



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2004, Vol. 1, Part 2**

**2004, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2004] 1 F.C.R., 243-491

Renvoi [2004] 1 R.C.F., 243-491

---



EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP  
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers  
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar  
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie  
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

---

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

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

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, 2004.

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

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

ARRÊTISTES

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

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la 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, 2004.

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

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

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

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

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

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

## **CONTENTS**

<b>Digests</b> .....	<b>D-11</b>
<b>Appeals Noted</b> .....	<b>I</b>
<b>Ault v. Canada (Attorney General) (F.C.)</b> .....	<b>410</b>

Public Service—Pensions—Applicant, public servant, leaving federal public service to take advantage of Reciprocal Pension Transfer Agreement, requesting transfer of her superannuation pension funds to consulting firm's pension plan—Crown later refused to transfer pension funds on basis no genuine employment relationship between firm, applicant, as required by Agreement, Public Service Superannuation Act—Applicant may revoke request, with consent of, subject to such conditions as Minister considers appropriate—However, requirement of Minister that applicant execute release and indemnity agreement not proper exercise of discretion in circumstances herein.

<b>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Schneeberger (F.C.)</b> .....	<b>280</b>
--	------------

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Defendant committed criminal offences while citizenship application pending—Tried to avoid prosecution by providing

*Continued on next page*

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

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

<b>Fiches analytiques</b> .....	<b>F-11</b>
<b>Appels notés</b> .....	<b>I</b>
<b>Ault c. Canada (Procureur général) (C.F.)</b> .....	<b>410</b>

Fonction publique—Pensions—La demanderesse, fonctionnaire, a démissionné de son emploi au sein de la fonction publique fédérale pour tirer avantage d'un Accord réciproque de transfert (ART) et, a demandé le transfert de son fonds de pension de la Caisse de retraite de la fonction publique dans le fonds de retraite d'un cabinet de consultants—La Couronne a refusé ultérieurement de transférer le fonds de pension pour le motif qu'il n'y avait pas de relation d'emploi véritable, tel que le requéraient l'ART et la Loi sur la pension dans la fonction publique—La demanderesse ne peut révoquer sa demande qu'avec le consentement du ministre et sous réserve des conditions jugées appropriées par ce dernier—Toutefois, l'obligation imposée à la demanderesse par le ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité ne constitue pas un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire.

<b>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Schneeberger (C.F.)</b> .....	<b>280</b>
---	------------

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Le défendeur a commis des infractions criminelles pendant l'étude de sa demande de citoyenneté—Il a essayé d'éviter

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

false blood sample to police—Under Citizenship Act, s. 22(1)(b), person shall not be granted citizenship if charged with indictable offence—Meaning of “knowingly concealing material circumstances” in s. 10—Although genuine issue as to whether defendant lied to Citizenship Judge, providing false blood sample constituting false representation; knowing concealed material circumstance that someone else’s blood contained in tube inserted in arm—Defendant thereby circumventing further police inquiry likely to have led to criminal charges rendering him ineligible for citizenship—Summary judgment declaring obtained citizenship by false representation, knowingly concealing material circumstances, granted.

Practice—Summary Judgment—Plaintiff seeking summary judgment under Federal Court Rules, 1998, r. 213(1) declaring defendant obtained citizenship by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances—Summary judgment available in citizenship revocation proceedings—Order sought on summary judgment consistent with nature of reference under Citizenship Act, s. 18(1)—Criteria for granting summary judgment reviewed—No genuine issue to be tried with respect to existence of facts establishing false representation, knowing concealment of material circumstance, legal conclusions flowing therefrom.

### **Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) ..... 451**

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Motion to strike out notice of appeal from order for continued detention made by Federal Court judge under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83—Respondent ministers issuing certificate appellant inadmissible on grounds of national security—Also issued, executed warrant for arrest, detention of appellant under Act, s. 82(1)—Close relationship between certificate attesting inadmissibility, detention—S. 80(3) precluding appeal from determination of reasonableness of inadmissibility certificate—No such provision with respect to continued detention decision—Inconceivable Parliament intending to not allow determination of danger to national security by way of appeal in proceeding so closely related to proceeding in which such review permitted—Right of appeal from detention decision also incompatible with ongoing review mechanism in Act, s. 83—Motion allowed, Décarry J.A.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’être poursuivi en fournissant un échantillon de sang frauduleux à la police—En vertu de l’art. 22(1)b) de la Loi sur la citoyenneté, une personne ne peut recevoir la citoyenneté si elle est inculpée d’un acte criminel—Sens de l’expression «dissimulation intentionnelle de faits essentiels» à l’art. 10—Bien que la véritable question soit de savoir si le défendeur a menti au juge de la citoyenneté, le fait d’avoir fourni un échantillon de sang frauduleux constitue une fausse déclaration; il a sciemment dissimulé un fait essentiel, c’est-à-dire que le sang d’une autre personne était contenu dans le tube inséré dans son bras—Le défendeur s’est donc dérobé à toute enquête plus approfondie de la police qui aurait vraisemblablement mené à des accusations criminelles qui l’auraient rendu non admissible à la citoyenneté—Un jugement sommaire déclarant que la citoyenneté a été obtenue au moyen d’une fausse déclaration et par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels est accordé.

Pratique—Jugement sommaire—Le demandeur réclame un jugement sommaire en vertu de la règle 213(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), déclarant que le défendeur a obtenu sa citoyenneté par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels—Un jugement sommaire peut être demandé dans une procédure en révocation de citoyenneté—L’ordonnance recherchée dans le cadre d’une procédure d’obtention d’un jugement sommaire doit être compatible avec la nature du renvoi fondé sur l’art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté—Examen des critères utilisés pour accorder un jugement sommaire—Absence d’une véritable question litigieuse concernant l’existence de faits établissant qu’il y a eu fausse déclaration et dissimulation intentionnelle de faits essentiels et des conclusions légales qui découlent de ces faits.

### **Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) ..... 451**

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Requête en radiation de l’avis d’appel d’une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l’art. 83 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Les intimés ont émis un certificat attestant que l’appelant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité—Ils ont également lancé un mandat d’arrestation et la détention de l’appelant en vertu de l’art. 82(1) de la Loi—Lien étroit entre l’interdit de territoire attesté par le certificat et la détention—Selon l’art. 80(3) la décision sur le caractère raisonnable du certificat n’est pas susceptible d’appel—Il n’y a aucune disposition semblable concernant la décision relative au maintien en détention—Il est inconcevable que le législateur ait voulu que la détermination de la dangerosité pour la sécurité nationale ne puisse être révisée en appel, mais qu’une procédure qui s’y rattache

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

dissenting.

Construction of Statutes—Whether right of appeal in relation to order for continued detention under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83—At issue interpretation of statutory provisions enacted by Parliament to ensure Canada's security, to protect it from terrorism—Federal Courts Act, s. 27(1)(c) conferring right of appeal from interlocutory ruling by Federal Court judge—S. 80(3) expressly precluding appeal from decision on reasonableness of inadmissibility certificate—No such provision with respect to continued detention decision—Statutory interpretation based neither solely on Federal Courts Act, s. 27(1)(c) nor on Parliament's failure to expressly state no right of appeal from decision in relation to detention—Close relationship between certificate attesting inadmissibility, detention important factor in search of Parliament's intention—Inconceivable Parliament intended to create duality of concurrent remedies—Parliament not contemplating appeal from decision on detention, Décaré J.A. dissenting.

### **Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (F.C.) . . . . . 360**

Practice—Pleadings—Amendments—Amendment of statement of claim to ask solicitor-and-client costs, exemplary damages—Plaintiffs say defendant withheld documents, not meeting discovery obligations—Amendment denied—As defendant did eventually disclose evidence, no shifting of burden of proof—Defendant's conduct not attracting exemplary damages award—No part of cause of action—Disclosure delay could be compensated by costs award—Ontario case *Bonner v. Day* notwithstanding, better view of law pleading disallowed if relevant only to costs—Costs not part of lis between parties—Inexpedient, procedurally unjust to allow matters unrelated to lis to detract from issues for decision at trial—Such pleadings could cause delay, expand discoveries.

Practice—Costs—Application to amend statement of claim to ask award of solicitor-and-client costs—Solicitor-and-client

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

étroitement puisse l'être—Un droit d'appel de la décision sur la détention s'avère aussi incompatible avec le mécanisme de révision continue de l'art. 83—Requête accueillie, juge Décaré J.C.A., dissident.

Interprétation des lois—Existe-t-il un droit d'appel d'une ordonnance de maintien en détention prononcée en vertu de l'art. 83 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés?—Le litige porte sur l'interprétation de dispositions législatives adoptées par le Parlement pour assurer la sécurité du Canada et le protéger contre le terrorisme—L'art. 27(1)(c) de la Loi sur les Cours fédérales confère un droit d'appel d'une décision interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale—L'art. 80(3) de la Loi prohibe expressément tout appel d'une décision sur le caractère raisonnable du certificat de l'interdit de territoire—Il n'y a aucune disposition semblable concernant la décision relative au maintien en détention—L'interprétation législative ne saurait être fondée seulement sur l'art. 27(1)(c) de la Loi sur les Cours fédérales, ni sur l'omission du législateur de dire expressément qu'il n'existe pas de droit d'appel d'une décision relative à la détention—L'existence d'un lien étroit entre le certificat attestant l'interdiction de territoire et la détention est un facteur important dans la recherche de l'intention législative—Il est inconcevable que le législateur ait voulu créer une dualité de recours concurrents—Le législateur n'envisageait pas d'appel d'une décision sur la détention, juge Décaré J.C.A., dissident.

### **Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc. (C.F.) . . . . . 360**

Pratique—Actes de procédure—Modifications—Modification de la déclaration pour demander des dépens avocat-client et des dommages-intérêts exemplaires—Les demanderesse prétendent que la défenderesse a retenu des documents pertinents et a manqué à ses obligations de communication préalable—Modification refusée—Comme la défenderesse a fini par communiquer sa preuve, il n'y a pas eu déplacement du fardeau de la preuve—La conduite de la défenderesse ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts exemplaires—Elle ne fait pas partie de la cause d'action—Le retard dans la communication peut donner lieu à une indemnisation par l'attribution de dépens—Malgré la décision ontarienne *Bonner c. Day*, la position correcte en droit est que les actes de procédure ne se rapportant qu'aux dépens doivent être radiés—Les dépens ne font pas partie du litige entre les parties—Il n'est ni juste ni efficace sur le plan de la procédure de se laisser détourner, par des questions non reliées au litige, des questions de fond à trancher au procès—De tels actes de procédure peuvent engendrer des retards et élargir la portée de l'enquête préalable.

Pratique—Frais et dépens—Modification de la déclaration pour demander les dépens avocat-client—Les dépens avocat-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

costs may be awarded in addition to exemplary damages: Orkin, Law of Costs—Double recovery potential not ground to strike pleadings—Whether conduct merely giving rise to costs may be pleaded—Conflicting case law on point reviewed—To permit pleading relevant only to costs dangerous precedent—Costs not part of lis between parties, determined only when trial over—Pleading costs procedurally unjust, inexpedient—Could cause delay, expansion of discoveries.

### **Genpharm Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.)** ..... 375

Patents—Practice—Listing of patents on Patent Register in accordance with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—On strict interpretation of PM(NOC) Regulations, listed patent need not be directly relevant to drug, use thereof as approved by Health Canada through NOC, as decided by F.C.A. in *Eli Lilly v. Canada (Minister of Health)*—Latter decision not giving any weight to dual purpose of Regulations as stated in Regulatory Impact Analysis Statement i.e. prevent infringement at same time as ensuring generic drugs enter market as soon as possible—Although patent eligible for list, it cannot protect against use (different than that listed) for which NOC applied for by generic drug manufacturer.

### **Neighbouring Rights Collective of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.)** ..... 303

Administrative Law—Judicial review—*Certiorari*—Application to set aside Copyright Board decision certifying royalty tariff for communication to public of recorded music by telecommunication—Whether Board erred in certifying joint tariff when applicant NRCC, respondent SOCAN submitted separate proposed tariffs—Board intervened as case concerned interpretation of its statutory powers—NRCC also arguing Board erred in royalty allocation between authors, composers and recording performers, makers—Whether Board of erroneous view performers, makers having only one right to remuneration—Board not of such view—Nor did Board err by ignoring NRCC's evidence on relative values of contributions by authors, performers, makers to value of communication of recorded music to public by digital pay service providers—Board did not accept but did not ignore NRCC's

## SOMMAIRE (Suite)

client peuvent s'ajouter aux dommages-intérêts exemplaires: Orkin, Law of Costs—Le risque de double réparation ne justifie pas la radiation d'actes de procédure—Peut-on plaider une conduite uniquement susceptible d'entraîner l'attribution de dépens—Examen de décisions contradictoires sur ce point—L'autorisation d'allégations ne concernant que les dépens créerait un dangereux précédent—Les dépens ne font pas partie du litige entre les parties, ils ne sont attribués que lorsque l'instruction est terminée—L'autorisation d'un débat sur les dépens serait injuste et inefficace procéduralement—Elle pourrait entraîner des retards et l'élargissement de la portée de l'enquête préalable.

### **Genpharm Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.)** ..... 375

Brevets—Pratique—Liste des brevets inscrits au registre conformément au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Selon une interprétation stricte du Règlement sur les MB(ADC), le brevet inscrit sur la liste n'a pas à être directement en rapport avec la drogue, avec l'utilisation qui y est approuvée par Santé Canada dans l'avis de conformité comme l'a affirmé la C.A.F. dans *Eli Lilly c. Canada (Ministre de la Santé)*—Cette dernière décision n'accorde pas de poids au double objet du Règlement indiqué dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation soit prévenir la contrefaçon tout en assurant que les médicaments génériques puissent être commercialisés aussitôt que possible—Bien que le brevet soit admissible à l'inscription au registre, il n'offre pas de protection contre l'utilisation (autre que celle inscrite sur la liste) pour laquelle l'avis de conformité a été demandé par le fabricant de médicament générique.

