same time as it is being challenged in an orderly way in the courts. This does not mean, however, that in exceptional circumstances this court is precluded from granting an interim injunction to prevent grave injustice, but that will be rare indeed.

[44] Je suis frappé par le fait que, lorsqu'il est présenté de cette façon, le critère de la prépondérance des inconvénients (en tenant pleinement compte de l'intérêt public qui est servi par les activités du SCRS et du MAÉCI et de la nécessité pour le public de bénéficier de la protection de ces organismes dans la lutte contre le terrorisme) favorise nécessairement le demandeur. Rappelons tout d'abord que le demandeur est incarcéré et que le moins qu'on puisse dire, c'est que sa liberté est en jeu. Deuxièmement, il y a lieu de se demander si, après trois années de captivité, le demandeur possède encore des renseignements qui peuvent être utiles pour le SCRS ou le MAÉCI. Troisièmement, compte tenu des conditions de détention à Guantanamo, il y a fortement lieu de douter que le demandeur soit libre de décider (sans craindre les conséquences) s'il souhaite ou non être interrogé par des agents du SCRS ou du MAÉCI. Quatrièmement, il y a un autre intérêt public en jeu, en l'occurrence celui de s'assurer que lorsqu'ils interrogent des Canadiens (au Canada ou à l'étranger), les fonctionnaires canadiens respectent la Charte. Ainsi, le risque que court le demandeur d'être condamné aux États-Unis sur la foi d'éléments de preuve obtenus en violation de la Charte l'emporte sur le danger que représente pour l'intérêt public l'impossibilité pour les fonctionnaires du SCRS et du MAÉCI de rencontrer le demandeur.

[45] Dans l'arrêt *Morgentaler et al. c. Ackroyd et al.* (1983), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), (qui, il est vrai, portait aussi sur la suspension ou l'exemption d'application d'une loi dont la constitutionnalité était contestée mais dans lequel on trouve un raisonnement convaincant qui s'applique également au cas qui nous occupe), le juge Linden déclare, à la page 668 :

[TRADUCTION] À mon avis donc, la règle du plus grand préjudice dicte normalement que ceux qui contestent la validité constitutionnelle des lois doivent leur obéir tant que la cour n'a pas statué. Si la loi est en fin de compte jugée inconstitutionnelle, il n'y a plus lieu alors de la respecter, mais jusqu'à ce moment, elle doit être appliquée et la cour n'ordonnera pas qu'elle ne le soit pas. Cette solution paraît être le meilleur moyen d'assurer dans notre société le respect de la loi au moment même où elle est contestée régulièrement devant les tribunaux. Cela ne signifie pas, toutefois que, dans des cas exceptionnels, il ne sera pas permis à la cour d'accorder une injonction provisoire pour prévenir une grave

[Underlining added.]

[46] In my view, the present case is one of these rare exceptional cases where granting an injunction is required to prevent a potential grave injustice. Accordingly, an interim injunction will issue prohibiting the defendant and its agents from conducting any further interviews of the plaintiff pending the trial of this action.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The defendant and its agents are prohibited from conducting any further interviews or questioning of the plaintiff pending trial of this action. However, nothing in this order shall detract from or interfere with any efforts of the defendant to provide consular assistance to the plaintiff.
2. Costs of this motion to follow the cause.

injustice, mais ces cas seront évidemment très rares. [Non souligné dans l'original.]

[46] À mon avis, la présente affaire est un de ces cas rares et exceptionnels où il y a lieu d'accorder une injonction pour empêcher une éventuelle injustice grave. En conséquence, la Cour prononcera une injonction provisoire interdisant à la défenderesse et à ses agents d'interroger à nouveau le demandeur en attendant que la présente action soit jugée.

#### ORDONNANCE

LA COUR :

1. Interdit à la défenderesse et à ses agents de procéder à d'autres entrevues ou interrogatoires du demandeur en attendant que la présente action soit jugée et dit que la présente ordonnance ne doit d'aucune façon atténuer ou modifier les mesures prises par la défenderesse pour offrir de l'assistance consulaire au demandeur;
2. Dit que les dépens de la présente requête suivront le sort du principal.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

Application for stay of removal order within application for leave to bring application for judicial review—Applications based on allegation applicant having made arrangement with then Minister of Citizenship and Immigration to have immigration problems resolved in exchange for pizzas and election volunteers, that Minister reneging on arrangement, influencing departmental officers (especially officer deciding humanitarian and compassionate (H&C) application)—Applicant alleging circumstances raising reasonable apprehension of bias—Applicant living in Canada since 1988 without legal status—Legal history in Canada including failed refugee claim, multiple failed immigration proceedings, judicial reviews, criminal convictions in India, criminal charges in Canada, active participation in credit card fraud scheme—Applicant’s sixth H&C application subject-matter of application for judicial review—Scheduled for removal to India on July 10, 2004, but failed to attend pre-removal interview—Warrant for arrest requested but inexplicably never issued—Last H&C application denied—Applicant’s failure to report to Immigration Centre leading to arrest and detention—Commencing judicial review proceedings of detention to which stay application relating—Sole issue whether applicant meeting tripartite test for injunctive relief set out in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 F.C. 535 (C.A.)—(1) “Serious issue” must have *prima facie* credible basis—Test for reasonable apprehension of bias involving determination of what informed person, viewing matter realistically and practically, would conclude—Respondent’s failure to rebut bias allegations troubling, but not fatal—While affidavit evidence presumed credible, specific affidavit must be assessed in light of evidence as a whole—Whether affidavit evidence according with common sense—Applicant fighting tenaciously to stay in Canada, losing every immigration proceeding; evidence found to be unreliable; evidence of respondent’s officials inconsistent with applicant’s central thesis—Thesis relied on i.e. experienced politician would risk career, reputation, legal sanctions to assist person unknown to her in exchange for free pizzas,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

lacking common sense—No confirmatory evidence filed—Questions raised by failure to issue warrant during election campaign mere speculation—Evidence not establishing H&C decision expedited or influenced in any manner, confirming contact between Ottawa and field officer for file briefing not unusual when high profile matter involved—Applicant’s story not according with common sense; lacking “ring of truth” necessary to establish low threshold of serious issue—(2) Applicant not establishing existence of irreparable harm if relief not granted—Principal harm alleged difficulty in conducting ongoing litigation from outside Canada—Not establishing any practical difficulties—Other harm alleged, such as business interruption, health concerns, family separation, natural consequences of deportation—(3) Applicant not establishing balance of convenience favouring stay—Claiming public interest favouring temporary stay because of nature of allegations, impact on integrity of immigration system—Supreme Court holding where public interest relied on, applicant must establish public interest in applicant’s favour—Mere allegations insufficient to establish public interest favouring further delay in removal—Past delays reflecting adversely on system—Speedy resolution of applicant’s case in public interest—Public interest and balance of convenience favouring enforcement of removal order at earliest opportunity—Application dismissed.

SINGH V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (IMM-223-05, 2005 FC 159, Phelan J., order dated 1/2/05, 12 pp.)

### *Inadmissible Persons*

Applicant, detained since 2001 as result of security certificate, applied for review of detention pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 84(2)—Recital of facts, public evidence, previous testimony, positions of parties—Focus of Act, s. 84(2) whether or not foreign national (i.e. applicant) will be removed within reasonable time—If evidence removal will not occur within reasonable time, necessary to consider whether release would pose danger to national security, safety of any person—Conditions of detention, coupled with lengthy detention, may be such that in

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

some circumstances, “within reasonable time” taking significance of “urgency”—Here, applicant’s detention lengthy, and he has been held in solitary confinement for most of detention in institution designed for short-term incarceration—These conditions unacceptable—Because delay in effecting applicant’s removal primarily a result of his pursuit of legal remedies to prevent it, Court having discretion to discount some or all of resulting delay—However, because of unacceptable detention conditions, Court not exercising that discretion—Deportation not possible until Act, s. 115(2)(b) danger opinion re: applicant completed—Preparation of that opinion likely to take more time as result of risk of deportation to torture—Also, hearing of applicant’s appeal before S.C.C. in related matter several months away, arguable applicant will not be removed before then—For these reasons, applicant’s removal not imminent, will not occur within reasonable time—First criterion for release met—However, applicant’s release would constitute danger to national security, safety of any person because of his participation in jihad, document forgery—As to meaning of phrase “danger to the security of Canada”, guidance derived from comments of S.C.C. in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3—Here, undisputed evidence pre-eminent terrorist threat to North America emanating from jihadist movement—Question whether applicant adopted Islamic extremism—Based on evidence (e.g. applicant’s association with Islamic fundamentalists, frequent returns to terrorist training camps), applicant’s participation in jihad gave rise to objectively reasonable suspicion applicant adopted Islamic extremist ideology espoused by Usama bin Laden—Evidence in present instance also gave rise to objectively reasonable suspicion applicant participated in network involved in forged documentation—Fact terrorists rely on false documentation to facilitate travel undisputed—Combination of applicant’s participation in jihad, adoption of Islamic extremist ideology espoused by Usama bin Laden, participation in network involved in forged documentation leading to conclusion applicant danger to national security, safety of any person—Passage of time combined with severance of contact, imposition of conditions, not neutralizing danger—No mechanisms ensuring applicant’s compliance with conditions Court could order—As such, applicant could not be released—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 84(2), 115(2)(b).

ALMREI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (DES-5-01, 2005 FC 1645, Layden-Stevenson J., order dated 5/12/05, 176 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Judicial review of pre-removal risk assessment officer’s decision denying exemption application on humanitarian and compassionate grounds (H&C) for permanent residence—Principal applicant, citizen of Mexico, Honduras; dependent

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

applicants, Mexican—Applications for Convention refugee status based on principal applicant’s alleged fear of persecution in Mexico, Honduras for perceived political opinion, membership in particular social group as former bank employee involved in bank fraud investigation—Convention refugee application and leave for judicial review denied—Applicants making both pre-removal risk assessment (PRRA) and H&C applications prior to removal—PRRA officer determining applicants would not be subjected to risk of persecution, torture, risk to life or risk of cruel and unusual treatment or punishment if returned to countries of nationality—Same officer also refusing H&C application on same day, describing applicants’ establishment in Canada as “minimal”—(1) Officer not breaching procedural fairness by not giving applicants opportunity to review PRRA determination, provide comments before rendering H&C decision—Officer not having duty to disclose analysis of risk of return since no third party involved in decision making: *Zolotareva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 241 F.T.R. 289 (F.C.)—(2) Assessment of H&C application must take into account best interests of children affected by decision: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817—According to *Baker*, officer obliged to be alert, alive and sensitive to best interests of children—Whether Immigration and Refugee Protection Act, ss. 25(1), 3(3)(f) placing much higher burden upon officer to consider interests of children and rendering those interests as “paramount” consideration in H&C decision—Evidence showing interest of children considered as primary in decision—Nothing suggesting children would be at risk or incapable of successfully re-establishing themselves if returned to countries of nationality—Fact children having greater comfort, better future opportunities in Canada not conclusive in H&C decision—(3) Not role of Court to re-weigh evidence as to establishment in Canada, substitute own opinion for officer’s—H&C determination involving appropriate weighing and balancing of wide range of factors in each case—All circumstances of case taken into account and officer weighing appropriate factors, notwithstanding use of word “minimal” in another part of decision—“Decision and reasons” section of H&C form revealing officer paying due regard to establishment factors in application—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3)(f), 25(1).

VASQUEZ V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1880-04, 2005 FC 91, Russell J., order dated 20/1/05, 19 pp.)

**CROWN****REAL PROPERTY**

Application for declaration residential leases in Riding Mountain National Park entitled to right of renewal every 42

**CROWN—Concluded**

years in perpetuity—Leases originally granted by Federal Crown between 1934 and 1959 containing options allowing renewal for further 42 years in perpetuity—None of plaintiffs, who have leasehold interest, original leaseholder from that period—From 1965 to 1970, government pursued new policy governing leases in parks—Under that policy, to obtain change in leasehold ownership, surrender of original lease, execution of new standard lease for 42-year term without provision for renewal, required—At time of issuance of statement of claim, all plaintiffs held new leases not providing for right of perpetual renewal—Some of plaintiffs first holders of new leases, others obtained interest through assignment—Assignment documentation sufficiently comprehensive to create chain of interest between original holders of perpetual leases and plaintiffs, and give them standing to bring claim—Although at time of surrenders, original assignees felt Crown's actions unfair, unlawful, they opted not to pursue legal action but to wait for political solution—Given significant lapse of time, plaintiffs' claim surrenders unlawful, time-barred—Manitoba Limitations of Actions Act relevant limitations statute—Plaintiffs wrongly arguing action not arising until disposed of leasehold estate (i.e. when leases expire in 2006, 2007)—Act, s. 26 compelling Court to focus on estate, interest claimed, so that physical dispossession of cottage lot not issue—Here, interest claimed right of perpetual renewal—Plaintiffs disposed of that interest when perpetual renewal leases surrendered—Plaintiffs' conscious decision not to take legal action until 1996 made freely, following independent legal advice—Could not now complain that not subject to limitation of action—No evidence plaintiffs encouraged, led to believe by Crown that still had continuing legal interest acknowledged by Crown in perpetual renewal right—Declaratory relief sought in case at bar falling within limitation period because non-injunctive relief, arising out of past (as opposed to injunctive relief designed to prevent future infringements)—Plaintiffs' claim time-barred—Claim dismissed—Evidence legal rights voluntarily, knowledgeably foregone in favour of other (i.e. political) solutions—Limitations of Actions Act, C.C.S.M., c. L150, s. 26.

ABBOTT V. CANADA (T-1168-96, 2005 FC 163, Russell J., judgment dated 2/2/05, 29 pp.)

**INCOME TAX****PENALTIES**

Judicial review of respondent's decision dismissing applicants' request for relief from interest, penalties—Applicants assured by officials of respondent that did not have to pay taxes while waiting for reassessment, but interest would accumulate—Nothing said about penalties—Respondent's refusal to grant relief not considering issue of whether

**INCOME TAX—Continued**

penalties justified—Having warned applicants that consequences of failure to pay was accrual of interest, no basis for assessing penalties—Respondent's decision re: relief for penalties unjustified—Application allowed in part.