### **Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.)** ..... 303

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Demande d'annulation de la décision de la Commission du droit d'auteur homologuant le tarif des redevances payables pour la communication au public par télécommunication de musique enregistrée—La Commission a-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun alors que la demanderesse SCGDV et la défenderesse SOCAN avaient soumis à son examen des projets distincts?—La Commission s'est constituée partie intervenante, car l'affaire portait sur l'interprétation des pouvoirs que lui confère la loi—La SCGDV faisait également valoir que la Commission avait eu tort de répartir les redevances entre les auteurs, les compositeurs et éditeurs de musique, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements—La Commission a-t-elle considéré à tort que les artistes-interprètes et les producteurs

## CONTENTS (Continued)

evidence—Whether Board misused Copyright Act, s. 68(3) discretion in certifying single tariff for SOCAN, NRCC—Whether converting two tariffs into single tariff within s. 68(3) authority to modify proposed tariffs with alterations Board considers necessary—Standard of review—Determined by pragmatic, functional analysis—Act containing neither right of appeal nor preclusive clause—Relative expertise of Board, Court—Board's function highly specialized, subject-matter of technical nature—Must balance competing interests of copyright holders, service providers, public—Courts lack experience in economic regulation, understanding of technical complexity, polycentric policy aspects in which administrative boards operate—Board having power to grant remedy of kind unfamiliar in court litigation—Whether issue herein “jurisdictional”, attracting standard of correctness—Test in S.C.C. decision, *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, no longer enables reviewing Court to avoid pragmatic, functional analysis first established by S.C.C. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*—Approaches in *l'Acadie, Bibeault* logically incompatible—“Jurisdictional” nature of statutory provision now just one part of pragmatic, functional analysis—Issue engages Board's regulatory expertise more than principles of statutory construction developed by courts—Purposes of statutory scheme—Rapid, profound technological developments are reshaping market, dictate sophisticated regulatory responses—Correctness review standard incompatible with Parliament's intention to empower Board to implement decisions in effective, efficient manner—Exception made to courts' reluctance to choose patent unreasonableness where tribunal unprotected by preclusive clause determining questions of law—NRCC failed to establish Board decision lacked rational basis.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

avaient un seul et même droit à une rémunération?—Elle ne l'a pas fait—La Commission n'a pas non plus eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur de la communication au public de musique enregistrée par des services sonores payants numériques—La Commission n'a pas fait fi de cette preuve, mais l'a écartée—La Commission a-t-elle abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur en homologuant un seul tarif pour la SOCAN et la SCGDV?—Le regroupement de deux tarifs distincts en un seul relève-t-il du pouvoir, prévu à l'art. 68(3), d'apporter aux projets de tarif les modifications que la Commission juge nécessaires?—Norme de contrôle—Déterminée à partir d'une analyse pragmatique et fonctionnelle—La Loi ne prévoit aucun droit d'appel et ne renferme aucune clause privative—Expertise relative de la Commission et de la Cour—La Commission est un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques—Elle doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public—Les cours de justice n'ont aucune expérience de la régulation économique et sont peu familiarisées avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs—La Commission a le pouvoir d'accorder une réparation étrangère à celle qu'accorde une cour de justice—S'agissait-il d'une question de «compétence» commandant l'application de la norme de la décision correcte?—Le critère dégagé par la C.S.C. dans *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie c. Le Conseil canadien des relations du travail* ne permet plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l'analyse pragmatique et fonctionnelle mise de l'avant pour la première fois par la C.S.C. dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*—Incompatibilité logique des analyses sous-tendant *l'Acadie* et *Bibeault*—Le fait qu'une disposition législative touche à la «compétence» n'est désormais qu'un facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle—La question fait intervenir l'expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principes généraux d'interprétation législative établis par les tribunaux—Objet du régime législatif—L'évolution rapide et radicale de la technologie refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées—La norme de contrôle de la décision correcte va à l'encontre de la volonté du législateur de doter la Commission des pouvoirs nécessaires à l'application efficace de ses décisions—Malgré la réticence habituelle des cours de justice à le faire lorsque le tribunal administratif ne bénéficie pas d'une clause privative, la Cour a opté exceptionnellement pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d'une question de droit—La SCGDV n'a pas établi que la décision de la Commission n'avait aucun fondement rationnel.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Copyright—Practice—Judicial review of Copyright Board decision certifying tariff of royalties payable by digital pay service providers for communication to public by cable, satellite of recorded music—Dispute between NRCC, representing recording makers, performers having “neighbouring rights”, SOCAN, representing authors, composers—Copyright Board intervened as application involving interpretation of its statutory powers—NRCC challenging Board decision on two grounds—(1) Board erred in allocating half royalties to authors, composers, half to recording artists, makers—Whether Board understood artists, makers have separate rights to remuneration—(2) Whether erred in certifying joint tariff for SOCAN, NRCC when each made separate tariff proposal, opposed joinder—Board decision sustained upon consideration of administrative law issues, in particular appropriate review standard—Board decision Copyright Act, s. 68(3) authorizing tariff merger not patently unreasonable—Board’s reasons: reducing administrative burden on digital pay audio providers while not significantly prejudicing collective societies, rationally related to discharge of Board’s regulatory function—Tariff of limited duration, next time NRCC could argue for separate tariffs if single tariff caused difficulties.

Practice—Mootness—Judicial review of Copyright Board decision concerning tariffs for royalties payable by digital pay service providers in respect of public communication of recorded music by cable, satellite—Cable T.V. association arguing mootness, impugned tariff having expired—In interests of justice Court exercise discretion to deal with application though moot—Continuing adversarial relationship—Issue likely to resurface—Question of law of importance to Board—Not fact-specific.

### Roy v. Canada (F.C.A.) ..... 243

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Whether certain provisions of Canadian Forces Superannuation Act discriminatory on grounds of marital status, sex—Ex-wife of Canadian Forces member, pensioner

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit d’auteur—Pratique—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d’auteur homologuant le tarif des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée—Litige opposant la SCGDV, qui représente les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements, titulaires de «droits voisins», et la SOCAN, qui représente les auteurs et les compositeurs de musique—La Commission du droit d’auteur s’est constituée partie intervenante parce que l’affaire mettait en cause l’interprétation de ses pouvoirs légaux—La SCGDV conteste la décision de la Commission pour deux motifs—(1) La Commission a eu tort d’attribuer la moitié des redevances aux auteurs et aux compositeurs de musique, et l’autre moitié aux artistes-interprètes et aux producteurs d’enregistrements—La Commission était-elle consciente du fait que les artistes-interprètes et les producteurs ont des droits distincts à une rémunération?—(2) A-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun pour la SOCAN et la SCGDV, alors que celles-ci avaient présenté des projets distincts et s’opposaient à un tarif commun?—Décision de la Commission confirmée après examen de facteurs propres au droit administratif, dont la norme de contrôle applicable—La décision de la Commission que l’art. 68(3) de la Loi sur le droit d’auteur autorise un fusionnement de tarifs n’est pas manifestement déraisonnable—Motifs invoqués à l’appui: l’allègement des contraintes administratives des fournisseurs de services sonores payants numériques sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion a un lien rationnel avec l’accomplissement par la Commission de sa fonction de régulation—Le tarif a une durée limitée et, à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser des tarifs distincts si l’application d’un tarif unique a causé des difficultés.

Pratique—Caractère théorique—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d’auteur relative aux tarifs des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée—L’Association de télévision par câble soutient que la question est théorique puisque le tarif en cause est expiré—Dans l’intérêt de la justice, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de trancher la question même si elle est théorique—Un différend oppose toujours les parties—La question est susceptible de se poser à nouveau—Question de droit revêtant une importance pour la Commission—Elle n’est pas liée aux faits de l’espèce.

### Roy c. Canada (C.A.F.) ..... 243

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Certaines dispositions de la Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes exercent-elles une discrimination fondée sur l’état matrimonial et le sexe?—L’ex-épouse

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

disentitled to survivor pension—Declaration sought Act, s. 29 (extending “spouse” to cohabiting partner) of no force, effect as contrary to Charter—F.C.T.D. Judge held legislation discriminatory but saved by Charter, s. 1—Appeal dismissed—Declaration denied due to S.C.C. decision in *Miron v. Trudel*—Statute impugned as under-inclusive—Legislation does provide for differential treatment based on enumerated or analogous ground—In application of S.C.C. test in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, question whether similar-situated reasonable person would feel same way—Purpose of Canada’s retirement pension system—Nothing to support appellants’ argument Act’s purpose to compensate military wives for hardship, unpaid contributions to military—Impugned provisions part of complex web of federal, provincial law—Provision did offend Charter but saved by s. 1—Evans, Létourneau J.J.A. concurring in result, doubting Charter infringed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Canadian Forces Superannuation Act denying survivor pension to divorced spouse—Sharlow J.A. (Létourneau, Evans J.J.A. *dubitante*) holding provision discriminatory, offending s. 15(1)—Whether F.C.T.D. Judge correct in holding justified by s. 1—Appellants’ argument: no rational connection between objective (relieving poverty), divorced spouses exclusion—Legislation’s purpose not just poverty relief—Minimal impairment—Court defers to Parliament where array of policy choices to be weighed, balanced—Proportionality—Family law regime sufficient answer to appellants’ problems.

Armed Forces—Canadian Forces Superannuation Act denies survivor pension to divorced spouse—Whether offends Charter, s. 15—History of military pension legislation reviewed—Survivor pension is “add-on” benefit (advantage to contributors having survivors)—Appellants’ argument: purpose of survivor pension to compensate military wives for hardship, unpaid contributions to military—No evidence such as Parliament’s intention—Survivor pension is part of contributor’s remuneration package, designed to encourage

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’un membre ou d’un retraité des Forces canadiennes perd son droit à la pension de survivant—Une déclaration est demandée affirmant que l’art. 29 de la Loi (qui étend la définition de «conjoint» à un conjoint de fait) est contraire à la Charte et qu’il est donc nul et sans effet—La Section de première instance de la Cour fédérale avait jugé que la loi était discriminatoire mais qu’elle était validée par l’article premier de la Charte—Appel rejeté—La déclaration demandée est refusée en raison de l’arrêt de la C.S.C. dans l’affaire *Miron c. Trudel*—La loi contestée est vue comme discriminatoire—Le texte législatif renferme bien une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue—Lorsqu’on applique le critère établi par la C.S.C. dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, il s’agit de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation éprouverait le même sentiment—Objet du système canadien des pensions de retraite—Rien n’autorisait l’argument des appelantes selon lequel l’objet de la loi est de reconnaître les difficultés que doivent supporter les femmes de militaires, et leur contribution non rémunérée à la vie militaire—Les dispositions contestées font partie d’un tissu complexe de lois fédérales et provinciales—La disposition contrevient à la Charte, mais elle était validée par l’article premier—Les juges Evans et Létourneau, J.C.A., souscrivent au dispositif, mais doutent qu’il y ait violation de la Charte.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant—La juge Sharlow, J.C.A. (les juges Létourneau et Evans, J.C.A., exprimant des doutes) estime que la disposition est discriminatoire parce qu’elle contrevient à l’art. 15(1)—Le juge de la Section de première instance a-t-il eu raison de dire que la disposition était validée par l’article premier?—Argument des appelantes: il n’y a aucun lien rationnel entre l’objectif d’allègement de la pauvreté et l’exclusion des conjoints divorcés—L’objet du texte législatif n’est pas simplement l’allègement de la pauvreté—Atteinte minimale—La Cour doit déférer à la décision du législateur lorsque la loi contestée rend compte d’une diversité de choix qu’il faut arbitrer et équilibrer—Proportionnalité—Le régime du droit de la famille est une réponse suffisante aux problèmes des appelantes.

Forces armées—La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant—Cette disposition contrevient-elle à l’art. 15 de la Charte?—Examen de l’historique des lois sur les pensions versées aux militaires—La pension de survivant est une prestation «complémentaire» (elle constitue un avantage pour les cotisants qui ont des survivants)—Argument des appelantes: l’objet de la pension de survivant est de reconnaître les difficultés que doivent supporter les femmes de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

recruitment, retention of military personnel.

Pensions—Canadian Forces Superannuation Act denies survivor pension to divorced spouse—Whether in contravention of Charter, s. 15—History of military pension legislation reviewed—Impugned provision considered in light of entire legislative scheme—Purpose of Canada’s retirement pension system—Provincial family property division legislation now extending to pensions.

### Sound v. Swan River First Nation (F.C.) . . . . . 336

Native Peoples—Elections—Judicial review of decision of Swan River Election Appeal Committee finding applicant guilty of corrupt election practices, ousting him from Council seat—Person applicant edged out by two votes filing notice of appeal—Band Council elections conducted on family group basis—Voting eligibility depending on Council’s recognition of voter’s family group membership—Whether eight siblings of applicant’s mother properly included on electors’ list—Appeal allowed without providing reasons as not required by customary election regulations—F.C.T.D. Judge granted interlocutory injunction restraining by-election—Application allowed, matter sent back to Committee for redetermination—Reasonable apprehension of bias as person whose appeal letter accused applicant of corrupt practices member of Appeal Committee—Breach of procedural fairness (*audi alteram partem*)—Applicant denied meaningful opportunity to present case—Content of duty of fairness tests laid down by S.C.C. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* followed—Applicant having been excluded whilst other side gave evidence, not knowing case to be met.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Judicial review of First Nation Election Appeal Committee decision finding applicant guilty of corrupt election practice, ousting him from Council seat—Person whose appeal letter accused applicant of promoting, aiding corrupt election practices sat on Appeal Committee—Reasonable apprehension of bias under test in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

militaires, et leur contribution non rémunérée à la vie militaire—Il n’est pas établi que telle était l’intention du législateur—La pension de survivant est un élément du régime de rémunération du cotisant, qui vise à encourager le recrutement et la fidélité des militaires.

Pensions—La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant—Cette disposition est-elle contraire à l’art. 15 de la Charte?—Examen de l’historique des lois sur les pensions versées aux militaires—La disposition contestée est considérée à la lumière du régime législatif tout entier—Objet du système canadien des pensions de retraite—Les lois provinciales sur le partage des biens familiaux englobent maintenant les pensions.

### Sound c. Première nation de Swan River (C.F.) . . . 336

Peuples autochtones—Élections—Contrôle judiciaire de la décision du comité d’appels en matière d’élections de Swan River, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et annulé son élection comme conseiller—La personne que le demandeur a battu par deux voix a déposé un avis d’appel—Les élections au conseil de bande se tiennent en fonction des groupes familiaux—Le droit de vote dépend de la reconnaissance par le conseil du fait que la personne voulant voter est membre d’un groupe familial—L’inscription de huit des frères et sœurs de la mère du demandeur sur la liste électorale est-elle valable?—Appel accueilli sans motifs, le Règlement n’exigeant pas leur divulgation—Un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a accordé une injonction interlocutoire empêchant la tenue de l’élection partielle—Demande accueillie, l’affaire étant renvoyée au comité pour nouvelle décision— Crainte raisonnable de partialité de la part d’un membre du comité d’appels qui avait accusé le demandeur de manœuvres électorales frauduleuses dans sa propre lettre d’appel—Manquement à l’équité procédurale (*audi alteram partem*)—Le demandeur n’a pas reçu une possibilité valable de présenter son affaire—La C.S.C. a énoncé les facteurs pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, appliqué—Le demandeur n’étant pas présent pour entendre les allégations de la partie adverse à son sujet, il ne pouvait connaître les assertions qu’il devait réfuter.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Contrôle judiciaire de la décision du comité d’appels en matière d’élections de la Première nation, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et annulé son élection comme conseiller—Une personne ayant déposé un avis d’appel qui accusait le demandeur d’encourager la perpétration de manœuvres

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Board*—Procedural fairness (*audi alteram partem*) breached as applicant excluded from appeal hearing whilst Committee heard evidence against him—Applicant not knowing case to be met—Content of duty of fairness tests in S.C.C. decision *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* followed.

### Stopford v. Canada (F.C.) ..... 431

Armed Forces—Forces member served in Croatia under UN mandated operation—Suing Crown claiming general, punitive, aggravated, exemplary damages for breach of fiduciary duty—Eventually awarded 100% disability pension—Defendant’s own report admitting treatment for those having served in Croatia “a disgrace”—Defendant revealing to plaintiff was poisoned by comrades in Croatia—No medical, emotional support given at time—Crown motion for summary judgment dismissing action denied.

Crown—Trusts—Crown sued for damages for negligence of servants, agents, breach of fiduciary duty to soldier severely disabled following service in Croatia—Poisoned by comrades—Report prepared by Crown treatment available to those serving in Croatia “a disgrace”—Crown moving for summary dismissal arguing: (1) receiving pension for injuries; (2) other Forces members did not owe plaintiff private law duty of care—Statutory provision no action lies against Crown where pension awarded—Case law holding statutory bar applies only if pension awarded on same factual basis as that of action—Federal Court, O.C.A. having recently recognized Crown’s fiduciary duty in cases applicable herein—Motion denied.

Pensions—Soldier, disabled following service overseas, suing Crown for negligence, breach of fiduciary duty—Crown moving for summary dismissal—Plaintiff in receipt of full disability pension—Under Pension Act, s. 111, no action lies against Crown where pension awarded—Statutory bar applies

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

électorales frauduleuses a siégé au comité d’appels— Crainte raisonnable de partialité au vu du critère établi dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*—Manquement à l’équité procédurale (*audi alteram partem*) du fait que le demandeur n’a pu entendre les allégations présentées contre lui à l’audience du comité d’appels—Le demandeur ne pouvait connaître les assertions qu’il devait réfuter—La C.S.C. a énoncé les facteurs pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, appliqué.

### Stopford c. Canada (C.F.) ..... 431

Forces armées—Membre des Forces qui a servi en Croatie dans le cadre d’une opération commandée par l’ONU—Il poursuit la Couronne en réclamant des dommages non symboliques et exemplaires pour manquement à une obligation fiduciaire—Il a obtenu une pension d’invalidité de 100 %—La défenderesse avoue elle-même dans son rapport que le traitement réservé aux soldats qui ont servi en Croatie était «honteux»—La défenderesse a révélé au demandeur qu’il avait été empoisonné par ses camarades en Croatie—Aucune aide médicale ni émotionnelle ne lui a été fournie à l’époque—La requête de la Couronne en vue d’obtenir un jugement sommaire rejetant l’action est refusée.

Couronne—Fiducies—La Couronne a été poursuivie pour dommages en raison de la négligence de ses employés, préposés et mandataires, pour manquement à son obligation fiduciaire envers un soldat qui a été gravement handicapé par suite de son service en Croatie—Il a été empoisonné par ses camarades—Le rapport préparé par la Couronne indique que le traitement réservé aux soldats qui ont servi en Croatie était «honteux»—La Couronne a présenté une requête pour que l’action soit renvoyée de façon sommaire en faisant valoir: 1) que le soldat avait reçu une pension pour ses blessures; 2) que les autres membres des Forces ne devaient pas au demandeur une obligation de diligence de droit privé—La Loi statue qu’aucune action n’est recevable contre la Couronne lorsqu’une pension est accordée—La jurisprudence stipule que cette irrecevabilité d’origine législative ne s’applique que si la pension est accordée sur le même fondement factuel que l’action—La Cour fédérale et la C.A.O. ont récemment reconnu l’obligation fiduciaire de la Couronne dans des causes qui s’appliquent à l’espèce—Requête rejetée.

Pensions—Un soldat, rendu handicapé à la suite de son service à l’étranger, poursuit la Couronne pour négligence et manquement à son obligation fiduciaire—La Couronne a présenté une requête pour faire rejeter sommairement l’action—Le demandeur reçoit une pleine pension d’invalidité

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

only if pension awarded on same factual basis as action barred—Plaintiff's argument: part of relief claimed not “in respect of” injury, aggravation during military service but after back in Canada—Motion denied.

Practice—Judgments and Orders—Summary Judgment—Soldier, badly disabled following service overseas, suing Crown for negligence, breach of fiduciary duty—Crown moving for summary dismissal as disability due to military service, action statute barred as in receipt of disability pension—Burden on moving party: satisfy Court no genuine issue for trial or issue so doubtful deserving no further consideration—Judge to take “hard look” at merits, if possible, make findings of fact, law—Evidentiary basis supporting plaintiff's argument claim not statute barred as not directly connected with military service, but that disease or aggravation arose after return to Canada—Motion denied.

## SOMMAIRE (Fin)

—En vertu de l'art. 111 de la Loi sur les pensions, aucune action n'est recevable contre la Couronne lorsqu'une pension est accordée—Cette irrecevabilité d'origine législative ne s'applique que si la pension est accordée sur le même fondement factuel que l'action—L'argument du demandeur fait valoir qu'une part du redressement réclamé n'est pas «*in respect of*» une blessure ou une aggravation de celle-ci qui découle de son service militaire, mais «*in respect of*» une maladie qui s'est déclarée après son retour au Canada—Requête rejetée.

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sommaire—Un soldat, gravement handicapé à la suite de son service à l'étranger, poursuit la Couronne pour négligence et manquement à son obligation fiduciaire—La Couronne a présenté une requête pour faire rejeter sommairement l'action étant donné que l'invalidité est attribuable au service militaire, et donc que l'action est irrecevable puisque le soldat reçoit une pension d'invalidité—La partie qui présente une requête doit convaincre la Cour que la réclamation ne présente aucune véritable question litigieuse ou que la question en litige est tellement douteuse qu'elle ne mérite pas d'être examinée de façon approfondie—Le juge doit «examiner de près» le fond et, si possible, tirer des conclusions de fait et de droit—Le fondement probatoire est suffisant pour appuyer l'argument du demandeur selon lequel sa réclamation n'est pas irrecevable étant donné qu'elle n'est pas directement liée à son service militaire, mais que sa maladie ou l'aggravation de celle-ci s'est déclarée après son retour au Canada—Requête rejetée.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Kligman v. M.N.R.*, [2003] 3 F.C. 569 (T.D.), has been reversed on appeal (A-79-03, 2004 FCA 152). The reasons for judgment, handed down 6/4/04, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for Leave to Appeal*

*McClelland v. Canada*, A-403-02, 2003 FCA 483, Noël J.A., judgment dated 17/10/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 15/4/04.

*Webster v. Canada*, A-50-03, 2003 FCA 388, Sharlow J.A., judgment dated 21/10/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 15/4/04.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Kligman c. M.R.N.*, [2003] 3 C.F. 569 (1<sup>re</sup> inst.), a été infirmée en appel (A-79-03, 2004 CAF 152). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6-4-04, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*McClelland c. Canada*, A-403-02, 2003 CAF 483, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 17-10-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-4-04.

*Webster c. Canada*, A-50-03, 2003 CAF 388, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 21-10-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 15-4-04.





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

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2004, Vol. 1, Part 2**

**2004, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-185-02  
2003 FCA 320

A-185-02  
2003 CAF 320

**Mary Ballantyne and Catherine Patterson-Kidd**  
(*Appellants*)

v.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

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

Federal Court of Appeal, Létourneau, Evans and Sharlow J.J.A.—Ottawa, June 3 and August 15, 2003.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether certain provisions of Canadian Forces Superannuation Act discriminatory on grounds of marital status, sex — Ex-wife of Canadian Forces member, pensioner disentitled to survivor pension — Declaration sought Act, s. 29 (extending "spouse" to cohabiting partner) of no force, effect as contrary to Charter — F.C.T.D. Judge held legislation discriminatory but saved by Charter, s. 1 — Appeal dismissed — Declaration denied due to S.C.C. decision in Miron v. Trudel — Statute impugned as under-inclusive — Legislation does provide for differential treatment based on enumerated or analogous ground — In application of S.C.C. test in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), question whether similarly situated reasonable person would feel same way — Purpose of Canada's retirement pension system — Nothing to support appellants' argument Act's purpose to compensate military wives for hardship, unpaid contributions to military — Impugned provisions part of complex web of federal, provincial law — Provision did offend Charter but saved by s. 1 — Evans, Létourneau J.J.A. concurring in result, doubting Charter infringed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Canadian Forces Superannuation Act denying survivor pension to divorced spouse — Sharlow J.A. (Létourneau, Evans J.J.A. dubitante) holding provision discriminatory, offending s. 15(1) — Whether F.C.T.D. Judge correct in holding justified by s. 1 — Appellants' argument: no rational connection between objective (relieving poverty), divorced spouses exclusion — Legislation's purpose not just*

**Mary Ballantyne et Catherine Patterson-Kidd**  
(*appelantes*)

c.

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

*RÉPERTORIÉ: ROY c. CANADA (C.A.F.)*

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Evans et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 3 juin et 15 août 2003.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Certaines dispositions de la Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes exercent-elles une discrimination fondée sur l'état matrimonial et le sexe? — L'ex-épouse d'un membre ou d'un retraité des Forces canadiennes perd son droit à la pension de survivant — Une déclaration est demandée affirmant que l'art. 29 de la Loi (qui étend la définition de «conjoint» à un conjoint de fait) est contraire à la Charte et qu'il est donc nul et sans effet — La Section de première instance de la Cour fédérale avait jugé que la loi était discriminatoire mais qu'elle était validée par l'article premier de la Charte — Appel rejeté — La déclaration demandée est refusée en raison de l'arrêt de la C.S.C. dans l'affaire Miron c. Trudel — La loi contestée est vue comme discriminante — Le texte législatif renferme bien une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue — Lorsqu'on applique le critère établi par la C.S.C. dans l'arrêt Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), il s'agit de savoir si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation éprouverait le même sentiment — Objet du système canadien des pensions de retraite — Rien n'autorisait l'argument des appelantes selon lequel l'objet de la loi est de reconnaître les difficultés que doivent supporter les femmes de militaires, et leur contribution non rémunérée à la vie militaire — Les dispositions contestées font partie d'un tissu complexe de lois fédérales et provinciales — La disposition contrevient à la Charte, mais elle était validée par l'article premier — Les juges Evans et Létourneau, J.C.A., souscrivent au dispositif, mais doutent qu'il y ait violation de la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant — La juge Sharlow, J.C.A. (les juges Létourneau et Evans, J.C.A., exprimant des doutes) estime que la disposition est discriminatoire parce qu'elle contrevient à l'art. 15(1) — Le juge de la Section de première instance a-t-il eu raison de dire que la disposition était validée par l'article premier? —*

*poverty relief — Minimal impairment — Court defers to Parliament where array of policy choices to be weighed, balanced — Proportionality — Family law regime sufficient answer to appellants' problems.*

*Armed Forces — Canadian Forces Superannuation Act denies survivor pension to divorced spouse — Whether offends Charter, s. 15 — History of military pension legislation reviewed — Survivor pension is "add-on" benefit (advantage to contributors having survivors) — Appellants' argument: purpose of survivor pension to compensate military wives for hardship, unpaid contributions to military — No evidence such was Parliament's intention — Survivor pension is part of contributor's remuneration package, designed to encourage recruitment, retention of military personnel.*

*Pensions — Canadian Forces Superannuation Act denies survivor pension to divorced spouse — Whether in contravention of Charter, s. 15 — History of military pension legislation reviewed — Impugned provision considered in light of entire legislative scheme — Purpose of Canada's retirement pension system — Provincial family property division legislation now extending to pensions.*

This was an appeal from the judgment of McKeown J. wherein he rejected arguments that certain provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act* were discriminatory on grounds of marital status and sex, contrary to Charter, section 15. The appellants had complained that the ex-wife of a Forces member or pensioner loses entitlement to a survivor pension due to their being divorced. It could not be denied that, under the Act, the separated spouse of a contributor enjoys an economic advantage over one who is divorced.