RAHEY V. M.N.R. (T-2208-03, 2005 FC 86, Phelan J., order dated 20/1/05, 6 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Federal Court decision ((2004), 251 F.T.R. 223) allowing in part respondent's motion to strike portion of requirement for information—Respondent arranges sale of artwork to Canadian taxpayers who donate work to charities—Price paid by donors lower than appraised value on which tax deduction based, resulting in net financial benefit for donors—Minister beginning audit of respondent, requiring information, documents be provided under Income Tax Act, s. 231.2(1)—Respondent complying with requirement except for names of donors, charities—F.C. holding Minister entitled to names of charities but not of donors—Pursuant to Act, s. 231.2(2), requirement to provide information, documents re: unnamed persons Minister wishing to investigate may not be imposed on third party without judge's authorization—Authorization required in case at bar re: donors as intended to be subject of investigations by Minister—Where unnamed persons not under investigation, Act, ss. 231.2(2),(3) not applicable—No authorization required re: charities as no evidence Minister wants their names to verify compliance with Act—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.2(1) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121; 2000, c. 30, s. 176), (2) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), (3) (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121; 1996, c. 21, s. 58).

ARTISTIC IDEAS INC. V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (A-266-04, 2005 FCA 68, Rothstein J.A., judgment dated 25/2/05, 7 pp.)

**SEIZURES**

Motion to set aside *ex parte* "jeopardy order" issued under Income Tax Act, s. 225.2(2) for seizure of \$373,750 cash from respondent for unpaid taxes—M.N.R. made full, frank disclosure in *ex parte* application—Evidence money not belonging to respondent consisting of three signed, unsworn letters—No evidence supporting unsworn allegations—Respondent not rebutting presumption money in his possession is his—Reasonable grounds to believe collection of amount assessed by M.N.R. jeopardized by delay in collection—That belief based on fact cash found in trunk of respondent's automobile and is presently untraceable, and respondent engaged in unorthodox behaviour—Application dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1,

**INCOME TAX—Concluded**

s. 225.2(2) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 116; 1988, c. 55, s. 170).

M.N.R. v. ARAB (T-2107-04, 2005 FC 264, Harrington J., order dated 18/2/05, 8 pp.)

**INJUNCTIONS**

Motion for interlocutory injunction preventing defendant from providing plaintiff's intellectual property to its competitor (Seprotech) pending trial of action—Plaintiff, defendant entering into contracts for development of Reverse Osmosis Water Purification Units (ROWPU's)—Implicit in contracts plaintiffs owning intellectual property rights in ROWPU's, but contracts granting defendant royalty-free licence to make, have made, use ROWPU's, and allowing defendant to duplicate, use, disclose for government purposes technical information delivered by contractor to defendant—Several ROWPU'S produced—Defendant issuing sole source servicing contracts to plaintiff for some 10 years—Seprotech challenging sole source process—Following competitive request for proposals, contract issued to Seprotech—Plaintiff commencing action, seeking injunction—Serious issue raised in that difficult questions of interpretation of contracts re: licence to use intellectual property—However, no irreparable harm not remediable by damages because (1) defendant solvent, permanently fixed in jurisdiction, easy to find; (2) evidence not demonstrating how plaintiff will suffer irreparable harm in light of confidentiality agreement entered into between Seprotech, defendant (that intellectual property will only be used for purpose of service contract)—Even if justification for injunction, Crown Liability and Proceedings Act, s. 22 preventing Court from granting injunction against Crown in present action for breach of contract—Cases where injunction issued against minister, officer of Crown to restrain him/her from acting outside scope of authority under statutes, constitution distinguished—Motion dismissed—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 28; 2001, c. 4, s. 46(F)).

ZENON ENVIRONMENTAL INC. v. CANADA (T-610-04, 2005 FC 210, Strayer D.J., order dated 10/2/05, 11 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review of decision of adjudicator, appointed under Canada Labour Code—Applicant online gaming operation duly licensed by Kahnawake Gaming Commission, operating in Mohawk Territory of Kahnawaka, Quebec—Respondent, employed as line manager prior to dismissal—MSN Messenger transcripts of conversations between respondent and co-worker discovered—Applicant alleging respondent improperly using company's internet connection during working hours; making disrespectful, threatening, obscene remarks against immediate supervisor, applicant—Respondent

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

filing complaint with Labour Canada under Code, s. 240, also filing complaint with La Commission des normes du travail du Québec (CNT)—CNT ruling matter *ultra vires* provincial jurisdiction—Respondent discontinuing complaint before CNT after adjudicator requesting respondent choose which jurisdiction to pursue complaint under—Adjudicator finding respondent unjustly dismissed, ordering reinstatement with benefits as of seventh month following dismissal from applicant's employ—Also finding respondent's behaviour not impacting negatively on applicant's operations; internet chatting not prohibited in applicant's policies or rules; applicant failing to give respondent fair warning before dismissal—Whether labour complaint by dismissed employee *ultra vires* federal adjudicator—Such inquiry conceptually distinct from subsequent assessment of "excess of jurisdiction"—Labour relations generally falling within provincial sphere under Constitution Act, 1867, s. 92(13) except where labour relations at issue engaging integral element of federal competence under Constitution Act, 1867—Supreme Court of Canada establishing clear guidelines, providing that exception comprising mainly "labour relations in undertakings, services and businesses which . . . can be characterized as federal undertakings, services or businesses"—Absent demonstration going concern under scrutiny is federal work, undertaking, business because impacting on Indian status (Act, s. 91(24) conferring jurisdiction over "Indians" to Parliament), general rule applying—Concept of Indian status ("Indianness") narrow in scope and provincial labour laws applying unless matters clearly governed by federal legislation affected or Indian rights or status infringed upon—Evidence not showing labour relations at issue touching upon integral element of primary federal jurisdiction—Act, s. 52 enshrining overarching principle of Canadian law: Constitution supreme law of Canada—Whether labour relations matter of provincial, federal jurisdiction not to be determined solely on basis of which party is applicant in judicial review—Doctrine of waiver also not applying to determine jurisdictional issue if issue not raised before administrative tribunal at first instance—Onus on party invoking jurisdictional exception to establish constitutional facts necessary for exception to apply—Because respondent invoking exception, onus on respondent to demonstrate applicant's business, activities touching upon element integral to federal jurisdiction, such as "Indianness"—Respondent not meeting onus and Court having to apply general rule: labour relations *ultra vires* federal jurisdiction—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 240 (as am. by R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 9, s. 15)—Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 52, 91(24), 92(13).

SPORTS INTERACTION v. JACOBS (T-1411-04, 2005 FC 123, Tremblay-Lamer J., order dated 26/1/05, 15 pp.)



**PAROLE**

Judicial review of National Parole Board Appeal Division decision dated July 15, 2002 approving National Parole Board (NPB) decision revoking applicant's parole—Applicant, Dangerous Sexual Offender, sentenced to period of preventive detention in 1977—Between 1988 and 2001, applicant had parole suspended, reinstated on several occasions—Arrested December 17, 2001, parole revoked February 22, 2002 following hearing before NPB—Appeal Division dismissing appeal from that decision on July 15, 2002—Review of Appeal Division's decision by Federal Court not limited to findings of Appeal Division—As Appeal Division simply confirming NPB decision, Federal Court required, in light of *Cartier v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 317 (C.A.), to determine lawfulness of NPB decision rather than that of Appeal Division—NPB having absolute discretion under Corrections and Conditional Release Act (CCRA), ss. 107(1)(b), 135 to terminate parole for breach of condition, or to protect society—Decision reviewed based on reasonableness standard—NPB not erring in fact—Fact NPB members previously participating in earlier parole hearing of applicant in 2001 not creating reasonable apprehension of bias as members now sitting on different parole review hearing (rather than a re-hearing of 2001 hearing)—Foreseeable same NPB member will eventually adjudicate subsequent parole review hearing for same applicant as inmates having such hearing every two years—Parliament not intending to avoid such situation as not so expressly legislating—Majority of NPB's reasons directed toward assessment of applicant's risk to society—NPB thus not erring in law—Unavailability of information (in this case polygraph test (to ascertain applicant not involved in crime since granted full parole)) causing adjournment, postponement of hearing only if NPB believing information significant enough that it cannot assess risk without it—Here, NPB did consider all significant information—Polygraph test results would not have changed NPB's decision—Applying *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459, applicant, having obtained status of parolee, deprived of liberty by revocation of parole—As applicant had been given opportunity to serve sentence in community, revocation significant enough to attract Charter protection—Fundamental justice requiring fair balance between individual (i.e. liberty), public (protection) interests—NPB not erring in risk assessment of applicant's behaviour, Charter, s. 7 not violated—Applicant's indeterminate sentence not cruel, unusual punishment contrary to Charter, s. 12 in light of circumstances of case (e.g. applicant's numerous breaches of parole conditions, need for further programming to resolve dysfunctional sexual activities)—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 107(1)(b) (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 13; 1998, c. 35, s. 110; 2000, c. 24, s. 36), 135 (as am. by S.C. 1995, c. 22, s. 18; 1995, c. 42, ss. 50, 69(E), 70(E); 1997, c. 17, ss. 32(F), 32.1—Canadian Charter of Rights and Freedoms,

**PAROLE—Concluded**

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, 12.

ANEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1318-02, 2005 FC 182, Beaudry J., order dated 7/2/05, 33 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Appeal from Trade Marks Opposition Board's ([2002] T.M.O.B. No. 145 (QL)) refusal to allow applicant to register trade-mark "Secret" for underwear, lingerie—Applicant using trade-mark for hosiery, pantyhose for many years and wanting to expand line—Respondent opposing trade-mark application primarily on ground "Secret" mark would cause confusion with own trade-mark for "Secret Shapers" undergarments—Respondent selling undergarments under "Secret Shapers" since September 1995—Using "Secret Shapers" mark in conjunction with word "Olga" or "Olga's"—Applicant using trade mark "Secret" for hosiery since 1967—Later adding other products to line—Applying to use "Secret" mark for undergarments in October 1995—Onus on applicant to show proposed mark "unlikely to create confusion" with other marks—Board not erring in requiring applicant to "establish" no reasonable likelihood of confusion in using mark—Concluding applicant not meeting onus given reasonable probability of confusion as to source of goods if applicant using "Secret" mark on same kind of wares as those sold by respondent—Applicant filing three new affidavits on appeal—Relying on concept of "family" of marks in *McDonald's Corporation et al. v. Yogi Yogurt Ltd. et al.* (1982), 66 C.P.R. (2d) 101 (F.C.T.D.) to support trade-mark application—*McDonald's* holding owner of series of well-known, related trade-marks can rely on family of marks to show confusion if another company makes use of similar mark within same range of wares—Present case distinguishable since issue whether proposed marks confusing, not whether multiplicity of trade-marks can be used by owner to show use by other company's similar mark causing potential confusion—Board also erring by focussing too much on whether applicant having established family of trade-marks instead of considering significance of array of applicant's marks in relation to issue of confusion—Evidence suggesting consumers sufficiently familiar with applicant's trade-mark "Secret", wares with which mark currently associated such that would probably believe closely-related products (undergarments) deriving from respondent—Affidavit evidence relating to applicant's licensing arrangement with Sears Canada Ltd. showing Sears' use of "Secret Slimmers" mark enuring to applicant's benefit—Sears referring to licensing arrangement with applicant in catalogues—Under Trade-marks Act, s. 50(1), (2), when public notice of licence

**PATENTS—Continued**

given and owner of licence identified, licensee's use of trade-mark enuring to owner's benefit—Act, s. 4(1) defining "use" as including situations where trade-mark associated with wares in manner communicating to consumer existence of connection between mark and wares—Sears' association of "Secret Slimmers" mark with corresponding product in catalogue constituting "use" of applicant's mark—Act not requiring proof licensor exercising control over licensee's use—Once proving public notice of licensed use of trade-mark and identity of mark's owner given, presumption owner having control over character and quality of wares with which mark associated—Board erring in concluding licensing arrangement between applicant, Sears not enuring to applicant's benefit—Applicant discharging burden of showing consumers not likely confused about source of undergarments labelled with "Secret" mark—Evidence relevant to issue of confusion also relevant to issue of distinctiveness—Evidence establishing "Secret" brand distinctive in relation to hosiery, pantyhose, consumers likely to find brand distinctive in relation to undergarments—Appeal allowed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4, 50 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 233; 1999, c. 31, s. 211(F)).

DORIS HOSIERY MILLS LTD. V. WARNACO INC. (T-354-03, 2004 FC 1781, O'Reilly J., judgment dated 24/12/04, 14 pp.)

**PRACTICE**

Appeal from Federal Court decision ([2004] F.C.J. No. 2193 (QL)) allowing respondent's motion to strike portions of appellant's affidavit evidence in context of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6 prohibition application—Prohibition application alleging appellant's process for preparing cefotaxime sodium infringing respondent's 1319682 patent ('682 patent)—Impugned paragraphs struck on basis not directed to factual issues divulged in appellant's detailed statement accompanying notice of allegation (NOA) alleging non-infringement—Review of case law on procedure for reviewing discretionary decisions—Although preferable to defer motions to strike affidavits or portions thereof to hearings judge, not mandatory as matter of principle, that such motions be deferred—Motions Judge not erring in refusing to defer motion—As to whether motions Judge misapprehended evidence in concluding paragraphs 71-75 of affidavit constituting new facts, judge not erring in concluding U.S. patent 5567813 ('813 patent) should have been disclosed in NOA if it was to be relied upon to argue non-infringement—Reliance on '813 patent attempt to provide additional basis for non-infringement, constituting kind of affidavit evidence to be struck pursuant to *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.)—However motions Judge did misapprehend

**PATENTS—Concluded**

evidence when concluded appellant could not rely on paragraphs 22-25 of affidavit because its detailed statement did not divulge that cefotaxime sodium disclosed in prior art (i.e. 1216284, or '284 patent)—Issue of '284 patent arising out of appellant's alternative pleas in relation to number of claims of '682 patent and is found in detailed statement—For appellant's argument to have any force, must be proof cefotaxime sodium produced by process described in '284 patent—Respondent cannot be surprised if such proof found in affidavit—Affidavit laying foundation for allegation in detailed statement, paragraphs 22-25 not involving recourse to new facts—Appellant's detailed statement sufficiently complete to allow respondent to respond fully to allegations of invalidity re: '682 patent—Appeal allowed in part—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6 (as am. by SOR/98-166, ss. 5, 9; 99-379, s. 3).