While the former discretionary aspects and sex-based discrimination in respect of survivors' pensions have disappeared, a pension has always been denied to the divorced spouse of a member. At one time, no pension was granted to a widow considered unworthy or already wealthy. Even if granted a pension, she could be cut off upon becoming unworthy of it. That was still the law after the substantial amendments made to the *Militia Pension Act* in 1946. It was

*Argument des appelantes: il n'y a aucun lien rationnel entre l'objectif d'allègement de la pauvreté et l'exclusion des conjoints divorcés — L'objet du texte législatif n'est pas simplement l'allègement de la pauvreté — Atteinte minimale — La Cour doit déférer à la décision du législateur lorsque la loi contestée rend compte d'une diversité de choix qu'il faut arbitrer et équilibrer — Proportionnalité — Le régime du droit de la famille est une réponse suffisante aux problèmes des appelantes.*

*Forces armées — La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant — Cette disposition contrevient-elle à l'art. 15 de la Charte? — Examen de l'historique des lois sur les pensions versées aux militaires — La pension de survivant est une prestation «complémentaire» (elle constitue un avantage pour les cotisants qui ont des survivants) — Argument des appelantes: l'objet de la pension de survivant est de reconnaître les difficultés que doivent supporter les femmes de militaires, et leur contribution non rémunérée à la vie militaire — Il n'est pas établi que telle était l'intention du législateur — La pension de survivant est un élément du régime de rémunération du cotisant, qui vise à encourager le recrutement et la fidélité des militaires.*

*Pensions — La Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes refuse au conjoint divorcé le droit à la pension de survivant — Cette disposition est-elle contraire à l'art. 15 de la Charte? — Examen de l'historique des lois sur les pensions versées aux militaires — La disposition contestée est considérée à la lumière du régime législatif tout entier — Objet du système canadien des pensions de retraite — Les lois provinciales sur le partage des biens familiaux englobent maintenant les pensions.*

Il s'agissait d'un appel à l'encontre du jugement du juge McKeown, qui avait rejeté les arguments selon lesquels certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* exerçaient une discrimination fondée sur l'état matrimonial et le sexe, contrairement à l'article 15 de la Charte. Le grief des appelantes était que l'ex-épouse d'un militaire ou d'un retraité de l'armée perd son droit à la pension de survivant si elle est divorcée de son mari. On ne peut nier que, selon la Loi, le conjoint séparé d'un cotisant jouit d'un avantage économique qui est refusé au conjoint divorcé d'un cotisant.

Les aspects discrétionnaires et les distinctions fondées sur le sexe en ce qui concerne les pensions de survivant ont disparu, mais le droit à la pension de survivant a toujours été refusé au conjoint divorcé d'un militaire ou d'un retraité de l'armée. Autrefois, aucune pension ne pouvait être versée à la veuve qui n'en était pas digne ou qui était déjà nantie. Et la pension de veuve pouvait être suspendue ou interrompue si elle en devenait indigne. C'était encore la situation juridique après

not until enactment of the *Canadian Forces Superannuation Act* in 1959 that pensions were made a statutory entitlement for military personnel and their survivors. It even bestowed limited recognition upon conjugal relationships other than marriage. The legislation failed, however, to deal with the situation where a pensioner died whilst married to one but cohabiting with another. Amendments adopted in 1960 abolished disqualification for unworthiness. Certain restrictions, however, remained. By the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, male and female members and survivors at last achieved equality. In addition, it was now easier to secure recognition of cohabitation in a conjugal relationship as the equivalent to marriage. Where more than one was entitled to a survivor pension, it was open to Treasury Board to order apportionment. Pursuant to further amendments in 1992, provision was made for the formal division of federal statutory pensions upon marriage breakdown so long as there was a court order or written agreement as to the division. Finally, in 1999, the legislation was amended yet again, entirely removing discretion in the matter of the recognition of cohabitation. Even a same-sex partner was now entitled to survivor benefits.

Under the current legislation, divorced spouses are not included in the definition of "survivor". The survivor pension is referred to as an "add-on" benefit in that the amount of survivor benefits paid in excess of member contributions represent an advantage to contributors having survivors that is denied to contributors who do not have survivors.

The appellant, Ms. Ballantyne, married a serviceman in 1954, three months after his enlistment, and they had four children. While they separated in 1986, there was no divorce. Mr. Ballantyne retired, as a Lieutenant-Colonel, in 1987 and remains alive. He is not cohabiting with another. Their 1987 separation agreement provided that each was to be financially independent of the other and each entitled to a share of the other's pension. It was further agreed that as for survivor benefits under their pensions, each would be considered the other's surviving spouse even if someone else qualified as a spouse. In addition, the matter would be reviewed should this be necessitated by some change in relevant legislation. The agreement notwithstanding, in 1996 Ms. Ballantyne inquired about a pension division under the *Pension Benefits Division Act* but decided not to apply therefor as that would result in loss of entitlement to a survivor's pension in accordance with

les modifications substantielles apportées à la *Loi des pensions de la milice* en 1946. Il a fallu attendre la promulgation de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, en 1959 pour que les pensions deviennent un droit de caractère officiel conféré aux militaires et à leurs survivants. Un aspect important de ces modifications était la reconnaissance restreinte des liens conjugaux autres qu'un mariage en bonne et due forme. La loi ne parlait pas cependant de la situation qui pouvait se produire si un retraité décédait alors qu'il était légalement marié à une personne, mais faisait vie commune avec une autre. Les modifications adoptées en 1960 ont aboli la notion de perte de droit pour indignité. Certaines restrictions cependant ont subsisté. Par la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (pensions de retraite)*, l'égalité de statut était finalement conférée aux militaires des deux sexes et des survivants des deux sexes. De plus, il était désormais plus facile d'obtenir la reconnaissance d'une union de fait comme l'équivalent du mariage. Si plus d'une personne avait droit à une pension de survivant, le Conseil du Trésor pouvait ordonner une répartition. À la suite de nouvelles modifications apportées en 1992, il devenait possible de procéder au partage formel des pensions fédérales à la dissolution du mariage, si une ordonnance judiciaire ou un accord écrit prévoyait un tel partage. Finalement, en 1999, la loi fut modifiée encore une fois, d'une manière qui supprimait tout pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non une union de fait. Les prestations de survivant étaient même élargies au partenaire de même sexe d'un militaire décédé.

Selon la loi actuelle, les conjoints divorcés ne sont pas compris dans la définition de «survivant». La pension de survivant est appelée prestation «complémentaire», en ce sens que les prestations de survivant qui dépassent les cotisations du membre représentent, pour les cotisants qui ont des survivants, un avantage qui est refusé aux cotisants qui n'ont pas de survivants.

L'appelante, M<sup>me</sup> Ballantyne, avait épousé un militaire en 1954, trois mois après qu'il s'était enrôlé dans l'armée, et ils ont eu quatre enfants. Ils se sont séparés en 1986, mais ils n'ont pas divorcé. M. Ballantyne a pris sa retraite en 1987 avec le grade de lieutenant-colonel, et il vit encore mais ne fait vie commune avec personne. Leur accord de séparation de 1987 prévoyait que chacun d'eux allait être financièrement indépendant de l'autre et que chacun aurait droit à une part de la pension de l'autre. Ils avaient aussi décidé que, aux fins des prestations de survivant selon leurs régimes respectifs de pensions, chacun serait considéré le conjoint survivant de l'autre, même si quelqu'un d'autre pouvait prétendre à la qualité de conjoint. De plus, ils s'étaient entendus pour revoir cet aspect pour le cas où cela deviendrait nécessaire par suite de modifications apportées à la loi applicable. Nonobstant l'accord, M<sup>me</sup> Ballantyne s'était renseignée en 1987 sur un

section 25 of the *Pension Benefits Division Regulations*. Ms. Ballantyne felt aggrieved in that, should they divorce, she will not be entitled to a survivor's pension. There was no evidence that the Ballantynes wish to divorce or that Mr. Ballantyne is considering cohabiting with another.

Appellant, Ms. Patterson-Kidd, married in 1957 and also had four children. Following separation in 1982, Mr. Kidd cohabited with another woman. He died the year after their 1986 divorce. A separation agreement, entered into in 1982, required Mr. Kidd to pay \$2,000 per month as maintenance but, in 1984 the amount was reduced to \$1,000. Appellant is not entitled to a survivor's pension since she was divorced at the time of Colonel Kidd's death. On the other hand, the woman with whom he was living at the time of his death was granted a survivor's pension.

Appellants' position was that survivor pension entitlement should not depend upon marital status at the time of the contributor's death, but should recognize the years of marriage that coincided with the contribution period. They seek a declaration that *Canadian Forces Superannuation Act*, section 29 (extending the definition of "spouse" to a cohabiting partner) is of no force and effect as contrary to the Charter. Even if section 29 is held to be constitutionally valid, appellants suggest that they should be considered as meeting the definition of "survivor" and as entitled to a portion of the survivor benefit based on their years of cohabitation with their respective spouses during the contribution period. Ms. Patterson-Kidd seeks a monetary award together with pre-judgment and post-judgment interest. The Trial Judge held that, while the legislation was discriminatory on the basis of marital status, contrary to Charter, subsection 15(1), it was justified under section 1.

*Held*, the appeal should be dismissed with costs of this appeal to the Crown

*Per* Sharlow J.A.: Prior to embarking upon the Charter, section 15 analysis mandated by the Supreme Court in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 the Court first dealt with the claim for a declaration that section 29 of the *Canadian Forces Superannuation Act*—

partage des prestations de retraite selon la *Loi sur le partage des prestations de retraite*, mais elle avait résolu de ne pas demander un partage parce qu'il aurait eu pour résultat la perte de son droit à une pension de survivante, en application de l'article 25 du *Règlement sur le partage des prestations de retraite*. M<sup>me</sup> Ballantyne s'est sentie lésée parce que, si elle et son mari venaient à divorcer, elle n'aura pas droit à une pension de survivante. Rien ne donnait à penser que les Ballantyne souhaitaient divorcer, ni que M. Ballantyne songeait à faire vie commune avec quelqu'un d'autre.

L'appelante, M<sup>me</sup> Patterson-Kidd, s'est mariée en 1957 et elle a eu elle aussi quatre enfants. Après sa séparation en 1982, M. Kidd a commencé de faire vie commune avec une autre femme. Il est décédé l'année qui a suivi leur divorce prononcé en 1986. Un accord de séparation conclu en 1982 prévoyait que M. Kidd devait verser une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois, mais, en 1984, la pension alimentaire fut ramenée 1 000 \$. L'appelante n'a pas droit à une pension de survivante parce qu'elle était divorcée au moment du décès du colonel Kidd. Cependant, la femme avec qui M. Kidd faisait vie commune au moment de son décès a obtenu une pension de survivante.

La position des appelantes était que le droit à la pension de survivante ne devrait pas dépendre de leur état matrimonial au moment du décès du cotisant, mais devrait plutôt reconnaître les années de mariage qui correspondaient à la période durant laquelle des cotisations avaient été payées. Les deux appelantes voudraient qu'il soit déclaré que l'article 29 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (qui étend la définition de «conjoint» à un conjoint de fait) est contraire à la Charte et est donc nul et sans effet. Si l'article 29 est jugé valide au plan constitutionnel, alors les appelantes estiment que chacune d'elles devrait être réputée répondre à la définition de «survivant» et devrait avoir droit à une portion de la prestation de survivante, en fonction de leurs années de cohabitation avec leurs époux respectifs durant la période de versement des cotisations. M<sup>me</sup> Patterson-Kidd voudrait aussi une compensation pécuniaire, avec les intérêts avant jugement et après jugement. Le juge de première instance a estimé que la loi exerçait contre les appelantes une discrimination fondée sur l'état matrimonial, contrevenant ainsi au paragraphe 15(1) de la Charte, mais que la disposition contestée était validée par l'article premier de la Charte.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté, avec dépens en faveur de la Couronne.

Le juge Sharlow, J.C.A.: Avant de procéder à l'analyse de l'article 15 de la Charte, une analyse prescrite par la Cour suprême dans l'arrêt *Law v. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, la Cour a d'abord examiné la demande des appelantes pour qu'il soit déclaré que

which includes cohabiting partners in the definition of "survivor"—is invalid. Such declaration could not be granted in view of the Supreme Court decision in *Miron v. Trudel*, in which automobile insurance legislation was held in contravention of the Charter as it discriminated against the unmarried but cohabiting partner of an insured. While *Miron v. Trudel* was distinguished in *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, the Supreme Court did not suggest that it was no longer good law. The distinction was that *Miron v. Trudel* concerned a couple as a unit *vis-à-vis* third parties; the legislation in *Walsh* regulated the economic aspects of the marriage relationship itself.

The impugned law was challenged as under-inclusive in that it excludes divorced spouses from eligibility for survivor benefits. Clearly, the legislation provides for differential treatment based on an enumerated or analogous ground: marital status. It was, however, the Crown's argument that the impugned law does not perpetuate or promote the view that divorced persons are less valued as human beings or as members of society.

In determining whether a statute discriminates in the substantive sense, the entire statute has to be considered in its legislative context. While the four factors established in *Law* have to be considered from a claimant's perspective, they must be based on an objective foundation in the sense that a similarly situated reasonable person would feel the same way. The Crown's position was that, upon a consideration of the entire legislative scheme, the exclusion of divorced spouses is *not discriminatory because they benefit from other financial advantages following divorce*.

The Trial Judge wrote that the purpose of Canada's retirement pension system is to alleviate poverty among the elderly. That was not entirely accurate since there are many retired people—such as from the military—who are not elderly. It should rather be said that the purpose is to alleviate poverty among those retired from the paid workforce as well as those dependent upon them.