MAYNE PHARMA (CANADA) INC. V. AVENTIS PHARMA INC. (A-372-04, 2005 FCA 50, Nadon J.A., judgment dated 4/2/05, 17 pp.)

**PENITENTIARIES**

Appeal from Federal Court (F.C.) decision ((2003), 244 F.T.R. 285) concluding appellant's discharge from Regional Treatment Centre (RTC), transportation back to Warkworth Penitentiary (home institution) not involuntary transfer—Appellant, repeat sex offender, entered 30-week treatment program at RTC—While at RTC, found to have breached behavioural expectations set out in treatment contract—Appellant discharged, ordered transferred back to Warkworth without having had opportunity to respond to discharge decision—Appellant arguing involuntary transfer from RTC without any opportunity to make representations, contrary to Corrections and Conditional Release Regulations, s. 12—Commissioner's delegate determining transfer involuntary but justified—F.C. finding no transfer in case at bar as transfers only applying to situations where inmate expected to be permanently housed in new parent institution, remitting matter back to Commissioner—Appeal dismissed—Appellant's initial move from Warkworth to RTC was transfer within meaning of Corrections and Conditional Release Act, s. 29, but as that transfer voluntary, Regulations, s. 12 not applicable—Nothing in Act, Regulations suggesting s. 29 transfer must be permanent in nature—Here, discharge decision "returning" rather than "transferring" appellant back to Warkworth—Return contemplated in initial voluntary transfer, discharge simply expediting that return—Purposive, contextual analysis of Act, Regulations supporting that conclusion—Characterizing return of inmate following treatment as transfer would frustrate functioning of treatment facilities as inmate could refuse return to institution, thus preventing prompt return (because Regulations, s. 12 would come into

**PENITENTIARIES—Concluded**

play)—Prompt return required to ensure safe, efficient functioning of treatment facilities—Regulations, s. 12 thus cannot apply—As to procedural fairness, issue here whether appellant given opportunity to respond to allegations prior to discharge decision—Applying factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, requisite level of procedural fairness owed to appellant relatively low—Providing appellant with opportunity to respond to allegations against him during investigation into incident and to make further representations by way of grievance process meeting duty of fairness—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 12—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 29 (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 11).

SWEET V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-8-04, 2005 FCA 51, Malone J.A., judgment dated 7/2/05, 17 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision applicant not eligible for military service disability pension for major depression—Applicant diagnosed with mild depression following promotion in 1996—In 1997, applicant assigned to new position at Canadian Forces School of Communications and Electronics (CFSCE)—Relationship with superior at CFSCE not good from very start—Applicant started seeing doctor for stress symptoms more regularly—In 1998, applicant advised would receive temporary promotion—That promotion cancelled following placing of applicant on recorded warning (RW) by supervisor—RW removed two weeks later, but applicant arguing damage to reputation, promotion already done—Applicant also stating became subject of more career-destroying rumours at this point—Applicant filing grievance re: RW—Applicant by then suffering from major depression, having nervous breakdown following negative decision re: grievance—Applicant encountering several other setbacks before RW, manner grievance handled found to be inappropriate by Canadian Forces Grievance Board (CFGB), which recommended compensation in form of disability pension—Applicant by then permanently discharged from Canadian Forces (CF) for medical reasons connected to major depression—Disability pension application for major depression refused by Department of Veterans Affairs (DVA) in December 2000 on basis depression not connected to military service—That decision not disturbed by Board's Entitlement Review Panel nor by Board itself—"Military service" defined in Pension Act as "service as a member of the forces", i.e. someone who served in CF any time since World War I—Pursuant to Pension Act, ss. 2, 21(2), that definition to be construed broadly—Administrative interactions, operational decisions affecting applicant falling within definition—Patent unreasonableness standard re: whether medical evidence showing disability caused,

**PENSIONS—Concluded**

aggravated by military service—Veterans Review and Appeal Board Act (VRAB Act), s. 39(b) requiring Board to accept all credible uncontradicted evidence—Here, Board accepted doctors' diagnoses (if not reasons for them) showing progressive development of illness from mild depression in 1996 to major depression in 1998—Evidence showing aggravation of applicant's condition coinciding with first two negative grievance decisions—Board placing great reliance on one partially contradicting report, not indicating why that report outweighing rest of evidence—That approach patently unreasonable, not consistent with VRAB Act, s. 39(a) requiring every reasonable inference be drawn in favour of applicant, and s. 39(c), requiring doubts re: weighing of evidence be resolved in favour of applicant—As to causation, broader "arising out of" standard applicable, requiring causal connection, not proximate relationship—No requirement for sole causation—Board erring in law, not taking correct approach to causation, instead concentrating on case law re: thin-skulled plaintiffs, "egg-shell" personalities—Application allowed—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-7, ss. 2, 3(1), "member of the forces" (as am. by S.C. 1999, c. 10, s. 4; 2000, c. 34, s. 20), "military service" (as am. by S.C. 1999, c. 10, s. 4), 21(3) (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 43)—Veterans Review and Appeal Board Act, S.C. 1995, c. 18, s. 39(a),(b).

MATUSIAK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1341-04, 2005 FC 198, Teitelbaum J., order dated 9/2/05, 33 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Motion by respondent to file confidential affidavits in respect of applications for judicial review of access to information requests—Motion allowed—Respondent allowed to have documents pertaining to communications between it, Information Commissioner in course of latter's investigation filed confidentially as (1) Access to Information Act creating presumption representations made to Information Commissioner to be kept confidential; (2) respondent using material as shield, not sword, i.e. seeking to file confidential information to defend itself—General identifying information properly severed, disclosed in accordance with *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, [2005] 1 F.C.R. 403 (F.C.A.)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.

BLANK V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-1013-04, T-1014-04, T-1015-04, T-1016-04, 2005 FC 280, Kelen J., order dated 23/2/05, 9 pp.)

Motion challenging affidavits tendered by applicants in appeal of Registrar of Trade-marks' rejection of opposition to trade-mark application—Members, employees of Smart & Biggar, solicitors of record for applicants, swearing affidavits

**PRACTICE—Continued**

to be relied upon in hearing of appeal—Respondent arguing inappropriate for Smart & Biggar to act as solicitors of record, bringing interlocutory motion, to strike out affidavits or disqualify solicitors for applicants—Affidavits not prejudicial to respondent, therefore not struck—Inappropriate to remove Smart & Biggar as solicitors of record by reason of expense of doing so, confusion it would cause—However, applicants should appoint alternate counsel to prepare written argument, make oral argument at hearing.

BOJANGLES' INTERNATIONAL, LLC v. BOJANGLES CAFÉ LTD. (T-1466-04, 2005 FC 272, Hargrave P., order dated 21/2/05, 13 pp.)

**CLASS ACTIONS**

Motion seeking clarification whether action to proceed as representative action pursuant to Federal Court Rules, 1998, s. 114 (now repealed), or as class action under Federal Courts Rules, s. 299.1 et seq.—Issue whether, with repeal of representative action rule, implementation of class action rules, representative action may continue as such—Case law making it clear representative actions becoming class actions under November 2002 amendments—Possible however for Court to exercise discretion under Rules, s. 55 and allow action to proceed as if still representative action—Action in case at bar dealing with Aboriginal claims—Aboriginal rights, treaty claims difficult to reconcile with class action procedure as often collective in nature—Declaration as to such rights remedy not amenable to opting out—Binding on every member of entity—While some elements of class action rules may benefit proceeding, possible to deal with these provisions as case management matters—Action to continue as representative action—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, s. 114 (repealed by SOR/2002-417, s. 12)—Federal Courts Rules, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 299.1 (as am. by SOR/2002-417, s. 17).

GILL v. CANADA (T-165-01, 2005 FC 192, Hargrave P., order dated 7/2/05, 10 pp.)

**COSTS**

Each party filing motions dealing with discoveries—Divided success on motions—Parties filing submissions as to costs on motions—Mathematical tally of points won, lost on motion not determinative in assessing success—Before amendment of Federal Court Rules, 1998, costs on interlocutory motions to be costs in cause, regardless of success of motion—Based on principle awarding of costs on interlocutory motion premature—After 1998 amendments under new Rule 401(1), courts having discretion to award costs on interlocutory motions to either party, regardless of outcome of main action—*AIC Ltd. v. Infinity Investment Counsel Ltd.* (1998), 148 F.T.R. 240 (F.C.T.D.) decided after

**PRACTICE—Continued**

1998 amendments—Determining, based on trend in Ontario cases to award interlocutory costs as payable forthwith to expedite litigation, focus minds of litigants on costs of litigation—Costs in the cause may be awarded so long as discretion properly exercised—Prothonotary awarding costs in the cause in present case to focus minds of litigants on potential costs of litigation—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, s. 401.

LÉTOURNEAU v. CLEARBROOK IRON WORKS LTD. (T-1864-00, 2004 FC 1626, Hargrave P., order dated 19/11/04, 4 pp.)

Judicial review of Assessment Officer's refusal to award Minister costs although successfully defended judicial review application challenging denial of access to information under Privacy Act—Federal Court dismissing applicants' Privacy Act, s. 41 application without mentioning costs in decision—Minister bringing bill of costs for taxation on basis of Privacy Act, s. 52—S. 52 providing costs to follow event unless Court determining otherwise or judicial review application raising important new principle in relation to Act—Application not raising important new principle—Under Federal Courts Rules, s. 414, Court should only interfere with Assessment Officer's decision if obvious error in principle or if amount assessed so unreasonable error in principle must be inferred as underlying cause—Assessment Officer erring and bill of costs sent back for taxation—Since no order made concerning costs, Federal Court's order deemed to have included order for costs—Basic principle is Court having full discretion in awarding of costs, determining party to make payment thereof (s. 400 of the Rules)—If no order as to costs, party may request directions under s. 403 of the Rules—Privacy Act, s. 52 default provision regarding costs, must be taken at face value—Motion allowed—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-1, ss. 41, 52—Federal Courts Rules, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)), 403, 414 (as am. by SOR/2004-283, s. 33).

RICHARDS v. M.N.R. (T-636-02, 2005 FC 24, Harrington J., order dated 12/1/05, 5 pp.)

Whether costs may be taxed in action abandoned at early stage—Pursuant to Federal Courts Rules, ss. 402, 411, costs may be assessed for discontinued actions and motions and abandoned motions—No provision re: abandonment of action—S. 4 ("gap rule") thus applicable, costs may be assessed—Federal Courts Rules, SOR/98-106, ss. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 402, 411.

FORESTEX MANAGEMENT CORP. v. LLOYD'S UNDERWRITERS (T-1287-02, 2005 FC 263, Hargrave P., order dated 14/2/05, 3 pp.)

**PRACTICE—Continued**

## JUDGMENTS AND ORDERS

*Enforcement*

Motion to appeal order made pursuant to Federal Court (Rules) 1998, s. 51(1) making final order of garnishment in favour of Her Majesty the Queen (creditor) against Steckmar National Realty and Investment Corporation (garnishee)—*Final order of garnishment obtained to recover debt of \$126,666.39 plus interest owed Her Majesty by Steckmar Corporation (judgment debtor)*—Judgment debtor advanced sum totalling \$4,255,534.41 to garnishee over 25-year period without interest—Garnishee used \$1,929,767 of this amount to make loan to Marina Development Inc., wholly owned by one of judgment debtor's shareholders—Judgment debtor and garnishee related companies—No documentation confirming loan, but parties agreeing loan would be repayable when garnishee's financial situation permitted—Garnishee and judgment debtor in financial difficulty and debt held by judgment debtor regarded as bad debt—Prothonotary relied *inter alia* on Rules, s. 453 and decided payability important aspect of debt, as it concerns time term expires—As term of obligation uncertain, prothonotary applying Civil Code of Quebec (C.C.Q.), art. 1512 to determine term—In prothonotary's opinion, Federal Court having power necessary to resolve questions of provincial law incidental to principal application—Court must redo analysis *de novo* in order to exercise its discretion—Federal Court deriving powers to enforce judgment from federal legislation which expressly confers Federal Court's jurisdiction—Creditor obtained certificate confirming amount owed to her by debtor under federal legislation, filed certificate in Federal Court to have registered—As registration deemed to give certificate same effect as if order made by Court, creditor could obtain enforcement of judgment—Under s. 449, possible to obtain garnishment for payment of debt recorded in judgment—Federal Court having jurisdiction to consider questions of provincial law when such questions incidental to principal application—Under s. 449(1)(a), question of payability of debt incidental to garnishment and Federal Court having power to resolve this kind of question—Dispute between parties involving determining when obligation became payable since agreement between parties provided term was "as the garnishee's financial situation permits"—Evidence showing no procedure created to determine time of repayment—Federal Court may accordingly decide question of expiry of term, relying on C.C.Q., art. 1512—When judgment debtor negligent, Federal Court could exercise in debtor's name rights and actions latter had regarding garnishee pursuant to C.C.Q., art. 1627—Under Rules, s. 453, prothonotary could decide by summary proceeding since garnishee disputed existence of debt not obligation to pay—To determine payability of debt, necessary to consider that judgment debtor began making advances to garnishee 25 years

**PRACTICE—Concluded**

ago without interest and some \$749,330 had been repaid on loan of \$4,255,534.41—In circumstances, debt was due—*Prothonotary not erring in law or fact requiring Court's intervention*—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, s. 51(1), 449, (1)(a), 453—Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1512, 1627.

STECKMAR CORP. V. STECKMAR NATIONAL REALTY AND INVESTMENT CORP. (ITA-1096-99, 2004 FC 1568, Baudry J., order dated 26/11/04, 16 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

## SELECTION PROCESS

*Merit Principle*

Judicial review of Public Service Employment Act, s. 21 Appeal Board decision dismissing unsuccessful applicants' appeal in respect of competitions—Applicants applied for managerial positions at Health Canada (HC)—Management In-Basket (MIB) 810 test administered to screen candidates—E-mail from Public Service Commission to personnel officers at HC stating MIB 810 having some adverse impact on visible minorities but impact minimal if pass mark 14/25—Applicants arguing test not in accordance with merit principle pursuant to Act, s. 10—Board concluding test resulted in selection of most meritorious candidates—To determine whether competition consistent with merit principle, necessary to decide whether test employed relevant to determining ability of candidates for job—Rational link required between requirements imposed on candidates, selection according to merit in respect of position in question—Board not erring in considering whether test employed could reasonably be considered to be fairly accurate measure of ability—Board had before it evidence re: high validity of test, evidence adverse impact of test on visible minorities not at level to challenge validity of test, evidence re: success rates of visible minorities compared to others—In light of this evidence, Board acted reasonably—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21(as am. *idem*, s. 16; 1996, c. 18, s. 15).

CHOPRA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-776-04, 2005 FC 252, Strayer D.J., order dated 16/2/05, 8 pp.)

## TERMINATION OF EMPLOYMENT

Judicial review of decision by Assistant Chief Human Resources Officer of RCMP (RCMP Officer) re: Public Service Staff Relations Act, s. 91 grievance—Applicant civilian employee of RCMP employed under series of successive term appointments between October 12, 1999 and March 31, 2003—Given one month notice term would not be

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

renewed—Treasury Board policy in operation when applicant first employed (1999 policy) requiring five weeks' formal notification—That policy replaced by new policy April 1, 2003—Under new policy, employees with more than three years' continuous appointment to be appointed on indeterminate basis—Applicant filed grievance on basis not given required formal notice, therefore entitled to have term extended to April 4, 2003, bringing him within new policy—That grievance dismissed by RCMP Officer—Interpretation of "formal notice"—Those words meaning written notice—RCMP Officer's decision therefore incorrect because did not address that issue—Whether 1999 policy creating legal rights depending on intent, context in which directive issued—No indication in policy or its context that it should be treated as a law conferring term appointment on applicant to April 4, 2003—Public Service Employment Act, s. 25 providing that employee appointed for specified period ceases to be employee at expiration of period—To direct applicant must be treated as having had appointment until April 4, 2003 would be to give precedence to policy over Act of Parliament—Also, case law strongly against Court circumventing through judicial review statutory grievance procedure, giving, refusing remedies available under procedure—Matter referred back for reconsideration—Public Service Staff Relations Act, s. 91 not limiting grievance officer to recommending only observance of legally prescribed rights—Application allowed—Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 25.

ENDICOTT V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-1438-03, 2005 FC 253, Strayer D.J., order dated 16/2/05, 10 pp.)

**TRADE-MARKS****REGISTRATION**

Appeal from Federal Court decision ((2004), 247 F.T.R. 180) allowing registration of respondent's trade-marks

**TRADE-MARKS—Concluded**

"Cushman & Wakefield" and Cushman & Wakefield Design"—Appellant opposing registration because of alleged confusion with its registered trade-marks "Wakefield Design", "Wakefield" and trade-name "Wakefield Realty Corporation", all used in Canada by appellant—"Wakefield" and "Wakefield Realty Corporation" used in connection with real estate services—Federal Court properly applying statutory test for confusion under Trade-marks Act, s. 6(5) despite absence of systematic approach—Judge considering all required elements for analysis such as inherent distinctiveness of marks, extent to which marks have been made known, length of time marks used, nature of services provided—Use of "Cushman & Wakefield Worldwide" in connection with services offered by Royal LePage not limited to cross-border referral service but with all commercial real estate services—Under Act, ss. 4, 50, such use amounting to use of trade-mark in Canada by respondent in connection with commercial real estate business—Evidence showing Royal LePage making extensive use of trade-mark "Cushman & Wakefield Worldwide"—Open to Federal Court to conclude respondent widely known in Canada in appropriate circles, using trade-mark for sufficient length of time—Also relying on nature of real estate industry to conclude no significant likelihood of trade-mark confusion given distinct markets appellant, respondent operating in—Respondent representing clients needing commercial real estate brokerage services whereas appellant offering clients residential real estate services—Federal Court not misled as to nature of proceedings, not making any palpable, overriding errors of fact, law, mixed fact and law justifying Court's intervention—Appeal dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4, 6, 50 (as am. S.C. 1993, c. 44, s. 233; 1999, c. 31, s. 211(F)).

CUSHMAN & WAKEFIELD, INC. V. WAKEFIELD REALTY CORP. (A-132-04, 2004 FCA 415, Pelletier J.A., judgment dated 9/12/04, 9 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Appel d'une décision ([2002] T.M.O.B. No. 145 (QL)) par laquelle la Commission des oppositions des marques de commerce a refusé de permettre à la demanderesse d'enregistrer sa marque de commerce « Secret » en liaison avec des sous-vêtements et des articles de lingerie fine—La demanderesse emploie depuis de nombreuses années la marque de commerce en question relativement à des bas de nylon et des bas-culottes et elle souhaitait étendre sa gamme de produits—La défenderesse s'est opposée à la demande de marque de commerce principalement au motif que la marque « Secret » créerait de la confusion avec sa propre marque de sous-vêtements « Secret Shapers »—La défenderesse vend des sous-vêtements sous la marque de commerce « Secret Shapers » depuis septembre 1995—Elle utilise la marque « Secret Shapers » conjointement avec les mots « Olga » et « Olga's »—La demanderesse emploie la marque de commerce « Secret » depuis 1967 en liaison avec des bas de nylon—Par la suite, d'autres produits ont été ajoutés à sa ligne de produits—La demanderesse a présenté en octobre 1995 une demande en vue d'utiliser la marque « Secret » en liaison avec des sous-vêtements—C'est au demandeur qu'il incombe de démontrer que la marque projetée « n'est pas susceptible de créer de la confusion » avec d'autres marques—La Commission n'a pas commis d'erreur en exigeant de la demanderesse qu'elle démontre « hors de tout doute » qu'il n'y avait « aucun risque raisonnable de confusion »—Suivant la Commission, la demanderesse ne s'était pas déchargée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il n'y avait aucun risque raisonnable qu'une confusion soit créée dans l'esprit des acheteurs de sous-vêtements si elle apposait la marque « Secret » sur le même type de marchandises que celles qui étaient vendues par la défenderesse—La demanderesse a déposé trois nouveaux affidavits dans le cadre du présent appel—Elle s'est fondé sur l'analyse du concept de « famille » de marques que l'on trouve dans le jugement *McDonald's Corporation, et al. c. Yogi Yogurt Ltd. et al.* (1982), 66 C.P.R. (2d) 101 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) pour appuyer sa demande d'enregistrement de marque de commerce—Dans le jugement

## BREVETS—Suite

*McDonald's*, le juge a statué que le propriétaire d'une série de marques de commerces connexes bien connues pouvait se fonder sur sa famille de marques pour démontrer qu'une marque similaire d'une autre compagnie faisant partie de la même gamme de produits créerait de la confusion—La question en litige dans l'affaire *McDonald's* était distincte de celle en l'espèce puisque dans l'affaire *McDonald's*, la question en litige était celle de savoir si le propriétaire d'une série de marques de commerces connexes bien connues pouvait se fonder sur sa famille de marques pour démontrer qu'une marque similaire d'une autre compagnie, faisant partie de la même gamme de produits, créerait de la confusion—La Commission a également commis une erreur en s'attardant trop sur la question de savoir si la demanderesse avait créé une famille de marques de commerce au lieu d'examiner l'importance de la série de marques de la demanderesse pour répondre à la question de la confusion—Il ressortait de la preuve que les consommateurs connaissent suffisamment bien la marque de commerce « Secret » de la demanderesse et les marchandises auxquelles la marque est présentement associée pour être susceptibles de croire que des produits étroitement liés (sous-vêtements) proviennent de la même source—Il ressortait par ailleurs de la preuve par affidavit que l'emploi que Sears a fait de la marque « Secret Slimmers » a profité à la demanderesse—Sears a mentionné son contrat de licence signé avec la demanderesse dans ses catalogues—Suivant les art. 50(1) et (2) de la Loi sur les marques de commerce, lorsqu'un avis public a été donné quant à l'identité du propriétaire et au fait que l'emploi d'une marque de commerce fait l'objet d'une licence, l'emploi par le titulaire de la licence est réputé être celui du propriétaire—Suivant la Loi, une marque de commerce est notamment réputée « employée » lorsqu'elle est associée à des marchandises d'une manière à indiquer au consommateur qu'il existe un lien entre la marque et les marchandises (art. 4(1))—L'association par Sears de la marque « Secret Slimmers » avec le produit correspondant annoncé dans son catalogue constituait un « emploi » de la marque de la demanderesse—La Loi n'exige pas la preuve que le concédant exerce un contrôle sur l'utilisation que le preneur

**BREVETS—Suite**

de la licence fait de celle-ci—Dès lors qu'un avis public a été donné quant à l'identité du propriétaire et au fait que l'emploi d'une marque de commerce fait l'objet d'une licence, le propriétaire est réputé avoir le contrôle des caractéristiques et de la qualité des marchandises auxquelles la marque est associée—La Commission a commis une erreur en concluant que le contrat de licence conclu entre la demanderesse et Sears ne profitait pas à la demanderesse—La demanderesse s'est déchargée du fardeau qui lui incombait de démontrer qu'aucune confusion ne serait probablement créée dans l'esprit des consommateurs quant à l'origine des sous-vêtements arborant la marque « Secret »—Les éléments de preuve relatifs à la question de la confusion se rapportent également à la question du caractère distinctif—La preuve a démontré que la marque « Secret » possède un caractère distinctif pour ce qui est des bas de nylon et des bas-culottes et que les consommateurs estiment qu'elle a également un caractère distinctif en ce qui concerne les sous-vêtements—Appel accueilli—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4, 50 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 233; 1999, ch. 31, art. 211(F)).

DORIS HOSIERY MILLS LTD. C. WARNACO INC. (T-354-03, 2004 CF 1781, juge O'Reilly, jugement en date du 24-12-04, 14 p.)

**PRATIQUE**

Appel d'une décision de la Cour fédérale ([2004] A.C.F. n° 2193 (QL)) accueillant la requête de l'intimée visant à faire radier certaines parties de la preuve par affidavit de l'appelante dans une affaire concernant une demande d'interdiction fondée sur l'art. 6 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—La demande d'interdiction alléguait que le procédé de préparation du céfotaxime sodique contrefaisait le brevet canadien de l'intimée n° 1319682 (brevet '682)—Les paragraphes contestés ont été radiés parce qu'ils ne portaient pas sur des questions de fait qui avaient été divulguées dans l'énoncé détaillé de l'appelante accompagnant son avis d'allégation affirmant qu'il n'y avait pas contrefaçon—Revue de la jurisprudence sur la procédure d'examen des décisions discrétionnaires—Bien que les requêtes en radiation totale ou partielle d'affidavits doivent de préférence être déferés au juge qui préside l'instance, il ne s'agit pas là d'une obligation de principe—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en ne déférant pas la requête—Quant à la question de savoir si la conclusion du juge des requêtes selon laquelle les paragraphes 71 à 75 de l'affidavit constituent des faits nouveaux procédés d'une mauvaise appréciation de la preuve, le juge a conclu à bon droit que le brevet américain 5567813 aurait dû être communiqué dans l'avis d'allégation s'il devait servir à étayer l'argument d'absence de contrefaçon—En s'appuyant sur ce brevet, on tente d'invoquer un motif supplémentaire de

**BREVETS—Fin**

non-contrefaçon et c'est précisément le genre de preuve par affidavit qu'il faut radier conformément à *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 855 (C.A.F.) (QL)—Toutefois, le juge des requêtes a mal apprécié la preuve lorsqu'il a conclu que l'appelante ne pouvait invoquer les paragraphes 22 à 25 de l'affidavit parce qu'elle n'avait pas divulgué dans son énoncé détaillé que le céfotaxime sodique avait été divulgué dans une antériorité (c.-à-d. dans le brevet 1216284, ou brevet '284)—La question du brevet '284 découle du moyen subsidiaire que l'appelante utilise au sujet de plusieurs revendications du brevet '682 et elle est évoquée dans l'énoncé détaillé—Pour que l'argumentation de l'appelante soit convaincante, il faut une certaine preuve que le céfotaxime sodique est produit par le procédé décrit dans le brevet '284—L'intimée ne peut pas prétendre à la surprise si l'affidavit a présenté une preuve à cet effet—L'affidavit jette les bases de l'allégation figurant dans l'énoncé détaillé, les paragraphes 22 à 25 ne soulèvent pas de nouveaux faits—L'énoncé détaillé de l'appelante était suffisamment complet pour permettre à l'intimée de répondre parfaitement aux allégations de l'appelante sur la possible invalidité du brevet '682—Appel accueilli en partie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5, 9; 99-379, art. 3).