The purpose of the survivor pension under the *Canadian Forces Superannuation Act* was disputed. Appellants suggested that it is, or should be, a device for compensating military wives for hardship and their unpaid contribution to

l'article 29 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*—qui englobe les conjoints de fait dans la définition de «survivant»—est invalide. La déclaration demandée ne pouvait être accordée eu égard à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Miron c. Trudel*. Dans cet arrêt, une loi sur l'assurance-automobile avait été jugée contraire à la Charte parce qu'elle exerçait contre le conjoint de fait d'une personne assurée une discrimination injustifiable. L'application de l'arrêt *Miron c. Trudel* avait été écartée dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, mais la Cour suprême n'a pas dit que l'arrêt *Miron c. Trudel* ne faisait plus autorité. L'application de l'arrêt *Miron c. Trudel* avait été écartée parce que la loi contestée dans cette affaire concernait la relation d'un couple vu comme unité par rapport aux tiers, tandis que la loi contestée dans l'affaire *Walsh* visait à régir les aspects économiques du mariage lui-même.

La loi contestée était vue comme discriminante parce qu'elle exclut les conjoints divorcés de l'admissibilité aux prestations de survivant. Manifestement, la loi renferme une différence de traitement fondée sur un motif énuméré ou analogue: l'état matrimonial. Cependant, la Couronne a avancé l'argument selon lequel la loi contestée ne perpétue pas ni n'encourage l'idée selon laquelle les personnes divorcées sont moins dignes d'être valorisées en tant qu'êtres humains ou que membres de la société.

Pour savoir si une loi exerce une discrimination au sens fondamental, il est nécessaire d'examiner la loi tout entière dans son contexte propre. Les quatre facteurs établis l'arrêt *Law* doivent être examinés selon le point de vue du demandeur, mais ils doivent reposer sur un fondement objectif en ce sens qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation éprouverait le même sentiment. La position avancée par la Couronne était celle-ci: si l'on considère le régime législatif tout entier, l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant n'est pas discriminatoire, parce que les conjoints divorcés obtiennent, au divorce, d'autres avantages financiers.

Le juge de première instance avait écrit que l'objet général du système canadien des revenus de retraite est d'alléger la pauvreté parmi les personnes âgées. Cela n'est pas tout à fait exact puisque de nombreuses personnes retraitées—par exemple celles qui ont pris leur retraite de l'armée—ne sont pas des personnes âgées. Il faudrait plutôt dire que l'objet de telles lois est d'alléger la pauvreté parmi ceux qui ont quitté la population active rémunérée et ceux qui dépendent d'une personne qui a quitté la population active rémunérée.

L'objet de la pension de survivant prévue par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* n'échappait pas à une certaine polémique. Les appelantes estimaient que la pension de survivant est ou devrait être un moyen de

military life. But there was nothing to support the suggestion that such was Parliament's intention. In the Crown's submission, the economic issues arising upon divorce are best dealt with under family law, such as the spousal support provisions of the *Divorce Act* and provincial legislation governing family property division (which now extends to pensions). The statutory provisions here at issue are but part of a complex web of federal and provincial law. Even so, as the Judge below correctly concluded, the exclusion of divorced spouses from survivor pension entitlement, constituted discrimination, contrary to Charter, subsection 15(1).

The question then was whether the Trial Judge was correct in finding that the discrimination was justified under Charter, section 1. These survivor benefits are aimed at providing economic support for those economically dependent upon a pensioner at the time of his death. Divorced persons fall outside that class, as divorce is presumed to sever whatever relationship of dependency may have existed during marriage.

Appellants argued that there was no rational connection between the objective of relieving poverty and the exclusion of divorced spouses. But the purpose of this legislation was not just relief of poverty and it was not social welfare legislation. It was rather intended to provide remuneration for the services of Canadian Forces members.

As for minimal impairment, the Trial Judge did not err in concluding that the Court ought to defer to Parliament in a matter that involved an array of policy choices that had to be weighed and balanced. Even if the Judge accorded the additional cost of extending the survivor pension to divorced spouses undue weight, \$200 million was not an inconsiderable sum.

Turning to proportionality, while appellants were correct in noting that the family law regime fails to provide a complete answer to their problem, it does constitute a partial and sufficient answer. The Charter does not require Parliament to devise perfect solutions.

*Per Evans J.A.* (Létourneau J.A. concurring): The opinion of Sharlow J.A., that the impugned legislation is discriminatory, contrary to Charter, subsection 15(1), could not be endorsed. Central to appellants' case was the theory that the benefit payable to a surviving spouse was meant as compensation for contributions to a military career as well as for hardship resulting from postings and difficulties in the

compenser les difficultés que doivent supporter les femmes de militaires, ainsi que leur contribution non rémunérée à la vie militaire. Cependant, rien ne donnait à entendre que telle était l'intention du législateur. Selon la Couronne, il vaut mieux disposer des aspects économiques d'un divorce en recourant aux règles du droit de la famille, notamment aux dispositions en matière de pensions alimentaires de la *Loi sur le divorce* et aux lois provinciales se rapportant au partage des biens familiaux (lesquels englobent aujourd'hui les pensions). Les dispositions législatives ici en question devraient être vues comme partie d'un tissu complexe de lois fédérales et provinciales. Quoi qu'il en soit, ainsi que l'avait estimé à juste titre le juge de première instance, l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant constituait une discrimination contraire au paragraphe 15(1) de la Charte.

Il fallait donc se demander si le juge de première instance avait eu raison de dire que la discrimination était justifiée par l'article premier de la Charte. Les prestations de survivant visent à apporter un soutien économique aux personnes qui sont dépendantes économiquement d'un retraité au décès de celui-ci. Les personnes divorcées n'entrent pas dans cette catégorie, car le divorce est présumé mettre fin à toute relation de dépendance qui a pu exister durant le mariage.

Les appelantes ont fait valoir qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre l'objectif d'alléger la pauvreté et l'exclusion des conjoints divorcés. Cependant, l'objectif de cette loi n'était pas simplement d'alléger la pauvreté, et il ne s'agissait pas d'une loi de protection sociale. C'était une loi qui visait plutôt à rémunérer les services des membres des Forces canadiennes.

S'agissant de l'atteinte minimale, le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur en concluant que la Cour devait déférer à la décision du législateur dans une affaire qui faisait intervenir une diversité de choix devant être arbitrés et équilibrés. Le juge de première instance avait accordé un poids excessif au coût additionnel représenté par l'attribution d'une pension de survivant aux conjoints divorcés, mais la somme de 200 millions de dollars n'était pas une somme négligeable.

S'agissant de la proportionnalité, même si les appelantes avaient raison de relever que le régime du droit de la famille n'est pas une réponse complète à leur problème, il constitue quand même une réponse partielle et suffisante. La Charte n'oblige pas le législateur à imaginer des solutions parfaites.

Le juge Evans, J.C.A. (le juge Létourneau, J.C.A., a souscrit à ses motifs): Il n'a pu se ranger à l'avis de la juge Sharlow, J.C.A. selon lequel la loi contestée est discriminatoire et contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. Le point essentiel de l'argument des appelantes était que la prestation payable au conjoint survivant d'un cotisant visait à indemniser les épouses de militaires de la contribution qu'elles apportent



pursuit of the spouse's own career. But, as concluded by Sharlow J.A., that was not the legislation's rationale. The survivor's benefit is part of a contributor's remuneration package and is designed to encourage recruitment and retention of military personnel. A reasonable person in the position of appellant, Ms. Patterson-Kidd, would not consider exclusion as an affront to her essential human dignity.

Nor could the view of Sharlow J.A., that the statute's failure to treat separated spouses in the same way as divorced ones demonstrates a Charter subsection 15(1) breach, be accepted. All separated spouses are not, in law, similarly situated. Where there is no separation agreement or court order, financial obligations continue to flow from the marriage itself. And, since not all separations are formalized or permanent, the decision of Parliament to extend the survivor's benefit to separated spouses was not necessarily inconsistent with the purposes of the legislation.

While it was understandable that appellant, Mary Ballantyne, would prefer to have an option, upon divorce, of selecting between a division of the contributor's pension or the survivor's benefit, denial of the opportunity to calculate which would be more financially advantageous does not amount to a denial of essential human dignity such as to require section 1 justification.

Finally, courts should be reluctant to find Charter subsection 15(1) infringement based on over- or under-inclusiveness of a statute conferring financial benefits. Eligibility restrictions may lose any discriminatory sting when looked at in the context of other benefits available to those ineligible under the impugned statute.

While doubting the conclusion of Sharlow J.A., that the legislation did breach Charter, subsection 15(1), the appeal could be dismissed, the legislation in any event being saved by section 1.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend certain Acts in relation to pensions and to enact the Special Retirement Arrangements Act and the*

en général aux carrières de leurs maris, et des difficultés qu'entraînent pour elles les affectations de leurs maris, sans compter les obstacles que les épouses de militaires connaissent souvent dans la poursuite de leurs propres carrières. Mais, ainsi que l'a conclu la juge Sharlow, J.C.A., ce n'était pas là la raison d'être de la loi. La prestation de survivant est un élément du régime de rémunération du cotisant, élément qui vise à encourager le recrutement et la fidélité des militaires. Une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'appelante, M<sup>me</sup> Patterson-Kidd, ne verrait pas dans l'exclusion un affront à sa dignité humaine essentielle.

Le juge Evans, J.C.A., n'a pu non plus souscrire à l'avis de la juge Sharlow, J.C.A., pour qui le fait pour le législateur de ne pas traiter sur un pied d'égalité les conjoints séparés et les conjoints divorcés était la preuve qu'il y avait contravention au paragraphe 15(1) de la Charte. Les conjoints séparés ne sont pas tous, en droit, dans la même situation. Lorsqu'il n'y a pas d'accord de séparation ni d'ordonnance judiciaire, des obligations financières continuent de résulter du mariage lui-même. Et, puisque les séparations ne sont pas toutes officielles ou permanentes, la décision du législateur d'étendre aux époux séparés la prestation de survivant n'était pas nécessairement incompatible avec les objets de la loi.

On pouvait très bien comprendre pourquoi l'appelante, Mary Ballantyne, voudrait, au moment du divorce, être en mesure de décider si elle recevra une part de la pension du cotisant ou bien la prestation de survivante, mais le fait de refuser à une personne la possibilité de voir quelle solution serait pour elle la plus avantageuse financièrement ne constitue pas un déni de la dignité humaine essentielle au point que le gouvernement soit contraint de justifier ce déni selon l'article premier.

Finalement, les tribunaux devraient se garder de conclure que les lignes qui circonscrivent inévitablement les prestations financières prévues par les lois contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte au motif qu'elles sont tracées trop largement ou trop étroitement. Des limites à l'admissibilité peuvent perdre toute coloration discriminatoire si elles sont considérées dans le contexte d'autres avantages accordés aux personnes non admissibles d'après les dispositions contestées.

Même si un doute subsiste à propos de la conclusion de la juge Sharlow, J.C.A., selon laquelle la législation ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte, l'appel pouvait être rejeté, la législation étant de toute façon validée par l'article premier.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS

*Acte des pensions de la milice de 1901, S.C. 1901, ch. 17, art. 17, 18, 19, 22.*

- Pension Benefits Division Act*, S.C. 1992, c. 46, ss. 32 to 59.
- An Act to amend the Militia Pension Act*, S.C. 1946, c. 59, s. 6.
- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9, s. 14(3).
- Canadian Forces Superannuation Act*, S.C. 1959, c. 21, ss. 12(2),(4),(5), 13(1).
- Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17, ss. 2(1) "survivor" (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 115), 3, 15 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 40; 1999, c. 26, s. 14; 1999, c. 34, s. 127), 16 (as am. *idem*, s. 128), 17 (as am. *idem*, s. 129), 18 (as am. *idem*, s. 130), 19 (as am. *idem*, s. 131), 25 (as am. by S.C. 1989, c. 6, s. 7; 1999, c. 34, s. 133), 25.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 46, s. 42; 1999, c. 34, s. 134), 26 (as am. *idem*, s. 135), 26.1 (as enacted *idem*), 27 (rep. by S.C. 1989, c. 6, s. 8), 28 (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 136), 29 (as am. *idem*), 30 (rep. *idem*), 31 (as am. *idem*, s. 137), 32 (as am. *idem*, s. 138).
- Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3.
- Militia Pension Act*, 1901 (*The*), S.C. 1901, c. 17, ss. 17, 18, 19, 22.
- Militia Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 133, ss. 4(2), 6, 7, 8, 25, 27, 51(1) (as am. by S.C. 1946, c. 59, s. 6), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 54 (as am. *idem*).
- Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.
- Pension Benefits Division Act*, S.C. 1992, c. 46, Sch. II.
- Pension Benefits Division Regulations*, SOR/94-612, s. 25.
- Public Pensions Reporting Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 13.
- Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36.
- Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. R-11.
- Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81.
- 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. 1, 15.
- Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, ch. 81.
- Loi des pensions de la milice*, S.R.C. 1927, ch. 133, art. 4(2), 6, 7, 8, 25, 27, 51(1) (mod. par S.C. 1946, ch. 59, art. 6), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 54 (mod., *idem*).
- Loi modifiant certaines lois en matière de pensions et édictant la Loi sur les régimes de retraite particuliers et la Loi sur le partage des prestations de retraite*, L.C. 1992, ch. 46, art. 32 à 59.
- Loi modifiant la Loi des pensions de la milice*, S.C. 1946, ch. 59, art. 6.
- Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36.
- Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11.
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, art. 2(1) «survivant» (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 115), 3, 15 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 40; 1999, ch. 26, art. 14; 1999, ch. 34, art. 127), 16 (mod., *idem*, art. 128), 17 (mod., *idem*, art. 129), 18 (mod., *idem*, art. 130), 19 (mod., *idem*, art. 131), 25 (mod. par S.C. 1989, ch. 6, art. 7; 1999, ch. 34, art. 133), 25.1 (abrogé par L.C. 1992, ch. 46, art. 42; 1999, ch. 34, art. 134), 26 (mod., *idem*, art. 135), 26.1 (édicte, *idem*), 27 (abrogé par L.C. 1989, ch. 6, art. 8), 28 (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 136), 29 (mod., *idem*), 30 (abrogé, *idem*), 31 (mod., *idem*, art. 137), 32 (mod., *idem*, art. 138).
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.C. 1959, ch. 21, art. 12(2),(4),(5), 13(1).
- Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9, art. 14(3).
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.
- Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 3.
- Loi sur le partage des prestations de retraite*, L.C. 1992, ch. 46, ann. II.
- Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 13.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.
- Règlement sur le partage des prestations de retraite*, DORS/94-612, art. 25.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Miron v. Trudel*,

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Miron c. Trudel*, [1995] 2

[1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## CONSIDERED:

*Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325; (2002), 210 N.S.R. (2d) 273; 221 D.L.R. (4th) 1; 102 C.R.R. (2d) 1; 297 N.R. 203; 32 R.F.L. (5th) 81.

## REFERRED TO:

*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769; 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

APPEAL from trial judgment ([2002] 4 F.C. 451; (2002), 33 C.C.P.B. 118; 93 C.R.R. (2d) 296; 217 F.T.R. 249) dismissing an action for declarations that certain provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act* were discriminatory on grounds of marital status and sex, contrary to Charter, section 15. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Martin W. Mason and Ritu R. Gambhir* for appellants.  
*Brian J. Saunders and Linda J. Wall* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: This is an appeal from a judgment, reported as *Roy v. Canada*, [2002] 4 F.C. 451 (T.D.), dismissing the claim of the appellants that certain

R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Egan v. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325; (2002), 210 N.S.R. (2d) 273; 221 D.L.R. (4th) 1; 102 C.R.R. (2d) 1; 297 N.R. 203; 32 R.F.L. (5th) 81.

## DÉCISION MENTIONNÉE:

*Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769; 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

APPEL formé contre un jugement de la Section de première instance ([2002] 4 C.F. 451; (2002), 33 C.C.P.B. 118; 93 C.R.R. (2d) 296; 217 F.T.R. 249) qui avait rejeté une action demandant qu'il soit déclaré que certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* exerçaient une discrimination fondée sur le statut matrimonial et le sexe, en contravention de l'article 15 de la Charte. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Martin W. Mason et Ritu R. Gambhir* pour les appelantes.  
*Brian J. Saunders et Linda J. Wall* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Les appelantes font appel d'un jugement, publié sous l'appellation *Roy c. Canada*, [2002] 4 C.F. 451 (1<sup>re</sup> inst.), qui avait rejeté

provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17, discriminate against them on grounds of marital status and sex contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Their complaint is that the wife of a military member or pensioner loses entitlement to a survivor pension if she is divorced from him. Their case is based on the undeniable fact that the *Canadian Forces Superannuation Act* gives an economic advantage to the separated spouse of a contributor that is denied to the divorced spouse of a contributor

#### History of the legislation

[2] Statutory pensions have been provided to the survivors of military officers for over a century, and to the survivors of enlisted personnel for nearly 60 years. Originally, the pension entitlement of widows was subject to considerable government discretion, and survivor pensions were denied to widowers. Over the years, the discretionary aspects of survivor pensions and the distinctions based on sex have disappeared. However, entitlement to a survivor pension has always been denied to the divorced spouse of a member or pensioner.

[3] Before 1901, the widow of a military officer or militiaman could be awarded a pension only by Royal Warrant in the event of a service related death. In 1901, *The Militia Pension Act*, 1901, S.C. 1901, c. 17, was enacted to permit the payment of a pension upon the retirement of a member of the militia, if the Minister was satisfied with the member's service, based on a formula that varied with length of service and rank. Section 17 of *The Militia Pension Act*, 1901 authorized the Governor in Council to grant a pension to the widow of an officer of the militia who had completed 20 years of service and was at the time of his death on full pay or in receipt of a pension. The amount of the widow's pension depended on the rank of the officer (section 19). There was no provision for a pension for the widow of a militia member who was not an officer.

leur allégation selon laquelle certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17, exercent à leur encontre une discrimination fondée sur l'état matrimonial et le sexe, contrairement à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Leur grief est que l'épouse d'un militaire ou d'un retraité de l'armée perd son droit à la pension de survivant si elle est divorcée de son mari. Leur argument est fondé sur le fait, indéniable, que la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* confère au conjoint séparé d'un cotisant un avantage économique qui est refusé au conjoint divorcé d'un cotisant.

#### Historique de la législation

[2] Des pensions de retraite selon la loi sont versées aux survivants d'officiers militaires depuis plus d'un siècle, et aux survivants de militaires du rang depuis près de 60 ans. À l'origine, le droit des veuves à pension dépendait du pouvoir discrétionnaire considérable de l'administration, et les pensions de survivant étaient refusées aux veufs. Au fil des ans, les aspects discrétionnaires des pensions de survivant et les distinctions fondées sur le sexe ont disparu. Cependant, le droit à la pension de survivant a toujours été refusé au conjoint divorcé d'un militaire ou d'un retraité de l'armée.

[3] Avant 1901, la veuve d'un officier militaire ou d'un militaire du rang ne pouvait se voir attribuer une pension que par mandat royal si le décès était lié au service. En 1901, l'*Acte des pensions de la milice de 1901*, S.C. 1901, ch. 17, fut promulgué pour autoriser le versement d'une pension à la retraite d'un membre de la milice, si le ministre était satisfait du service du membre, en se fondant sur une formule qui variait avec les états de service et le rang. L'article 17 de l'*Acte des pensions de la milice de 1901* autorisait le gouverneur en conseil à octroyer une pension à la veuve d'un officier de la milice qui avait accompli 20 ans de service et qui à son décès recevait pleine solde ou bénéficiait d'une pension. Le chiffre de la pension de veuve dépendait du rang de l'officier (article 19). Aucune pension n'était prévue pour la veuve d'un membre de la milice qui n'était pas un officier.

[4] The *Militia Pension Act*, 1901 limited the authority of the government to pay a pension to the widow of an officer. According to section 18, for example, no pension could be paid to a widow who was unworthy of it, to a widow who was already wealthy, to the widow of an officer who had married after retirement, to a widow of an officer who had married after the age of 60 years, to the widow of an officer who was married to a person more than 25 years younger, or to the widow of an officer who died within one year of his marriage, unless the officer was in good health at the time of his marriage and death was caused by a disease or injury that was not caused by the officer himself. In addition, section 22 provided that the widow's pension would be stopped if the widow became unworthy of it, or became wealthy. Under subsection 22(2), if the widow remarried, the widow's pension would be suspended but could be restored if the new spouse died and the widow otherwise qualified for the pension.

[5] Many amendments had been made to *The Militia Pension Act*, 1901 by the time of the 1927 consolidation of federal statutes, when *The Militia Pension Act*, 1901 became the *Militia Pension Act*, R.S.C. 1927, c. 133. Provisions were made to take into account pensionable service in government, in the Royal Canadian Mounted Police, and in military organizations other than the militia (sections 6, 7 and 8). For the first time, a pension could be paid in certain circumstances to an officer with 10 years of service (subsection 4(2)). A widow's pension could be paid if the officer had completed 20 years of service and died while on full pay, or was a pensioner who had completed 10 years of service (section 25). The amount of the widow's pension was one-half of the pension to which the officer was entitled (section 27). It remained the case that a widow's pension could be paid only to the widow of an officer.

[6] Substantial amendments were made in 1946 to the *Militia Pension Act* ([*An Act to amend The Militia Pension Act*], S.C. 1946, c. 59). One important change permitted a widow's pension to be paid to the widow of a militiaman. The restrictions on the authority of the government to pay a widow's pension were relaxed in certain respects. However, it remained the case that the

[4] L'*Acte des pensions de la milice de 1901* limitait le pouvoir du gouvernement de verser une pension à la veuve d'un officier. Ainsi, selon l'article 18, aucune pension ne pouvait être versée à la veuve qui n'en était pas digne, à la veuve qui était déjà nantie, à la veuve d'un officier qui s'était marié après sa retraite, à la veuve d'un officier qui s'était marié après l'âge de 60 ans, à la veuve d'un officier quand l'officier avait plus de 25 ans de plus que son épouse, ou à la veuve d'un officier qui était décédé durant la première année de son mariage, sauf si l'officier était en bonne santé au moment de son mariage et si le décès résultait d'une maladie ou blessure qui n'était pas attribuable à l'officier lui-même. De plus, l'article 22 prévoyait que la pension de veuve cesserait si la veuve en devenait indigne ou devenait bien pourvue. Selon le paragraphe 22(2), si la veuve se remariait, la pension de veuve était suspendue, mais pouvait être rétablie si le nouveau conjoint décédait et si la veuve se qualifiait par ailleurs pour la pension.

[5] De nombreuses modifications avaient été apportées à l'*Acte des pensions de la milice de 1901* au moment de la codification de 1927 des lois fédérales, année où l'*Acte des pensions de la milice de 1901* devint la *Loi des pensions de la milice*, S.R.C. 1927, ch. 133. Des dispositions y furent insérées qui tenaient compte des services validables accomplis dans l'administration, dans la Gendarmerie royale du Canada et dans des organisations militaires autres que la milice (articles 6, 7 et 8). Pour la première fois, une pension pouvait être versée dans certains cas à un officier justifiant de 10 ans de service (paragraphe 4(2)). Une pension de veuve pouvait être versée si l'officier avait accompli 20 ans de service et était décédé avec pleine solde, ou s'il était un retraité qui avait accompli 10 ans de service (article 25). Le chiffre de la pension de veuve représentait la moitié de la pension à laquelle l'officier avait droit (article 27). Encore à l'époque, une pension de veuve ne pouvait être versée qu'à la veuve d'un officier.

[6] D'importantes modifications furent apportées en 1946 à la *Loi des pensions de la milice* ([*Loi modifiant la Loi des pensions de la milice*] S.C. 1946, ch. 59). Un changement notable prévoyait qu'une pension de veuve pouvait être versée à la veuve d'un milicien. Les limites au pouvoir du gouvernement de verser une pension de veuve étaient à certains égards assouplies. Cependant,

widow's pension could not be paid if the widow was unworthy, if the member was over the age of 60 at the time of his marriage, or if the member died within one year of the marriage unless the member was in good health at the time of the marriage (amended subsection 51(1)). If the age difference between the member and the widow was more than 20 years, the widow's pension could be reduced by a prescribed amount (amended subsection 51(2)). And the widow's pension could be suspended or discontinued if the widow became unworthy of it (subsection 51(3)). The 1946 amendments also included a provision that permitted the Treasury Board to direct a member's pension to his wife in certain circumstances. For example, this could be done if the member had left his family without any means of support, or was incapable of managing his own affairs (section 54).

[7] The first version of the *Canadian Forces Superannuation Act* was enacted in 1959 (S.C. 1959, c. 21) and came into effect in 1960. By these amendments, pensions for the first time became a statutory entitlement for military members and their survivors. Another important change made by these amendments was the limited recognition of conjugal relationships other than a legal marriage. A woman could be treated as the widow of a member if she could establish that, for a number of years before his death, she had lived with him and been maintained and represented as his wife (subsection 12(4)). The number of years was stipulated to be seven if the parties were prohibited from marrying because of an existing marriage, and was unspecified if the parties were free to marry. The statute did not deal with the situation that could arise if a pensioner died when he was legally married to one person but was cohabiting in a conjugal relationship with another. However, it did stipulate that if a woman was married to a member but separated from him, and there were circumstances that would preclude her from entitlement to an order for separate maintenance under the applicable provincial law, the Minister could treat her as having predeceased the member, thus denying her a widow's pension (subsection 12(5)).

[8] Many of the limitations that formerly applied to widows' pensions disappeared in the 1960 amendments.

encore à l'époque, la pension de veuve ne pouvait être versée si la veuve en était indigne, si le membre s'était marié après l'âge de 60 ans ou si le membre était décédé dans l'année suivant son mariage, à moins qu'il ne fût en bonne santé au moment du mariage (nouveau paragraphe 51(1)). Si la différence d'âge entre le membre et la veuve était supérieure à 20 ans, alors la pension de veuve pouvait être réduite d'une somme fixée (nouveau paragraphe 51(2)). Et la pension de veuve pouvait être suspendue ou interrompue si la veuve en devenait indigne (paragraphe 51(3)). Les modifications de 1946 renfermaient aussi une disposition qui autorisait le Conseil du Trésor à ordonner dans certains cas le paiement de la pension d'un membre à son épouse. Ce pouvait être le cas par exemple si le membre avait laissé sa famille sans ressources ou s'il était incapable de gérer ses propres affaires (article 54).

[7] La première version de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, promulguée en 1959 (S.C. 1959, ch. 21), est entrée en vigueur en 1960. Par ces modifications, les pensions devenaient pour la première fois un droit de caractère officiel conféré aux militaires et à leurs survivants. Un autre important changement entraîné par ces modifications était la reconnaissance restreinte des liens conjugaux autres qu'un mariage en bonne et due forme. Une femme pouvait être considérée comme la veuve d'un militaire si elle pouvait établir que, pendant un certain nombre d'années avant le décès du militaire, elle avait vécu avec lui et avait été considérée par l'opinion publique comme son épouse (paragraphe 12(4)). Le nombre d'années était de sept si les parties étaient empêchées de se marier en raison d'un mariage existant, et il n'était pas précisé si les parties étaient libres de se marier. La Loi ne parlait pas de la situation qui pouvait se produire si un retraité décédait alors qu'il était légalement marié à une personne, mais faisait vie commune avec une autre. Cependant, elle prévoyait que, si une femme était mariée à un militaire, mais séparée de lui, et s'il existait des circonstances qui l'empêchaient, selon le droit provincial applicable, d'obtenir une ordonnance de versement d'une pension alimentaire distincte, alors le ministre pouvait présumer que son mari lui avait survécu et lui refuser ainsi une pension de veuve (paragraphe 12(5)).

[8] Nombre des limites qui auparavant s'appliquaient aux pensions de veuve ont disparu dans les modifications

There was no longer a disentitlement for unworthiness. However, it remained the case that the widow's pension would be suspended upon her remarriage, and reinstated if her new spouse died (subsection 12(2)). The widow of a member was entitled to no pension if the member was more than 60 years of age at the time of the marriage, but an exception was made if the member became or continued to be a member after that time (subsection 13(1)). If the member died within five years of the marriage, the amount of the widow's pension could be reduced if the impending death was a factor in the decision to marry (subsection 13(3)). And, if there were more than 20 years between the age of the member and the age of the spouse, the widow's pension would be reduced (subsection 13(4)).