MAYNE PHARMA (CANADA) INC. C. AVENTIS PHARMA INC. (A-372-04, 2005 CAF 50, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 4-2-05, 19 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de sursis d'exécution d'une mesure de renvoi et demande d'autorisation en vue d'un contrôle judiciaire—Les demandes étaient fondées sur l'allégation que le demandeur avait conclu une entente avec le ministre d'alors selon laquelle le ministre réglerait ses problèmes d'immigration en échange de pizzas et de personnes qui travailleraient bénévolement pendant les élections, que le ministre a violé ladite entente et qu'il a influencé les agents du ministère (plus particulièrement l'agent qui devait trancher la demande invoquant des raisons humanitaires)—Le demandeur a affirmé que ces circonstances soulevaient une crainte raisonnable de partialité—Le demandeur est au Canada depuis 1988 et il a été sans statut légal pendant presque toute cette période—La saga judiciaire du demandeur au Canada comprenait plusieurs demandes d'immigration et de contrôle judiciaire qui ont été rejetées, des déclarations de culpabilité au criminel en Inde, des accusations criminelles au Canada et des accusations que le demandeur aurait participé activement à des actes de fraude sur des cartes de crédit—La 6<sup>e</sup> demande invoquant des motifs d'ordre humanitaire du demandeur faisait l'objet de la demande de contrôle judiciaire



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

dans les présents dossiers—La date de renvoi du demandeur en Inde a été fixée au 10 juillet 2004 mais celui-ci ne s'est pas présenté à l'entrevue préalable au renvoi—Une demande de mandat d'arrestation a été déposée, mais, pour des raisons inconnues, le mandat n'a jamais été délivré—La dernière demande invoquant des raisons humanitaires déposée par le demandeur a été rejetée—Comme le demandeur ne s'est pas présenté au Centre d'immigration, il a donc été arrêté et détenu—Il a demandé le contrôle judiciaire de la détention, dossier auquel la présente demande de sursis s'appliquait—La seule question qui se posait dans la présente demande de sursis était de savoir si le demandeur satisfaisait au critère à trois volets énoncé dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 1 C.F. 535 (C.A.F.)—

1) Le demandeur doit présenter une preuve crédible *prima facie* que la « question sérieuse » est fondée—Le critère permettant d'établir une crainte raisonnable de partialité consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique—Le défaut du défendeur de réfuter l'allégation de partialité était troublant, mais n'était pas fatal—Même s'il y avait présomption de crédibilité de la preuve par affidavit, l'affidavit devait être évalué à la lumière de toute la preuve—La question consistait à savoir si la preuve par affidavit relevait du bon sens—Le demandeur a tenté par tous les moyens de demeurer au Canada et presque tous ses recours en matière d'immigration ont été rejetés; les preuves qu'il a présentées à la Cour et ailleurs ont été jugées peu fiables; la preuve présentée par les agents du défendeur contredisait la thèse principale du demandeur—L'hypothèse qu'une politicienne d'expérience mettrait sa carrière et sa réputation en jeu et prendrait le risque d'encourir des sanctions légales pour aider une personne qu'elle ne connaît pas dans le but d'obtenir gratuitement des pizzas et du travail n'était pas sensée—Aucune corroboration n'a été déposée—La question soulevée par le demandeur qu'il faut se demander pourquoi un mandat n'a pas été délivré pendant la campagne électorale n'était qu'une supposition—Rien ne permettait de dire que la décision a été prise trop rapidement ou qu'elle a subi une influence quelconque; la preuve confirmait qu'il n'est pas inhabituel qu'un agent d'Ottawa communique avec un agent local pour en savoir plus sur un dossier, surtout si le dossier a une certaine notoriété—Le récit du demandeur n'était pas sensé; il ne sonnait pas juste et ne saurait satisfaire au critère peu sévère applicable dans l'établissement d'une question sérieuse—

2) Le demandeur n'a pas démontré qu'il subirait un préjudice irréparable si la demande n'était pas accordée—Le demandeur a allégué principalement que, s'il était renvoyé, il aurait de la difficulté à mener sa poursuite de l'extérieur du Canada—Le demandeur n'a pas établi de difficultés d'ordre pratique—Les autres préjudices allégués par le demandeur, soit l'interruption de ses activités commerciales, les problèmes de santé et la dispersion

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

de la famille sont tous les conséquences normales d'un renvoi—

3) Le demandeur n'a pas établi, selon la prépondérance des inconvénients, qu'il était préférable qu'il demeure au Canada—Le demandeur prétendait que l'intérêt du public militait en faveur d'un sursis temporaire à cause de la nature des allégations et de leurs répercussions sur l'intégrité du système d'immigration—La Cour suprême a dit que le demandeur qui invoque l'intérêt public doit établir que le redressement demandé sera lui-même à l'avantage du public—De simples allégations ne suffisent pas pour établir qu'un nouveau report du renvoi est dans l'intérêt du public—Les nombreux reports ternissent l'image du système—Un règlement rapide du dossier du demandeur est dans l'intérêt du public—L'intérêt du public et la prépondérance des inconvénients favorisait l'exécution de la mesure de renvoi le plus tôt possible—Demande rejetée.

SINGH C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (IMM-223-05, 2005 CF 159, juge Phelan, ordonnance en date du 1-2-05, 12 p.)

*Personnes interdites de territoire*

Le demandeur, détenu depuis 2001 par suite d'un certificat de sécurité, avait demandé le contrôle de la détention conformément à l'art. 84(2) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Exposé des faits, de la preuve publique, des témoignages antérieurs, de la position des parties—L'art. 84(2) de la Loi met l'accent sur la question de savoir si le ressortissant étranger (le demandeur) sera renvoyé dans un délai raisonnable—S'il existe une preuve que le renvoi n'aura pas lieu dans un délai raisonnable, il faut examiner la question de savoir si la mise en liberté constituera un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui—Les conditions de détention ainsi qu'une longue détention peuvent être telles que, dans certaines circonstances, l'expression « dans un délai raisonnable » prend le sens de « l'urgence »—En l'espèce, le demandeur était détenu depuis longtemps et il avait été en isolement cellulaire pendant presque toute la durée de sa détention dans l'établissement, qui était conçu pour une incarcération de courte durée—Ces conditions étaient inacceptables—Étant donné que le temps nécessaire pour procéder au renvoi du demandeur a été prolongé principalement parce que celui-ci avait exercé des recours en justice en vue de l'empêcher, la Cour avait le pouvoir discrétionnaire de ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai en résultant—Toutefois, à cause des conditions de détention inacceptables, la Cour n'a pas exercé ce pouvoir discrétionnaire—L'expulsion n'était pas possible tant que l'avis de danger prévu à l'art. 115(2)b) de la Loi en ce qui concerne le demandeur n'était pas rendu—La préparation de cet avis allait probablement prendre plus de temps étant donné que le demandeur risquait la torture s'il était expulsé—De plus, l'appel interjeté par le demandeur devant la C.S.C. dans

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

une affaire connexe ne devait être entendu que dans plusieurs mois, et il était possible de soutenir que le demandeur ne serait pas renvoyé avant l'audience—Pour ces motifs, le renvoi du demandeur n'était pas imminent et il ne serait pas effectué dans un délai raisonnable—Il a été satisfait au premier critère applicable à la mise en liberté—Toutefois, la mise en liberté du demandeur constituait un danger pour la sécurité nationale et pour la sécurité d'autrui à cause de sa participation au djihad et à la falsification de documents—Quant au sens de l'expression « danger pour la sécurité du Canada », la juge s'est inspirée des remarques de la C.S.C. dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3—En l'espèce, selon une preuve non controversée, la principale menace terroriste pour l'Amérique du Nord émanait du mouvement djihadiste—Il s'agissait de savoir si le demandeur avait adopté l'extrémisme islamique—Compte tenu de la preuve (à savoir l'association du demandeur aux intégristes islamiques, ses séjours fréquents dans des camps d'entraînement terroristes), la participation du demandeur au djihad permettait de soupçonner d'une façon objectivement raisonnable que le demandeur avait adopté l'idéologie islamique extrémiste épousée par Oussama ben Laden—La preuve en l'espèce donnait également lieu à des soupçons objectivement raisonnables que le demandeur avait été membre d'un réseau s'occupant de la falsification de documents—Le fait que les terroristes comptaient sur de faux documents pour faciliter les déplacements n'était pas contesté—La combinaison de la participation du demandeur au djihad, de son adoption de l'idéologie islamique extrémiste épousée par Oussama ben Laden et de son appartenance à un réseau s'occupant de la falsification de documents permettait de conclure que le demandeur constituait un danger pour la sécurité nationale et pour la sécurité d'autrui—Le temps qui s'était écoulé, auquel venait s'ajouter une rupture de contact, ainsi que l'imposition de conditions ne neutraliseraient pas le danger—Il n'existait aucun mécanisme visant à assurer que le demandeur se conforme aux conditions que la Cour pourrait imposer—Cela étant, le demandeur ne pouvait pas être mis en liberté—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 84(2), 115(2)b).

ALMREIC. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (DES-5-01, 2005 CF 1645, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 5-12-05, 188 p.)

**PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'évaluation des risques avant renvoi (l'agente d'ERAR), qui avait rejeté la demande de dispense fondée sur des motifs d'ordre humanitaire qu'avaient déposée les demandeurs pour être autorisés à présenter depuis le Canada une demande de résidence permanente—Le demandeur principal était un

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

ressortissant mexicain et hondurien; ses personnes à charge étaient de nationalité mexicaine—Les demandes du statut de réfugié étaient fondées sur la prétendue crainte du demandeur principal d'être persécuté au Mexique et au Honduras en raison des opinions politiques qu'on lui imputait et de son appartenance à un groupe social, en tant qu'ancien employé de banque impliqué dans une enquête portant sur une fraude bancaire—La demande de statut de réfugié et la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire ont été rejetées—Les demandeurs ont présenté une demande d'évaluation des risques avant renvoi (la demande d'ERAR) et une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—L'agente d'ERAR a conclu que les demandeurs ne seraient pas exposés à un risque de persécution ou de torture, à une menace pour leurs vies ou à un risque de subir des traitements ou peines cruels et inusités s'ils retournaient vers les pays dont ils avaient la nationalité—La même agente a aussi refusé le même jour la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, en qualifiant de « négligeable » le niveau d'établissement des demandeurs au Canada—1) L'agente n'a pas commis un manquement à l'équité procédurale en ne donnant pas aux demandeurs l'occasion de s'exprimer sur la décision relative à la demande d'ERAR avant qu'elle ne rende sa décision sur la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—L'agente n'avait pas l'obligation de divulguer le contenu de l'analyse des risques de retour puisqu'aucun tiers n'avait participé à la décision prise : *Zolotareva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003 CF 1274)—2) L'évaluation d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire doit prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants concernés par la décision : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817—Selon l'arrêt *Baker*, l'agente était tenue d'être réceptive, attentive et sensible à l'intérêt des enfants—Les art. 25(1) et 3(3)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, art. 25(1) et 3(3)f), imposait-elle à l'agente une obligation beaucoup plus élevée, celle de tenir compte de l'intérêt des enfants et de reconnaître à cet intérêt un rang « primordial » dans la décision relative à la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire?—Selon la preuve, l'intérêt des enfants ici a été jugé primordial dans la décision—Rien ne permettait d'affirmer que les enfants seraient exposés à des risques ou ne pourraient se rétablir avec succès en cas de renvoi dans leur pays de nationalité—Le fait que les enfants puissent se trouver mieux au Canada, sur le plan du confort en général ou celui des possibilités futures, ne saurait être concluant dans une décision en matière de motifs d'ordre humanitaire—3) Il n'appartient pas à la Cour d'apprécier à nouveau la preuve du niveau d'établissement et de substituer sa propre opinion à celle de l'agente—Une décision concernant des motifs d'ordre humanitaire requiert l'appréciation et la mise en équilibre de la grande variété de facteurs mis en présence dans le cas considéré—Toutes les circonstances de l'affaire ont été prises

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

en compte et l'agente a bien apprécié les facteurs pertinents, en dépit de l'emploi du mot « négligeable » dans une autre section de sa décision—Sur le formulaire de demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, la section intitulée « Décision et motifs » montrait que l'agente avait bien considéré les facteurs liés au niveau d'établissement et exposés dans la demande—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3)f), 25(1).

VASQUEZ C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1880-04, 2005 CF 91, juge Russell, ordonnance en date du 20-1-05, 19 p.)

**COURONNE****BIENS IMMEUBLES**

Demande pour que soit rendu un jugement déclaratoire disant que certains baux à loyer du parc national du Mont-Riding confèrent un droit de reconduction à tous les 42 ans, à perpétuité—Les baux, concédés à l'origine par la Couronne fédérale entre 1934 et 1959, renfermaient des options autorisant leur reconduction pour une nouvelle période de 42 ans, et cela à perpétuité—Aucun des demandeurs titulaires d'une tenure à bail n'était un preneur à bail original de la période susdite—De 1965 à 1970, le gouvernement a appliqué une nouvelle politique régissant les baux conclus dans les parcs—Selon cette politique, pour pouvoir céder une tenure à bail, il fallait une renonciation au bail initial et la signature d'un nouveau bail d'une durée de 42 ans sans possibilité de reconduction—À l'époque du dépôt de la déclaration, les demandeurs détenaient tous de nouveaux baux qui ne conféraient pas un droit de reconduction perpétuelle—Certains des demandeurs étaient les premiers titulaires de ces nouveaux baux, et d'autres étaient des cessionnaires—Les documents de cession étaient suffisamment complets pour établir l'existence, entre les titulaires originaux des baux à reconduction perpétuelle et les demandeurs, d'une chaîne de droits qui suffisait à leur conférer l'intérêt requis pour présenter la réclamation—À l'époque des cessions, les cessionnaires originaux avaient eu le sentiment que la décision de la Couronne était injuste et illicite, mais ils avaient décidé de ne pas engager de procédures, préférant attendre une éventuelle solution politique—Vu l'important laps de temps qui s'était écoulé, la prétention des demandeurs selon laquelle les cessions étaient illicites était devenue prescrite—La Loi sur la prescription du Manitoba était le texte applicable en matière de prescription—Les demandeurs ont fait valoir, erronément, que l'action ne prendrait pas naissance tant qu'un demandeur n'aurait pas été dépossédé du domaine à bail qu'il entendait revendiquer (c'est-à-dire à l'expiration des baux, en 2006 ou 2007)—L'art. 26 de la Loi obligeait la Cour à se concentrer sur le domaine ou le droit réclamé, de telle sorte

**COURONNE—Fin**

que la dépossession matérielle du bien-fonds lui-même n'était pas en cause—Ici, l'intérêt revendiqué était un droit de reconduction perpétuelle—Les demandeurs ont été dépossédés de cet intérêt le jour où ils ont renoncé aux baux à reconduction perpétuelle—La décision des demandeurs de ne pas recourir à la justice avant 1996 avait été prise librement, et cela à la suite d'avis juridiques indépendants—Ils ne pouvaient donc pas prétendre que leur action n'était pas prescrite—Rien n'indiquait que les demandeurs avaient été encouragés ou amenés à croire par la Couronne que celle-ci leur reconnaissait un intérêt juridique ininterrompu dans le droit de reconduction perpétuelle—Le jugement déclaratoire était bel et bien soumis au délai de prescription, car il ne s'agissait pas d'un recours en injonction, mais d'un recours qui découlait d'un événement passé (par opposition à un recours en injonction conçu pour empêcher des violations futures)—La réclamation des demandeurs était prescrite—Réclamation rejetée—Il a été établi que l'exercice des droits avait été volontairement et en toute connaissance de cause abdicué en faveur d'autres solutions (c'est-à-dire des solutions politiques)—Loi sur la prescription des actions, C.P.L.M., ch. L150, art. 26.