[9] By the time of the 1970 consolidation of federal statutes, the legislation had been further amended: *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1970, c. C-9. Some of the changes were required to integrate the military pension with the *Canada Pension Plan* (now R.S.C., 1985, c. C-8) and analogous provincial statutes. The limitations on the widow's pension had been changed to remove the provision relating to the death of the member within five years of marriage. It was replaced with a provision that, in the event of the death of the member within one year of the marriage, the widow's pension would not be paid unless the member had a reasonable expectation, at the time of the marriage, of surviving for at least one year (subsection 14(3)).

[10] In 1975, the *Canadian Forces Superannuation Act* and the other federal pension statutes were amended by the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81 to provide for the equality of status of male and female members, and male and female survivors. Prior to 1975, female members made smaller contributions than their male counterparts, and there was no provision for survivor benefits to widowers.

[11] Several changes were made at this time to make it easier to obtain recognition of cohabitation in a conjugal relationship as equivalent to marriage. The period required for the recognition of a cohabiting

de 1960. La notion de perte de droit pour indignité était abandonnée. Cependant, encore à l'époque, la pension de veuve était suspendue lorsque la veuve se mariait, et elle était rétablie si son nouveau conjoint décédait (paragraphe 12(2)). La veuve d'un militaire n'avait droit à aucune pension si le militaire était âgé de plus de 60 ans au moment du mariage, sauf si le militaire était devenu tel ou avait continué de l'être après cette date (paragraphe 13(1)). En cas de décès du militaire dans les cinq ans suivant le mariage, la pension de veuve pouvait être réduite si l'imminence du décès avait motivé leur décision de se marier (paragraphe 13(3)). Et, s'il y avait un écart supérieur à 20 ans entre l'âge du militaire et celui de son épouse, alors la pension de veuve était réduite (paragraphe 13(4)).

[9] Lors de la codification des lois fédérales en 1970, la législation avait de nouveau été modifiée: *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-9. Certains des changements avaient été nécessaires pour intégrer la pension de retraite des militaires au *Régime de pensions du Canada* (aujourd'hui L.R.C. (1985), ch. C-8) et aux lois provinciales analogues. Les limites imposées à la pension de veuve avaient été modifiées de manière à supprimer la disposition se rapportant au décès du militaire survenu dans les cinq ans du mariage. Elle avait été remplacée par une disposition selon laquelle, en cas de décès du militaire dans l'année du mariage, la pension de veuve n'était pas versée à moins que le militaire n'eût, au moment du mariage, un espoir raisonnable de vivre encore au moins un an (paragraphe 14(3)).

[10] En 1975, la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et les autres lois fédérales en matière de pensions étaient modifiées par la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, ch. 81, pour assurer l'égalité de statut des militaires des deux sexes et des survivants des deux sexes. Avant 1975, les militaires de sexe féminin versaient des cotisations plus faibles que leurs collègues masculins, et il n'existait aucune disposition prévoyant le versement de prestations de survivant aux veufs.

[11] Plusieurs changements ont été apportés à l'époque afin d'assouplir les conditions auxquelles une union de fait pouvait être assimilée à un mariage. La période requise pour que le conjoint de fait soit assimilé

partner as a spouse, if the parties were barred from marrying because one of them was married to someone else, was reduced to three years (R.S.C., 1985, c. C-17, paragraph 29(a)). In the case of a cohabiting couple who were not barred from marrying, the required period of cohabitation was reduced to one year (paragraph 29(b)). The authority of the Treasury Board to treat a surviving spouse as having predeceased the member was broadened to cover any situation where the member and his spouse were separated at the time of his death (subsection 30(1)). If more than one person was entitled to a survivor pension, the Treasury Board could order apportionment (subsection 30(2)).

[12] Further amendments to the *Canadian Forces Superannuation Act* were made in 1992 (S.C. 1992, c. 46, sections 32 - 59). One of the amendments [section 43] established one year of cohabitation as the required period for recognition of a relationship as a marriage, regardless of the circumstances (amended subsection 29(1) and (2)). These amendments also introduced what became the *Pension Benefits Division Act*, S.C. 1992, c. 46, Sch. II which came into effect in 1994. That statute for the first time permitted the formal division of federal statutory pensions upon marriage breakdown, if there was a court order or written agreement that specified the division.

[13] In 1999, section 29 [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 136] of the *Canadian Forces Superannuation Act* was amended to provide for the automatic recognition of cohabiting partners who met the statutory conditions, thus removing all discretion in such matters. Another amendment removed the discretion to deem a separated spouse to have predeceased a member. The apportionment of the survivor pension between an eligible surviving spouse and an eligible cohabiting partner became automatic rather than discretionary. Survivor benefits were extended to the same-sex partner of a deceased member.

#### The current *Canadian Forces Superannuation Act*

[14] The *Canadian Forces Superannuation Act*, like its statutory predecessors, provides members of the

à un conjoint légitime, si les parties étaient empêchées de se marier parce que l'un d'eux était marié à une autre personne, était ramenée à trois ans (L.R.C. (1985), ch. C-17, alinéa 29a)). Dans le cas de conjoints de fait qui n'étaient pas empêchés de se marier, la période requise de cohabitation était ramenée à un an (alinéa 29b)). Le pouvoir du Conseil du Trésor de présumer que la conjointe survivante était décédée avant le militaire fut élargi pour englober le cas où le militaire et sa conjointe étaient séparés au moment du décès du militaire (paragraphe 30(1)). Si plus d'une personne avait droit à une pension de survivant, le Conseil du Trésor pouvait ordonner une répartition (paragraphe 30(2)).

[12] D'autres modifications (L.C. 1992, ch. 46, articles 32 à 59) ont été apportées en 1992 à la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*. L'une des modifications fixait à un an de cohabitation la période requise pour qu'une union de fait soit assimilée à un mariage, sans égard aux circonstances (nouveaux paragraphes 29(1) et (2)). Ces modifications instituaient aussi ce qui allait devenir la *Loi sur le partage des prestations de retraite*, entrée en vigueur en 1994 (L.C. 1992, ch. 46, annexe II). Ce texte autorisait pour la première fois le partage formel des pensions fédérales à la dissolution du mariage, si une ordonnance judiciaire ou un accord écrit prévoyait tel partage.

[13] En 1999, l'article 29 [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 136] de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* était modifié afin de prévoir la reconnaissance automatique des conjoints de fait qui répondaient aux conditions réglementaires, supprimant ainsi tout pouvoir discrétionnaire en la matière. Une autre modification supprimait le pouvoir discrétionnaire de présumer que, en cas de séparation, la conjointe était décédée avant son mari militaire. La répartition de la pension de survivant entre l'épouse survivante admissible et la conjointe de fait admissible cessait d'être discrétionnaire pour devenir automatique. Les prestations de survivant étaient élargies au partenaire de même sexe d'un militaire décédé.

#### L'actuelle *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*

[14] La *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, comme les textes qui l'ont précédée, assure



Canadian Forces with an income after retirement. Members are required to contribute to the pension from the salaries paid to them during their period of service, and for that reason they are referred to as “contributors”. Broadly speaking, in any case where the contributions made by a member exceed the benefits payable in respect of the member, the excess is paid to the member, the member’s surviving spouse or the children or the member’s estate, depending upon the circumstances. Thus, the Canadian Forces Superannuation Plan is both an arrangement for deferred remuneration for military service, and a forced saving plan for contributors.

[15] In most respects, the scheme of the *Canadian Forces Superannuation Act* is similar to the scheme of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. R-11, the two other major federal public service pension laws. One difference is that retirement pensions under the *Canadian Forces Superannuation Act* generally are payable at an earlier age.

[16] The nature and amount of the benefits payable to a contributor under the *Canadian Forces Superannuation Act* vary with the length of service (section 16 [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 128]). Generally, if the length of service is less than three years, the contributor receives a return of contributions. If the length of service is more than three years but less than ten years, the contributor receives a cash termination allowance equal to one month’s pay for each year of pensionable service. In any other case, the contributor receives a lifetime pension payable on retirement. In certain situations, a contributor who is not eligible to receive an immediate annuity may elect to receive an annuity upon reaching age 60 instead of a return of contributions (sections 17 [as am. *idem*, s. 129], 18 [as am. *idem*, s. 130] and 19 [as am. *idem*, s. 131]). The retirement pension is a function of the contributor’s final average salary over the contributor’s five highest paid years (section 15 [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 40; 1999, c. 26, s. 14; 1999, c. 34, s. 127]). When the contributor dies, certain benefits are payable to the surviving family or the contributor’s estate (sections 25

aux membres des Forces canadiennes un revenu de retraite. Les membres doivent cotiser au régime de retraite sur les soldes qui leur sont versées durant leur service, et pour cette raison ils sont appelés «cotisants». En règle générale, lorsque les cotisations versées par un membre dépassent les prestations payables à l’égard de celui-ci, l’excédent est payé au membre, au conjoint survivant ou aux enfants du membre ou à la succession du membre, selon les circonstances. La Caisse de retraite des Forces canadiennes est donc à la fois un dispositif de rémunération différé du service militaire et un plan d’épargne forcée des cotisants.

[15] À maints égards, le régime de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* est semblable à celui de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, et à celui de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11, les deux autres principaux textes fédéraux sur les pensions du service public. L’une des différences est que les pensions de retraite prévues par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* sont généralement payables à un âge plus rapproché.

[16] La nature et le montant des prestations payables à un cotisant en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* varient en fonction de la durée du service (article 16 [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 128]). En général, si la durée du service est inférieur à trois ans, le cotisant reçoit un remboursement de ses cotisations. Si la durée du service est supérieure à trois ans, mais inférieure à 10 ans, le cotisant reçoit une allocation de cessation en espèces égale à sa solde mensuelle pour chaque année de service ouvrant droit à pension. Dans tout autre cas, le cotisant reçoit une pension à vie payable à sa retraite. Dans certains cas, le cotisant qui n’est pas admissible à une rente immédiate peut choisir de recevoir une rente lorsqu’il atteindra l’âge de 60 ans, au lieu d’obtenir le remboursement de ses cotisations (articles 17 [mod., *idem*, art. 129], 18 [mod., *idem*, art. 130] et 19 [mod., *idem*, art. 131]). La pension de retraite est fonction de la solde moyenne finale versée au cotisant au cours de ses cinq années les mieux rémunérées (article 15 [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 40; 1999, ch. 26, art. 14; 1999, ch. 34, art. 127]). Au décès du cotisant, certaines prestations sont payables

to 32 [sections 25 (as am. by S.C. 1989, c. 6, s. 7; 1999, c. 34, s. 133), 25.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 46, s. 42; 1999, c. 34, s. 134), 26 (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 135), 26.1 (as enacted *idem*), 27 (rep. by S.C. 1989, c. 6, s. 8), 28 (as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 136), 29 (as am. *idem*), 30 (rep. *idem*), 31 (as am. *idem*, s. 137), 32 (as am. *idem*, s. 138)]. If the contributor was or would have been entitled to a pension, a survivor pension may be paid to the survivor of the contributor, or to or for the benefit of the children of the contributor who were dependent upon the contributor for support (section 25).

[17] The term “survivor” is defined as the person who was married to the contributor at the time of the contributor’s death, or who cohabited with the contributor in a relationship of a conjugal nature for at least one year immediately before the contributor’s death (subsection 2(1) [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 115] and section 29). If there are two eligible survivors, the survivor pension is apportioned between them based on their years of cohabitation (subsection 29(8)). Divorced spouses are not included in the definition of “survivor”. No survivor pension is payable if the contributor marries after age 60 (section 31), or if the contributor dies within one year of marriage, unless the health of the contributor was such that the contributor had an expectation of surviving for one year after the marriage (section 32).

[18] The survivor pension payable under the *Canadian Forces Superannuation Act* is referred to as an “add-on” benefit because the contributions and entitlement of a contributor who has a survivor are the same as the contributions and entitlement of a contributor who has no survivor. Put another way, the fact that survivor benefits are an “add-on” means that the amount of survivor benefits paid in excess of member contributions represent an advantage to contributors who have survivors that is denied to contributors who do not have survivors.

[19] This may be contrasted with the joint-and-survivor pension benefit that is commonly used in provincial statutory plans and in the private sector, which is cost-neutral to the pension plan. Under a joint-and-

à la famille survivante ou à la succession du cotisant (articles 25 à 32 [articles 25 (mod. par L.C. 1989, ch. 6, art. 7; 1999, ch. 34, art. 133), 25.1 (édicte par L.C. 1992, ch. 46, art. 42; 1999, ch. 34, art. 134), 26 (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 135), 26.1 (édicte, *idem*), 27 (abrogé par L.C. 1989, ch. 6, art. 8), 28 (mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 136), 29 (mod., *idem*), 30 (abrogé, *idem*), 31 (mod., *idem*, art. 137), 32 (mod. *idem*, art. 138)]). Si le cotisant avait droit ou aurait eu droit à une pension, une pension de survivant peut être payée à sa survivante, ou au bénéfice des enfants du cotisant qui dépendaient économiquement du cotisant (article 25).

[17] Le mot «survivant» est défini comme une personne qui était unie au cotisant par les liens du mariage au décès de celui-ci, ou qui, au décès du cotisant, cohabitait avec lui dans une union de type conjugal depuis au moins un an (paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 115] et article 29). S’il y a deux survivantes admissibles, la pension de survivant est répartie entre elles en proportion du nombre d’années de cohabitation (paragraphe 29(8)). Les conjoints divorcés ne sont pas compris dans la définition de «survivant». Aucune pension de survivant n’est payable si le cotisant se marie après l’âge de 60 ans (article 31), ou si le cotisant décède dans l’année du mariage, à moins que la santé du cotisant ne fût telle que le cotisant pouvait espérer vivre encore au moins un an par la suite (article 32).