ABBOTT C. CANADA (T-1168-96, 2005 CF 163, juge Russell, jugement en date du 2-2-05, 29 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****FIN D'EMPLOI**

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le dirigeant principal délégué des ressources humaines de la GRC (l'agent de la GRC) au sujet d'un grief déposé en vertu de l'art. 91 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique—Le demandeur a travaillé comme fonctionnaire civil de la GRC en vertu d'une nomination pour une période déterminée reconduite successivement du 12 octobre 1999 au 31 mars 2003—Le demandeur a reçu un préavis d'un mois l'informant que sa nomination ne serait pas renouvelée—La politique du Conseil du Trésor en vigueur lorsque le demandeur a été embauché pour la première fois (la politique de 1999) imposait un avis officiel de cinq semaines—Cette politique a été remplacée par la nouvelle politique du 1<sup>er</sup> avril 2003—La nouvelle politique obligeait les ministères à nommer pour une période indéterminée les fonctionnaires nommés pour une période déterminée qui avaient travaillé pendant au moins trois ans sans interruption de service—Le demandeur a déposé un grief au motif qu'il n'avait pas reçu d'avis officiel, et que sa nomination devait donc être prolongée au 4 avril 2003, ce qui lui rendait applicable la nouvelle politique—Ce grief a été rejeté par le dirigeant de la GRC—Interprétation de l'expression « avis officiel »—Elle s'entend d'un avis écrit—La décision de l'agent de la GRC est donc incorrecte car il ne s'est pas penché sur cette question—La question de savoir si

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

la politique de 1999 a créé des droits reconnus par la loi dépend de l'intention et du contexte dans lequel la directive a été publiée—Il n'y a rien dans la politique ou dans le contexte dans lequel elle a été adoptée qui permette de penser que cette politique devrait être considérée comme une règle de droit ayant conféré au demandeur une nomination jusqu'au 4 avril 2003—L'art. 25 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique prévoit que le fonctionnaire nommé pour une période déterminée perd sa qualité de fonctionnaire à l'expiration de cette période—Si elle ordonnait que l'on considère que le demandeur a bénéficié d'une nomination jusqu'au 4 avril 2003, la Cour donnerait à une politique la préséance sur une loi fédérale—De même, les tribunaux s'opposent énergiquement à ce que, par le biais du contrôle judiciaire, la Cour contournne la procédure de règlement des griefs prévue par la loi et accorde ou refuse d'accorder les réparations que cette procédure ouvre aux personnes lésées—L'affaire est renvoyée pour réexamen—Selon l'art. 91 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, l'agent des griefs n'est pas obligé de se contenter de recommander l'observation des droits prescrits par la loi—Demande accueillie—Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 25.

ENDICOTT C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-1438-03, 2005 CF 253, juge suppléant Strayer, ordonnance en date du 16-2-05, 10 p.)

**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Principe de mérite*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un comité d'appel nommé en vertu de l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique qui a rejeté un appel des demandeurs, lesquels n'ont pas été reçus, relativement à des concours—Les demandeurs avaient posé leur candidature à des postes de gestion à Santé Canada (SC)—On a fait passer le test « In-Basket » pour la gestion 810 (le test 810) pour présélectionner les candidats—Un courriel de la Commission de la fonction publique aux agents du personnel à SC mentionnait que le test 810 avait un certain effet défavorable pour les minorités visibles, mais que l'effet était minime avec une note de passage de 14/25—Les demandeurs ont fait valoir que le test ne respectait pas le principe du mérite prescrit à l'art. 10 de la Loi—Le comité a conclu que le test avait mené à la sélection des candidats les plus aptes—Pour décider si le concours respectait le principe du mérite, il fallait trancher la question de savoir si le test employé était pertinent pour déterminer la capacité pour les candidats d'occuper le poste—Un lien rationnel est requis entre les exigences imposées aux candidats et la sélection selon le mérite relativement au poste en question—Le comité n'a pas commis d'erreur en examinant

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

la question de savoir si le test employé pouvait raisonnablement être considéré comme étant une mesure assez juste de la capacité—Le comité disposait d'une preuve concernant la validité élevée du test, d'éléments de preuve selon lesquels l'effet défavorable du test sur les minorités visibles n'était pas à un niveau permettant de contester la validité du test et une preuve relativement aux taux de réussite des minorités visibles comparativement aux autres—À la lumière de cette preuve, le comité a agi raisonnablement—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21(mod., *idem*, art. 16; 1996, ch. 18, art. 15).

CHOPRA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-776-04, 2005 CF 252, juge suppléant Strayer, ordonnance en date du 16-2-05, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****PÉNALITÉS**

Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de rejeter la demande d'allègement des intérêts et des pénalités concernant l'impôt exigible présentée par les demandeurs—Des représentants du défendeur ont assuré aux demandeurs qu'ils n'auraient pas à payer d'impôts pendant l'établissement de la nouvelle cotisation mais que les intérêts courraient—Ils n'ont rien dit au sujet des pénalités—Dans son refus de la demande d'allègement fiscal, il ne semble pas que le défendeur ait examiné la question de savoir s'il était justifié d'imposer des pénalités—Les demandeurs ont été avertis que s'ils n'effectuaient pas les versements, les intérêts s'accumuleraient; par conséquent, il n'est pas justifié d'imposer des pénalités dans ce cas—La décision du défendeur concernant l'allègement des pénalités imposées n'est pas justifié—Demande accueillie en partie.

RAHEY C. M.R.N. (T-2208-03, 2005 CF 86, juge Phelan, ordonnance en date du 20-1-05, 6 p.)

**PRATIQUE**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2004 CF 573) accueillant en partie la requête présentée par l'intimée afin que soit radiée en partie la demande de fourniture et de production—L'intimée organise la vente d'œuvres d'art à des contribuables canadiens qui en font ensuite don à des organismes de bienfaisance—Le prix payé par les donateurs est inférieur à la valeur d'expertise des œuvres d'art sur laquelle est fondée la déduction fiscale, ce qui procure un avantage financier net aux donateurs—Le ministre a entrepris une vérification de l'intimée et a demandé que lui soient fournis des renseignements et des documents conformément à l'art. 231.2(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'intimée

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

a accepté de fournir au ministre tous les renseignements et documents demandés, sauf le nom des donateurs et des organismes de bienfaisance—La Cour fédérale a statué que le ministre avait le droit de connaître le nom des organismes de bienfaisance, mais non celui des donateurs—Selon l'art. 231.2(2) de la Loi, le ministre ne peut exiger d'un tiers qu'il fournisse des renseignements ou des documents concernant des personnes non désignées nommément sur lesquelles il souhaite mener une enquête, sans y être autorisé par un juge—L'autorisation est nécessaire en l'espèce en ce qui concerne les donateurs car ceux-ci sont censés faire l'objet d'enquêtes de la part du ministre—Les art. 231.2(2) et (3) de la Loi ne s'appliquent pas si les personnes non désignées nommément ne font pas elles-mêmes l'objet d'une enquête—Aucune autorisation n'est requise dans le cas des organismes de bienfaisance car aucune preuve n'indique que le ministre souhaite obtenir le nom de ces organismes pour vérifier s'ils se conforment à la Loi—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.2(1) (mod. par L.C. 1986, ch. 6, art. 121; 2000, ch. 30, art. 176), (2) (mod. par L.C. 1986, ch. 6, art. 121), (3) (mod. par L.C. 1986, ch. 6, art. 121; 1996, ch. 21, art. 58).

ARTISTIC IDEAS INC. C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (A-266-04, 2005 CAF 68, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 25-2-05, 9 p.)

**SAISIES**

Requête présentée en vue de faire annuler l'ordonnance de recouvrement préventif *ex parte* prononcée en vertu de l'art. 225.2(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu concernant la saisie de 373 750 \$ en argent comptant du défendeur pour impôts impayés—Le M.R.N. a fait une divulgation complète et sincère dans le cadre de sa requête *ex parte*—Les éléments de preuve tendant à démontrer que l'argent n'appartient pas au défendeur consistent en trois lettres signées, mais dont les auteurs n'ont pas prêté serment—Il n'existe aucune pièce justificative pour appuyer les allégations qui n'ont pas été faites sous serment—Le défendeur n'a pas réfuté la présomption selon laquelle l'argent lui appartient—Il existe des motifs raisonnables de croire que l'octroi d'un délai pour payer le montant compromettrait le recouvrement du montant de la cotisation établie par le M.R.N.—Cette conclusion est fondée sur le fait que l'argent comptant dont on ne peut retracer l'origine a retrouvé dans l'automobile du défendeur et que son comportement est peu orthodoxe—Demande rejetée—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 225.2(2) (mod. par L.C. 1985, ch. 45, art. 116; 1988, ch. 55, art. 170).

M.R.N. C. ARAB (T-2107-04, 2005 CF 264, juge Harrington, ordonnance en date du 18-2-05, 8 p.)

**INJONCTIONS**

Requête en injonction interlocutoire pour empêcher la défenderesse de donner accès à la propriété intellectuelle de la demanderesse à son concurrent (Seprotech) dans l'attente de l'instruction de l'action—La demanderesse et la défenderesse ont conclu des contrats pour la mise au point de systèmes de purification d'eau par osmose inverse (les SPEOI)—Il était implicitement prévu dans les contrats que la demanderesse posséderait les droits de propriété intellectuelle dans les SPEOI, mais les contrats accordaient à la défenderesse une licence libre de redevance pour fabriquer, faire fabriquer et utiliser les SPEOI et permettaient également à la défenderesse de reproduire, d'utiliser et de communiquer, à des fins gouvernementales, les renseignements techniques fournis par l'entrepreneur à la défenderesse—Plusieurs SPEOI ont été produits—Pendant quelque dix ans, la défenderesse a attribué des contrats d'entretien à fournisseur unique à la demanderesse—Seprotech a contesté le processus à fournisseur unique—À la suite d'une demande de proposition concurrentielle, un contrat a été attribué à Seprotech—La demanderesse a intenté son action et a sollicité l'injonction—Une question sérieuse a été soulevée en ce qu'il y avait des questions d'interprétation difficiles relativement aux contrats concernant l'existence d'une licence pour utiliser la propriété intellectuelle—Toutefois, il n'y avait aucune préjudice irréparable ne pouvant être compensé par des dommages-intérêts parce que 1) la défenderesse est solvable, établie de façon permanente dans le ressort et facile à trouver; 2) la preuve ne démontre pas de quelle façon la demanderesse subira un préjudice irréparable, vu l'entente de confidentialité conclue entre Seprotech et la défenderesse (selon laquelle la propriété intellectuelle ne serait utilisée que pour les seules fins du contrat d'entretien)—Même s'il y avait eu une justification pour une injonction, l'art. 22 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif empêchait la Cour d'accorder une injonction contre la Couronne dans la présente action pour inexécution d'un contrat—Une distinction est faite d'avec les cas où une injonction est délivrée contre un ministre ou un autre fonctionnaire de la Couronne pour l'empêcher d'agir en outrepassant le pouvoir que lui confère la loi ou la constitution—Requête rejetée—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 28; 2001, ch. 4, art. 46(F)).

ZENON ENVIRONMENTAL INC. C. CANADA (T-610-04, 2005 CF 210, juge suppléant Strayer, ordonnance en date du 10-2-05, 12 p.)

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles datée

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Suite**

du 15 juillet 2002, dans laquelle la Section a confirmé la décision de la Commission de révoquer la libération conditionnelle du demandeur—Le demandeur, un délinquant sexuel dangereux, a été condamné en 1977 à une période de détention préventive—Entre 1988 et 2001, la libération conditionnelle du demandeur a été annulée et rétablie à de nombreuses reprises—Le demandeur a été arrêté le 17 décembre 2001 et sa libération conditionnelle a été révoquée le 22 février 2002 par suite d'une audience devant la Commission—Le 15 juillet 2002, la Section d'appel a rejeté l'appel de cette décision interjetée par le demandeur—Le contrôle par la Cour fédérale de la décision de la section d'appel ne doit pas viser que les conclusions de la Section d'appel—Comme la Section d'appel n'a fait que confirmer l'ordonnance de la Commission, la Cour fédérale, compte tenu de l'arrêt *Cartier c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 317 (C.A.), ne doit pas commencer par une analyse de la décision de la Section d'appel; elle doit d'abord analyser la décision de la Commission et décider de sa légitimité—La Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu en vertu des art. 107(1)b) et 135 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (la LSCMLC) de mettre fin à la libération conditionnelle pour inobservation des conditions de la libération conditionnelle ou pour protéger la société—La décision en l'espèce a été examinée selon la norme de la décision raisonnable—La Commission n'a commis aucune erreur de fait—Le fait que deux des membres de la Commission aient déjà participé à l'examen d'une demande de libération conditionnelle du demandeur en 2001 ne crée pas une crainte raisonnable de partialité parce que les membres de la Commission siégeaient dans le cadre d'un examen différent de la libération conditionnelle (plutôt que dans le cadre d'un nouvel examen de la décision rendue par les membres de la Commission en 2001)—Il est à prévoir qu'un membre de la Commission sera nécessairement, tôt ou tard, appelé à entendre une autre demande de libération conditionnelle du même demandeur puisque les détenus subissent un examen de la libération conditionnelle tous les deux ans—Si le législateur avait voulu éviter cette situation par ailleurs inévitable, il aurait adopté une loi à cet effet—La très grande majorité des motifs invoqués par la Commission visent l'évaluation du risque que présente le demandeur pour la société—La Commission n'a donc pas commis d'erreur de droit—La non-disponibilité de l'information (en l'espèce le test polygraphique (lequel devait permettre de savoir si le demandeur avait perpétré une quelconque infraction depuis l'obtention de sa libération conditionnelle totale) n'entraînera l'ajournement ou le report de l'audience que si la Commission estime que les renseignements manquants sont suffisamment importants pour qu'il lui soit impossible d'apprécier raisonnablement le risque en leur absence—En l'espèce, la Commission a bien tenu compte de tous les renseignements pertinents—Les résultats

**LIBÉRATION CONDITIONNELLE—Fin**

du test polygraphique n'auraient rien changé à la décision de la Commission—La Cour applique *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; le demandeur a obtenu sa libération conditionnelle et il est donc privé de sa liberté en raison de la révocation de cette libération—Comme le demandeur a eu l'occasion de purger sa peine dans la collectivité, la révocation de sa libération conditionnelle est suffisamment importante pour justifier la protection de la Charte—La justice fondamentale exige un juste équilibre entre la liberté individuelle et la protection du public—La Commission n'a commis aucune erreur dans l'appréciation du risque que représente le comportement du demandeur; il n'y a eu aucune violation de l'art. 7 de la Charte—La peine pour une période indéterminée infligée au demandeur ne constitue pas une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la Charte compte tenu de la preuve dont la Cour est saisie (p. ex., le fait que le demandeur a violé à de nombreuses reprises les conditions de sa libération, le fait que le demandeur devait suivre un programme supplémentaire pour délinquants sexuels pour qu'il puisse maîtriser ses pulsions sexuelles)—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 107(1)b) (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 13; 1998, ch. 35, art. 110; 2000, ch. 24, art. 36), 135 (mod. par L.C. 1995, ch. 22, art. 18; 1995, ch. 42, art. 50, 69(A), 70(A); 1997, ch. 17, art. 32(F), 32.1—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, 12.

ANEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1318-02, 2005 CF 182, juge Beaudry, ordonnance en date du 7-2-05, 33 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****ENREGISTREMENT**

Appel de la décision de la Cour fédérale par laquelle elle a autorisé l'enregistrement des marques de commerce « Cushman & Wakefield » et « Cushman & Wakefield Design »—L'appelante a contesté l'enregistrement au motif qu'il créait de la confusion avec les marques de commerce « Wakefield Design », « Wakefield » et le nom commercial « Wakefield Realty Corporation », tous utilisés au Canada par l'appelante—« Wakefield » et « Wakefield Realty Corporation » sont utilisées au Canada en rapport avec des services dans le domaine immobilier—La Cour fédérale a appliqué régulièrement le critère, en matière de confusion, qui est décrit à l'art. 6(5) de la Loi sur les marques de commerce, même si elle n'a pas soulevé la question de la confusion d'une manière aussi systématique qu'elle aurait dû le faire—Le juge a analysé tous les éléments requis comme le caractère distinctif

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

inhérent des marques, dans quelle mesure les marques sont connues, la période d'utilisation des marques de commerce, le genre de services offerts—L'emploi de la marque « Cushman & Wakefield Worldwide » en rapport avec les services offerts par Royal LePage n'est pas limité au service d'aiguillage frontalier mais également en rapport avec tous les services de courtage immobilier commercial offerts par Royal LePage—En conformité avec les art. 4 et 50 de la Loi, cet usage constituait l'emploi d'une marque au Canada par l'intimée en rapport avec le courtage immobilier commercial—La preuve dont le juge était saisi révélait que Royal LePage avait beaucoup utilisé la marque de commerce « Cushman & Wakefield Worldwide »—La Cour fédérale était donc fondée à conclure que le nom de l'intimée était bien connu au Canada dans les milieux concernés et qu'il était utilisé depuis suffisamment longtemps—Invoquant la nature de l'industrie de l'immobilier, la Cour a conclu qu'il n'y avait aucune probabilité réelle de confusion entre les marques compte tenu des marchés différents dans lesquels l'appelante et l'intimée exploitent leurs entreprise—L'intimée représente des clients qui ont besoin de services de courtage immobilier commercial alors que l'appelante offre à ses clients des services de courtage immobilier résidentiel—La Cour fédérale n'a pas été induite en erreur sur la nature de l'instance, la Cour n'a trouvé aucune erreur de droit, de fait ou mixte de droit et de fait qui soit manifeste et dominante de manière à justifier l'intervention de la Cour—Appel rejeté—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4, 6, 50 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 233; 1999, ch. 31, art. 211(F)).

CUSHMAN & WAKEFIELD, INC. C. WAKEFIELD REALTY CORP. (A-132-04, 2004 CAF 415, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 9-12-04, 9 p.)

**PÉNITENCIERS**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2003 CF 1438) concluant que le renvoi de l'appelant du Centre régional de traitement (CRT) et son retour au pénitencier de Warkworth (l'établissement d'origine) ne constituaient pas un transfèrement non sollicité—L'appelant, un délinquant sexuel récidiviste, s'est inscrit à un programme de traitement d'une durée de 30 semaines au CRT—Pendant qu'il était au CRT, il a manqué aux attentes en matière de comportement décrites dans son contrat de traitement—L'appelant a été renvoyé au pénitencier de Warkworth sans avoir eu la possibilité de réagir à la décision concernant son renvoi—Il soutenait que le fait d'avoir été renvoyé du CRT sans avoir eu la possibilité de présenter des observations était contraire à l'art. 12 du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Un délégué du commissaire a décidé que le transfèrement de l'appelant n'avait pas été sollicité, mais était justifié—La C.F. a statué qu'il n'y avait pas eu transfèrement

**PÉNITENCIERS—Fin**

en l'espèce puisque les transfèrements ne s'appliquent qu'aux situations où on s'attend à ce qu'un détenu soit logé en permanence dans un nouvel établissement d'origine, et elle a renvoyé l'affaire au commissaire—Appel rejeté—Le déplacement initial de l'appelant du pénitencier de Warkworth au CRT était un « transfèrement » au sens de l'art. 29 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, mais comme ce transfèrement avait été sollicité, l'art. 12 du Règlement ne s'appliquait pas—Rien dans la Loi ou dans le Règlement n'indique qu'un transfèrement visé à l'art. 29 doit être permanent—En l'espèce, l'appelant a été « renvoyé » et non « transféré » à Warkworth—Le retour possible de l'appelant avait été prévu lors de son transfèrement initial sollicité et son renvoi avait simplement accéléré ce retour—Une analyse de la Loi et du Règlement en fonction de l'objet visé et du contexte étai cette conclusion—Qualifier de « transfèrement » le retour d'un détenu à la suite d'un traitement nuirait au bon fonctionnement des établissements de traitement étant donné que le détenu pourrait refuser de retourner à son établissement d'origine, ce qui empêcherait son retour rapide (parce que l'art. 12 du Règlement s'appliquerait)—Le retour rapide est nécessaire afin d'assurer la sécurité et l'efficacité des établissements de traitement—L'art. 12 du Règlement ne peut donc pas s'appliquer—En ce qui concerne l'équité procédurale, il faut déterminer si l'appelant a eu la possibilité de répondre aux allégations faites contre lui avant que la décision de le renvoyer soit prise—Selon les facteurs établis dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, le degré d'équité procédurale auquel l'appelant avait droit est relativement bas—L'appelant a eu la possibilité de répondre aux allégations faites contre lui pendant l'enquête sur l'incident et aussi de présenter des observations additionnelles au moyen du mécanisme de griefs, de sorte que l'obligation d'équité a été respectée—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 12—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 29 (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 11).

SWEET C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (A-8-04, 2005 CAF 51, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 7-2-05, 18 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire visant la décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) portant que le demandeur n'a pas le droit de recevoir une pension d'incapacité de service militaire accordée pour dépression grave—Le demandeur a fait l'objet d'un diagnostic de dysthymie ou dépression légère au début de 1996 suite à une



**PENSIONS—Suite**

promotion—En 1997, le demandeur a été affecté à un autre poste à l'École de l'électronique et des communications des Forces canadiennes (EEFC)—Dès le début, il n'entretenait pas de bons rapports avec son supérieur à l'EEFC—Le demandeur a commencé à consulter plus régulièrement un médecin pour les symptômes découlant de son stress—En 1998, le demandeur a été informé qu'il ferait l'objet d'une promotion temporaire—Cette promotion a été annulée après que le demandeur eut reçu un avertissement écrit (AE) de la part du superviseur—L'avertissement a été retiré deux semaines plus tard, mais, d'après le demandeur, sa réputation en avait déjà souffert et ses chances de promotion avaient disparu—Le demandeur affirme qu'il a fait l'objet de nombreuses autres rumeurs susceptibles de détruire sa carrière—Le demandeur a déposé un grief au sujet de l'AE—Le demandeur souffrait par maintenant de dépression grave et a fait une dépression nerveuse après avoir reçu une décision négative quant au grief—Le demandeur a connu des revers considérables au sujet de son grief avant que le Comité des griefs des Forces canadiennes ne juge que l'AE et la façon dont son grief à ce sujet avait été traité était inappropriés et recommande qu'on attribue au demandeur une indemnité sous la forme d'une pension d'invalidité—À cette époque, le demandeur avait été libéré de façon permanente de l'armée pour des raisons médicales reliées à sa dépression grave—La demande de pension d'invalidité a été rejetée par le ministère des Anciens combattants en décembre 2000 au motif que la dépression grave dont souffrait le demandeur n'était pas reliée à son service militaire—Cette décision a été maintenue par le comité de révision du Tribunal et par le Tribunal lui-même—L'expression « service militaire » est définie dans la Loi sur les pensions comme « [l]e service en qualité de membres des forces » et l'expression « membre des forces » désigne « [q]uiconque a servi dans les Forces canadiennes à tout moment depuis le commencement de la Première Guerre mondiale »—Conformément à l'art. 2 et à la présomption de l'art. 21(3) de la Loi sur les pensions, cette définition doit être interprétée très largement—Cette définition comprend les interactions administratives et les décisions opérationnelles touchant le demandeur—La norme de la décision manifestement déraisonnable est applicable lorsqu'il s'agit de décider si les preuves médicales démontrent que l'invalidité a été en fait causée ou aggravée par le service militaire—En vertu de l'art. 39b) de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel), le Tribunal est tenu d'accepter tout élément de preuve non contredit—Le Tribunal a indiqué dans sa décision qu'il acceptait les diagnostics des médecins, mais pas nécessairement les motifs sur lesquels ils étaient basés et les diagnostics montrent tous une évolution progressive de la maladie du demandeur qui passe d'une dysthymie en 1996 à une dépression grave en 1998—La

**PENSIONS—Fin**

preuve révèle que l'état de santé du demandeur s'est aggravé après le prononcé des deux premières décisions relatives à son grief—Le Tribunal s'est principalement fondé sur un rapport partiellement contradictoire sans mentionner pourquoi il l'avait préféré à l'ensemble des nombreuses preuves fournies par les divers autres médecins—Cette approche est manifestement déraisonnable car elle n'est pas conforme à l'art. 39a) de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) qui oblige le Tribunal à formuler les conclusions les plus favorables possible au demandeur, ni avec l'art. 39c) qui oblige le Tribunal à trancher en faveur du demandeur toute incertitude quant au bien-fondé de sa demande—Quant à la cause, la norme plus large traitant de ce qui « découle de » la situation est applicable et cette norme exige uniquement l'existence d'un lien de causalité, non pas celle d'une cause directe—Rien n'exige que la maladie ait une seule cause—Le Tribunal n'a pas analysé correctement le lien de causalité et a commis une erreur de droit, il s'est plutôt attaché à examiner certaines décisions relatives à la notion de vulnérabilité de la victime, ou à celle de personnalité fragile—Demande accueillie—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-7, art. 2, 3(1), « membre des forces » (mod. par L.C. 1999, ch. 10, art. 4; 2000, ch. 34, art. 20), « service militaire » (mod. par L.C. 1999, ch. 10, art. 4), 21(3) (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 43)—Loi sur le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) L.C. 1995, ch. 18, art. 39a),b).

MATUSIAK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1341-04, 2005 CF 198, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 9-2-05, 33 p.)

**PRATIQUE****AFFIDAVITS**

Requête présentée par le défendeur en vue de déposer auprès de la Cour des affidavits confidentiels visant des demandes de contrôle judiciaire de demandes d'accès à l'information—Requête accueillie—Le défendeur est autorisé à déposer sous le sceau du secret les documents se rapportant à ses communications avec le Commissaire à l'information faites dans le cadre de l'enquête effectuée par ce dernier, parce que 1) la Loi sur l'accès à l'information crée la présomption générale que les observations adressées au Commissaire à l'information doivent être gardées secrètes; 2) le défendeur se sert des documents comme d'un bouclier et non comme d'une épée, c'est-à-dire qu'il veut déposer des renseignements confidentiels pour se défendre—Les renseignements généraux de nature descriptive ont été prélevés et les renseignements demandés communiqués conformément aux directives de l'arrêt *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2005] 1



**PRATIQUE—Suite**

R.C.F. 403 (C.A.F.)—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.

BLANK C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE) (T-1013-04, T-1014-04, T-1015-04, T-1016-04, 2005 CF 280, juge Kelen, ordonnance en date du 23-2-05, 9 p.)

Requête contestant des affidavits soumis par les demanderesses dans l'appel interjeté contre le rejet par le registraire de leur opposition à la demande d'enregistrement d'une marque de commerce—Des affidavits à l'appui de l'appel ont été souscrits par des partenaires, associés et employés de Smart & Biggar, le cabinet d'avocats représentant les demanderesses—La défenderesse a soutenu qu'il n'était pas approprié que Smart & Biggar continuent de représenter les demanderesses et a présenté une requête interlocutoire pour radiation des affidavits ou destitution des avocats—Les affidavits ne causant pas préjudice à l'intimée, ils ne seront pas radiés—Il n'y a pas lieu d'ordonner à Smart & Biggar de cesser d'occuper, en raison des frais et de la confusion que cela occasionnerait—Toutefois, les demanderesses devraient charger d'autres avocats de préparer les arguments écrits et de présenter des arguments oraux à l'instruction.

BOJANGLES' INTERNATIONAL, LLC C. BOJANGLES CAFÉ LTD. (T-1466-04, 2005 CF 272, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-2-05, 15 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Chacune des parties avait déposé des requêtes se rapportant aux interrogatoires préalables—Elles ont toutes deux obtenu gain de cause dans leurs requêtes—Les parties ont présenté des arguments concernant les dépens des requêtes—Un calcul mathématique des points gagnés et perdus dans une requête ne permet pas de dire la mesure du succès de part et d'autre—Avant les modifications apportées en 1998 aux Règles de la Cour fédérale, les dépens afférents aux requêtes interlocutoires suivaient l'issue du principal, quelle que fût la partie qui obtenait gain de cause dans la requête—Position fondée sur le principe selon lequel l'adjudication de dépens dans une requête interlocutoire était prématurée—Depuis les modifications apportées en 1998, les tribunaux ont, en vertu du nouvel art. 401(1) des Règles, le pouvoir discrétionnaire d'adjudger les dépens, dans les requêtes interlocutoires, à l'une ou l'autre des parties, indépendamment du sort du principal—L'affaire *AIC Ltd. c. Infinity Investment Counsel Ltd.* (1998), 148 F.T.R. 240 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) a été jugée après les modifications de 1998—Ce jugement se fondait sur des décisions ontariennes qui avaient adjugé des dépens interlocutoires, payables sur-le-champ, afin d'accélérer le déroulement de l'instance et d'inciter les plaideurs à demeurer conscients des frais qu'occasionne un procès—Les dépens peuvent être adjugés

**PRATIQUE—Suite**

suivant le sort du principal tant que le pouvoir discrétionnaire est valablement exercé—Le protonotaire a adjugé ici les dépens suivant le sort du principal, afin de sensibiliser les plaideurs aux frais entraînés par un procès—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 401.

LÉTOURNEAU C. CLEARBROOK IRON WORKS LTD. (T-1864-00, 2004 CF 1626, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 19-11-04, 4 p.)

Révision de la décision de l'officier taxateur d'accorder les dépens au ministre malgré que celui-ci ait contesté avec succès une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour pour contester une décision ayant trait à la Loi sur la protection des renseignements personnels—La Cour fédérale a rejeté la demande des demandeurs fondée sur l'art. 41 de la Loi sur la protection des renseignements personnels et n'a fait aucune mention des dépens—Le ministre a néanmoins déposé son mémoire de frais afin de le faire taxer, et ce, en vertu de l'art. 52 de la Loi sur la protection des renseignements personnels—L'art. 52 prévoit que les frais et dépens suivent le sort du principal, sauf ordonnance contraire de la Cour ou sauf lorsque l'objet du recours a soulevé un principe important et nouveau quant à la Loi—Rien dans l'ordonnance ou dans les motifs n'indiquait qu'un principe important et nouveau quant à la Loi ait été soulevé—Sous le régime de l'art. 414 des Règles des Cours fédérales, la Cour ne peut intervenir à l'égard de la décision de l'officier taxateur que lorsqu'il y a eu une erreur manifeste de principe ou lorsqu'on peut établir que le montant taxé est à ce point déraisonnable qu'il doit être attribuable à une erreur de principe—L'officier taxateur a commis une erreur et le mémoire de frais doit lui être renvoyé pour taxation—Comme le jugement de la Cour fédérale ne comporte pas d'ordonnance au sujet des dépens, il est réputée comprendre une ordonnance pour les dépens—Le principe fondamental en l'espèce est que la Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens et de désigner les personnes qui doivent les payer (art. 400(1) des Règles)—Si un jugement ne comporte pas d'ordonnance au sujet des dépens, une partie peut demander des directives conformément à l'art. 403 des Règles—L'art. 52 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, lequel comprend des dispositions applicables par défaut en ce qui concerne les dépens, doit être interprété littéralement—Requête accueillie—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 41, 52—Règles des Cours fédérales (1998), DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25), 403, 414 (mod. par DORS/2004-283, art. 33).

RICHARDS C. M.R.N. (T-636-02, 2005 CF 24, juge Harrington, ordonnance en date du 12-1-05, 5 p.)

**PRATIQUE—Suite**

Il s'agit de savoir si l'action qui a été abandonnée à un stade relativement précoce peut donner lieu à des dépens susceptibles d'être taxés—Aux termes des art. 402 et 411 des Règles des Cours fédérales, les dépens afférents à une action et à une requête qui ont fait l'objet d'un désistement ou à une requête qui est abandonnée peuvent être taxés—Aucune disposition ne vise l'action qui est abandonnée—L'art. 4 (la règle des « lacunes ») est donc applicable, les dépens peuvent être taxés—Règles des Cours fédérales, SOR/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 402, 411.

FORESTEX MANAGEMENT CORP. C. LLOYD'S UNDERWRITERS (T-1287-02, 2005 CF 263, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 14-2-05, 3 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Exécution*

Requête portant en appel une ordonnance rendue en vertu de la règle 51(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) (Règles) accordant, en faveur de Sa Majesté la Reine (créancière), une ordonnance définitive de saisie-arrêt contre Steckmar National Realty and Investment Corporation (tierce saisie)—Ordonnance de saisie-arrêt rendue afin que la créancière recouvre une créance de 126 666, 39 \$ plus intérêt que lui doit la Corporation Steckmar (débitrice judiciaire)—La débitrice judiciaire a avancé des sommes totalisant 4 255 534,41\$ à la tierce saisie sur une période de 25 ans sans intérêt—La tierce saisie a utilisé la somme de 1 929 767 000 \$ de ce montant pour effectuer un prêt à Marina Development Inc. appartenant en totalité à l'un des actionnaires de la débitrice judiciaire—La débitrice judiciaire et la tierce saisie sont des compagnies liées—Aucun écrit ne confirmait le prêt mais les parties se sont entendues pour qu'il soit remboursable lorsque la situation financière de la tierce saisie le permettrait—La tierce saisie et la débitrice judiciaire se trouvaient en difficulté financière et la créance de la débitrice judiciaire était considérée comme une mauvaise créance—Le protonotaire s'est basé entre autres sur la règle 453 et a décidé que l'exigibilité est une composante importante de la créance car elle concerne l'arrivée du terme—Étant donné que le terme de l'obligation était incertain, le protonotaire a appliqué l'art. 1512 du Code civil du Québec (CcQ) pour le fixer—Selon le protonotaire, la Cour fédérale possède le pouvoir nécessaire pour résoudre les questions de droit provincial accessoires à la demande principale—La Cour fédérale doit reprendre l'analyse *de novo* de la décision en appel pour exercer son pouvoir discrétionnaire—Quant à la compétence de la Cour fédérale relativement à l'exécution d'un jugement, elle tire ses

**PRATIQUE—Suite**

pouvoirs des lois fédérales qui lui confèrent expressément sa compétence—La créancière a obtenu un certificat confirmant le montant qui lui était dû par la débitrice en vertu d'une loi fédérale et a présenté ce certificat à la Cour fédérale afin de la faire enregistrer—Comme l'enregistrement est réputé avoir donné au certificat le même effet que si un jugement avait été rendu par la Cour, la créancière pouvait obtenir l'exécution forcée de ce jugement—L'art. 449 des Règles prévoit qu'il est possible d'obtenir la saisie-arrêt pour le paiement de la dette constatée par le jugement—La Cour fédérale a compétence pour trancher des questions de droit provincial lorsque ces questions sont accessoires à la demande principale—En vertu de l'art. 449(1a) l'exigibilité de la dette est une question accessoire à une saisie-arrêt et la Cour fédérale est habilitée à trancher ce genre de question—Le conflit entre les parties consistait à préciser quand l'obligation devenait exigible, puisque l'entente des parties prévoyait que le terme était "selon que la situation financière de la tierce saisie le permettra"—La preuve démontrait qu'il n'y avait pas de mécanisme quelconque pour établir le moment du remboursement—La Cour fédérale était donc habilitée à trancher la question de l'exigibilité du terme en utilisant l'art. 1512 du CcQ—La Cour pouvait exercer au nom de la débitrice judiciaire les droits et actions que cette dernière possédait envers la tierce saisie en vertu de l'art. 1627 du CcQ lorsque la débitrice judiciaire était négligente—En vertu de la règle 453, le protonotaire pouvait juger par procédure sommaire puisque la tierce saisie contestait non l'existence de la dette mais l'obligation de payer—Afin de déterminer l'exigibilité de la dette, il fallait tenir compte du fait que la débitrice judiciaire a commencé il y a 25 ans à faire des avances à la tierce saisie sans intérêt et qu'environ 749 330 \$ ont été remboursées sur un prêt de 4 255 534,41 \$—Dans les circonstances, la dette était échue—Le protonotaire n'a commis aucune erreur de droit ou de fait nécessitant l'intervention de la Cour—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 51(1), 449, (1a), 453—Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1512, 1627.

CORPORATION STECKMAR C. STECKMAR NATIONAL REALTY AND INVESTMENT CORP. (ITA-1096-99, 2004 CF 1568, juge Beaudry, ordonnance en date du 26-11-04, 16 p.)

**RECOURS COLLECTIFS**

Requête sollicitant des éclaircissements pour savoir si la présente action devrait être instruite en tant que recours collectif en vertu de l'art. 114 (maintenant abrogée) des Règles de la Cour fédérale (1998) ou en tant que recours

**PRATIQUE—Fin**

collectif en vertu des art. 299.1 et suivants des Règles des Cours fédérales—Il s'agit de savoir si, par suite de l'abrogation de la règle sur les recours collectifs (en anglais, « *Representative Action* ») et de l'entrée en vigueur des règles sur les recours collectifs (en anglais, « *Class Action* »), une action intentée sous l'empire de l'ancienne règle peut être poursuivie telle quelle—Selon la jurisprudence, il est clair que les recours collectifs en vertu de l'ancienne règle sont devenus des recours collectifs aux termes des modifications de novembre 2002—Cependant, la Cour peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 55 des Règles en permettant que l'action soit instruite comme s'il s'agissait encore d'un recours collectif en vertu de l'ancienne règle—En l'espèce, il s'agit de droits ancestraux —Vu leur caractère collectif, il est difficile de concilier les droits ancestraux et les revendications issues de traités avec la procédure suivie en matière de recours collectif—Un jugement déclaratoire portant sur des droits ancestraux est une mesure réparatrice portant sur un droit collectif dont on ne peut s'exclure—Il lie chacun des membres du groupe visé—Il se peut que certains éléments des règles régissant les recours collectifs soient utiles à la présente instance, toutefois, il s'agit de questions qui peuvent être traitées dans le cadre de la gestion de l'instance—L'action se poursuivra en tant que recours collectif—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 114 (abrogée par DORS/2002-417, art. 12)—Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, art. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 299.1 (mod. par DORS/2002-417, art. 17).

GILL C. CANADA (T-165-01, 2005 CF 192, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 7-2-05, 10 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre nommé en vertu du Code canadien du travail—La demanderesse, une entreprise de jeux en ligne dûment autorisée par la Commission des jeux de Kahnawake, avait un établissement dans le territoire mohawk de Kahnawake, au Québec—Le défendeur occupait, avant son congédiement, un poste de cadre hiérarchique—Des transcriptions MSN Messenger de conversations tenues entre le défendeur et un collègue de travail ont été découvertes—La demanderesse a prétendu que le défendeur avait abusivement et à tort utilisé la connexion Internet de l'entreprise durant les heures de travail et qu'il avait fait, contre sa supérieure immédiate et contre la demanderesse, des remarques irrespectueuses, menaçantes, obscènes et déloyales—Le défendeur a déposé une plainte auprès de Travail Canada en vertu de l'art. 240 du Code, et une autre plainte auprès de la Commission des normes du travail du Québec (CNT)—La CNT a jugé que l'affaire échappait à la compétence provinciale—Après avoir reçu de

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

l'arbitre une lettre l'invitant à choisir entre le niveau provincial et le niveau fédéral pour l'instruction de sa plainte, le défendeur avait retiré la plainte qu'il avait déposée devant la CNT—L'arbitre a conclu que le défendeur avait été injustement congédié et il a ordonné sa réintégration, avec salaire et avantages sociaux, à compter du septième mois après son congédiement—L'arbitre a aussi jugé que le comportement du défendeur ne s'était pas répercuté défavorablement sur les activités de la demanderesse, qu'aucune règle ou ligne de conduite n'interdisait le clavardage durant le travail et que la demanderesse n'avait pas signifié au défendeur un avertissement avant de le congédier—La plainte de l'employé congédié était-elle ou non du ressort de l'arbitre fédéral?—Cette question se distingue, sur le plan conceptuel, de toute interrogation ultérieure sur l'existence d'un « excès de compétence »—Les relations de travail constituent en général un champ de compétence provinciale, en application de l'art. 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867, sauf lorsqu'elles font intervenir un élément constituant des compétences législatives fédérales énumérées dans la Loi constitutionnelle de 1867—La Cour suprême du Canada a exposé des lignes directives précises en la matière, lesquelles prévoient une exception qui comprend principalement « les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui [. . .] peuvent être qualifiés d'entreprises, de services ou d'affaires de compétence fédérale »—S'il n'est pas démontré que l'organisation en cause est une entreprise relevant du droit fédéral parce qu'elle intéresse le statut d'Indien (entraînant ainsi l'application de l'art. 91(24) de la Loi, qui confère au Parlement fédéral la compétence sur les « Indiens »), la règle générale s'appliquera—La notion d'« indianité » est de portée étroite et, par conséquent, les lois provinciales sur les relations de travail devraient s'appliquer, sauf lorsque cela risque de modifier des aspects manifestement régis par les lois fédérales ou d'empiéter sur les droits ou le statut des Indiens—La preuve ne montrait nullement que les relations de travail en cause intéressaient un élément constituant d'une compétence législative fédérale—L'art. 52 de la Loi renferme un principe prédominant du droit canadien : la *Constitution du Canada est la loi suprême du Canada*—Le point de savoir si des relations de travail sont du ressort de l'autorité provinciale ou de l'autorité fédérale ne peut être décidé uniquement en fonction de celle des parties qui est le demandeur dans le contexte d'une procédure de contrôle judiciaire—Ce point ne saurait non plus être nécessairement décidé selon le principe de la renonciation s'il n'est pas soulevé dès le début devant le tribunal administratif—Il incombe à la partie qui invoque l'exception relative à la compétence fédérale de prouver les faits constitutionnels nécessaires à l'application de cette exception—Puisque c'est le défendeur qui invoquait l'exception, c'était à lui qu'il appartenait d'établir que les activités de la demanderesse intéressaient un élément faisant

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

partie intégrante de la compétence fédérale, par exemple l'« indianité »—Le défendeur ne s'est pas acquitté de cette obligation et la Cour doit appliquer la règle générale : les relations de travail échappent à la compétence fédérale—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 19, art. 15)—Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict.,

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

ch. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 52, 91(24), 92(13).

SPORTS INTERACTION C. JACOBS (T-1411-04, 2005 CF 123, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 26-1-05, 15 p.)



If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5  
<http://publication.gc.ca>