[18] La pension de survivant payable en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* est appelée prestation «complémentaire» parce que les cotisations et l’admissibilité d’un cotisant qui a un survivant sont les mêmes que les cotisations et l’admissibilité d’un cotisant qui n’a pas de survivant. En d’autres termes, le fait que les prestations de survivant constituent un complément signifie que les prestations de survivant qui dépassent les cotisations du membre représentent, pour les cotisants qui ont des survivants, un avantage qui est refusé aux cotisants qui n’ont pas de survivants.

[19] Ce qui précède peut être mis en contraste avec les pensions réversibles, couramment employées dans les régimes provinciaux et dans le secteur privé, pensions dont le coût est neutre pour le régime de retraite. Dans

survivor pension arrangement, a contributor who at retirement is residing with his or her spouse or cohabiting partner may elect to receive a joint and survivor pension. Upon so electing, the contributor accepts a reduced pension so that a lifetime pension is payable to the contributor's survivor. Under the *Canadian Forces Superannuation Act*, a joint-and-survivor pension is available only to contributors who enter into a relationship with an eligible survivor after the contributor's retirement, or after the contributor reaches the age of 60.

[20] The *Public Pensions Reporting Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 13 requires the Chief Actuary of the Office of the Superintendent of Financial Institutions Canada to prepare an actuarial report every three years on the federal pension plans, including the pension plan established by the *Canadian Forces Superannuation Act*. The most recent report presents information as of March 31, 2000 (Appeal Book, Vol. 5, at pages 1212-1288). The balance sheet of the plan as of that date is as follows (page 1217):

<u>Assets</u>	\$ million
Balance in Canadian Forces Superannuation Account	48,410.2
Present value of future contributions in respect of elected prior service	<u>60.8</u>
<b>Total Assets</b>	<b>48,471.0</b>
<u>Liabilities</u>	
For benefits accrued to, and in respect of contributors	10,684.3
For benefits payable to, and in respect of:	
— Retirement pensioners	20,042.4
— Disability pensioners	414.8
— Surviving spouses	1,758.6
— Surviving children	<u>6.6</u>
	22,222.4
Administrative expenses to be charged to the Canadian Forces Superannuation Account	<u>144.5</u>
<b>Total Liabilities</b>	<b>33,051.2</b>
<b>Surplus</b>	<b>15,419.8</b>

[21] The actuarial report also indicates that for the years 2001, 2002 and 2003, the ratio of government contributions to member contributions is approximately 3.5.

un système de pensions réversibles, le cotisant qui à sa retraite habite avec son épouse ou avec sa conjointe de fait peut choisir de recevoir une pension réversible. Ce faisant, le cotisant accepte une pension réduite de telle sorte qu'une pension à vie sera payable à sa survivante. Dans la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, une pension réversible n'est possible que pour les cotisants qui contractent une union avec un survivant admissible après la retraite du cotisant concerné ou après que le cotisant atteint l'âge de 60 ans.

[20] La *Loi sur les rapports relatifs aux pensions publiques*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 13, oblige l'actuaire en chef du Bureau du surintendant des institutions financières du Canada à préparer tous les trois ans un rapport actuariel sur les régimes de pensions fédéraux, notamment le régime établi par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*. Le rapport le plus récent renferme des renseignements au 31 mars 2000 (dossier d'appel, vol. 5, aux pages 1212 à 1288). Le bilan du régime à cette date se présente ainsi (page 1217):

<u>Actif</u>	En millions de dollars
Solde du compte de pension de retraite des Forces canadiennes	48 410,2
Valeur actualisée des cotisations futures au titre du service antérieur choisi	<u>60,8</u>
<b>Actif total</b>	<b>48 471,0</b>
<u>Passif</u>	
Concernant les prestations acquises en faveur, et à l'égard, des cotisants	10 684,3
Concernant les prestations payables aux, et à l'égard des:	
— pensionnés retraités	20 042,4
— pensionnés invalides	414,8
— conjoints survivants	1 758,6
— enfants survivants	<u>6,6</u>
	22 222,4
Frais administratifs imputables au compte de pension de retraite des Forces canadiennes	<u>144,5</u>
<b>Passif total</b>	<b>33 051,2</b>
<b>Surplus</b>	<b>15 419,8</b>

[21] Le rapport actuariel indique aussi que, pour les exercices 2001, 2002 et 2003, le rapport des cotisations gouvernementales aux cotisations des membres est d'environ 3,5.

[22] The record does not disclose more current information about the financial state of the plan. In particular, it is not known whether and to what extent the decline in financial markets in recent years has affected the plan.

[23] An actuary, Mr. Hébert, gave expert evidence of the estimated cost, as of March 31, 2000, of paying a survivor benefit to divorced spouses of contributors or pensioners who had not remarried (the assumption being that, for those who had remarried, the survivor pension payable to the new spouse or cohabiting partner would simply be apportioned at no additional cost to the plan). Mr. Hébert estimated both the increased accrued liability (the amount of money required to provide for all accrued benefits) and the increased normal cost (the amount of money required in a specified year to provide for the benefits that accrue in that year). Mr. Hébert's report covered the three major public pension plans (the *Public Service Superannuation Act*, the *Canadian Forces Superannuation Act*, and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*). The three plans are sufficiently similar that it was assumed that if one of them must be changed for constitutional reasons, they would all have to be changed.

[24] Mr. Hébert's conclusions are summarized in the following table (Appeal Book, Vol. V, page 920):

	Additional accrued liability	Additional normal cost
Public Service	\$209,125,000	\$11,643,000
Canadian Forces	206,721,000	3,573,000
R.C.M.P.	<u>27,326,000</u>	<u>699,000</u>
<b>TOTAL</b>	<u>\$443,172,000</u>	<u>\$15,915,000</u>

[25] Mr. Hébert also estimated that if the survivor pension were adjusted to take into account only the period of cohabitation, the increased accrued liability under the *Canadian Forces Superannuation Act* would be reduced by approximately one-half. The report takes into account only contributors and pensioners who died in and before 1985. Mr. Hébert estimated that the

[22] Le dossier ne donne pas de renseignements plus actuels sur la situation financière du régime. Plus précisément, on ne sait pas si et dans quelle mesure le recul des marchés financiers ces dernières années s'est répercuté sur le régime.

[23] Un actuaire, M. Hébert, a produit un témoignage d'expert sur le coût estimatif, au 31 mars 2000, du paiement d'une prestation de survivant aux conjoints divorcés de cotisants ou de retraités qui ne s'étaient pas remariés (l'hypothèse étant que, pour ceux qui s'étaient remariés, la pension de survivant payable au nouveau conjoint légitime ou conjoint de fait serait simplement répartie sans frais additionnels pour le régime). M. Hébert a estimé à la fois l'accroissement des charges à payer (les sommes requises pour satisfaire à toutes les prestations à payer) et l'accroissement du coût normal (les sommes requises au cours d'une année donnée pour satisfaire aux prestations à payer cette année-là). Le rapport de M. Hébert englobait les trois principaux régimes publics de pensions (la *Loi sur la pension de la fonction publique*, la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*). Les trois régimes sont suffisamment semblables pour que l'on puisse présumer que, si l'un d'eux doit être modifié pour des raisons constitutionnelles, ils devront l'être tous.

[24] Les conclusions de M. Hébert sont résumées dans le tableau suivant (dossier d'appel, vol. V, page 920):

	Charges addition- nelles à payer	Coût additionnel normal
Fonction publique	209 125 000 \$	11 643 000 \$
Forces canadiennes	206 721 000	3 573 000
G.R.C.	<u>27 326 000</u>	<u>699 000</u>
<b>TOTAL</b>	<u>443 172 000 \$</u>	<u>15 915 000 \$</u>

[25] M. Hébert a aussi estimé que, si la pension de survivant était rajustée pour tenir compte uniquement de la période de cohabitation, l'accroissement des charges à payer selon la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* serait réduit de moitié environ. Le rapport ne tient compte que des cotisants et des retraités qui sont décédés en 1985 ou avant. M. Hébert a estimé que

increased liability would be doubled if he were to take account those who have died since 1985.

Facts: Mary Ballantyne

[26] Mary Ballantyne married Ian Ballantyne in 1954, almost three months after Mr. Ballantyne enlisted in the military. They had four children. They separated in 1986 but they have not divorced. Mr. Ballantyne retired in 1987 as a Lieutenant-Colonel. Mr. Ballantyne is still alive and is not cohabiting with another partner.

[27] Mr. Ballantyne and his family had numerous postings throughout his military career, some in other countries. Throughout that time, Ms. Ballantyne looked after the children and the family home. She was also expected to attend social events, entertain, and perform volunteer work. She qualified as a teacher in Ontario, and worked as a teacher in Ontario and in some of the foreign countries to which Mr. Ballantyne and his family were posted. Ms. Ballantyne was eligible for a pension when she retired from teaching.

[28] In 1987, Ms. Ballantyne and Mr. Ballantyne entered into a separation agreement. The agreement states among other things that each of them was financially independent of the other and required no support from the other. They agreed that each would be entitled to a share of the other's pension. They also agreed that for purposes of survivor benefits under their respective pensions, each would be considered the surviving spouse of the other even if there was someone else who qualified as a spouse. They recognized the possibility of legislative changes relating to survivor benefits, and agreed to review that issue in the event of such a change. The agreement states that it is a final settlement of all claims relating to the division of property, and each released the other from all such claims and from any claims for maintenance.

[29] In 1996, Ms. Ballantyne sought information about a division of Mr. Ballantyne's pension benefits under the *Pension Benefits Division Act*. Based on what she was told, she concluded that a division would result in a payment to her of approximately \$240,000. She did not

l'accroissement des charges serait doublé s'il devait tenir compte de ceux qui sont décédés depuis 1985.

Les faits: Mary Ballantyne

[26] Mary Ballantyne a épousé Ian Ballantyne en 1954, près de trois mois après que M. Ballantyne se fut enrôlé dans l'armée. Ils ont eu quatre enfants. Ils se sont séparés en 1986, mais ils n'ont pas divorcé. M. Ballantyne a pris sa retraite en 1987 avec le grade de lieutenant-colonel. M. Ballantyne vit encore et ne fait vie commune avec personne.

[27] M. Ballantyne et sa famille ont eu de nombreuses affectations tout au long de sa carrière militaire, quelques-unes dans d'autres pays. Durant cette période, M<sup>me</sup> Ballantyne s'occupait des enfants et du domicile familial. Elle devait aussi participer à des fonctions sociales, donner des réceptions et effectuer des travaux bénévoles. Elle avait les titres nécessaires pour enseigner en Ontario, et elle travaillait comme enseignante dans cette province et dans certains des pays étrangers où étaient affectés M. Ballantyne et sa famille. M<sup>me</sup> Ballantyne était admissible à une pension lorsqu'elle a pris sa retraite de l'enseignement.

[28] En 1987, M<sup>me</sup> Ballantyne et M. Ballantyne ont conclu un accord de séparation. L'accord mentionne, entre autres, que chacun d'eux était financièrement indépendant de l'autre et n'avait pas besoin du soutien de l'autre. Ils ont décidé que chacun aurait droit à une part de la pension de l'autre. Ils ont aussi décidé que, aux fins des prestations de survivant selon leurs régimes respectifs de pensions, chacun serait considéré le conjoint survivant de l'autre, même si quelqu'un d'autre pouvait prétendre à la qualité de conjoint. Ils ont reconnu la possibilité que des modifications législatives se rapportent aux prestations de survivant et s'étaient entendus pour revoir cet aspect si un tel changement devait se produire. L'accord mentionne qu'il constitue un règlement final de toutes réclamations se rapportant au partage des biens, et chacun libérait l'autre de toute réclamation semblable et de toute obligation alimentaire.

[29] En 1996, M<sup>me</sup> Ballantyne s'était renseignée sur un partage des prestations de retraite de M. Ballantyne selon la *Loi sur le partage des prestations de retraite*. Se fondant sur ce qu'elle avait appris, elle a conclu qu'un partage lui donnerait droit à environ 240 000 \$. Elle n'a

apply for a division because the division would result in the loss of entitlement to a survivor's pension (*Pension Benefits Division Regulations*, SOR/94-612, section 25). It is not clear how Ms. Ballantyne could obtain such a division without breaching the separation agreement. Nor is it clear whether, if Ms. Ballantyne could obtain a division of Mr. Ballantyne's pension, he would be entitled to a like division under Ms. Ballantyne's teacher's pension.

[30] As things now stand, Ms. Ballantyne will be entitled to a survivor's pension under the *Canadian Forces Superannuation Act* if she survives her husband. She will lose that entitlement if they are divorced. According to information obtained by Ms. Ballantyne from the administrator of the Ontario Teacher's Pension Plan in connection with this case, if Mr. Ballantyne survives Ms. Ballantyne, he will not be entitled to a similar benefit under her pension plan because they were separated before she became entitled to her pension.

[31] Ms. Ballantyne feels aggrieved because, even though she was legally married to a military officer throughout the period in which he contributed to his pension and when he became a pensioner, she will not be entitled to a survivor's pension if they divorce. Also, if Mr. Ballantyne cohabits with another person for one year immediately prior to his death, she will be obliged to share the survivor pension with that other person.

[32] There is no evidence that Ms. Ballantyne or Mr. Ballantyne wish to divorce, or that Ms. Ballantyne would seek or agree to a divorce if she could be assured of entitlement to a survivor's pension. Nor is there evidence that Mr. Ballantyne is considering cohabiting with another person. However, the Trial Judge concluded that Ms. Ballantyne had the status to bring this action because the legislation could affect a potential future decision about divorce. That conclusion of the Trial Judge is not challenged.

#### Facts: Catherine Patterson-Kidd

[33] Ms. Patterson-Kidd married Donald Andrew Kidd in 1957. They had four children. They separated in

pas demandé un partage parce que le partage aurait eu pour résultat la perte de son droit à une pension de survivante (*Règlement sur le partage des prestations de retraite*, DORS/94-612, article 25). On ne sait pas comment M<sup>me</sup> Ballantyne aurait pu obtenir un tel partage sans rompre l'accord de séparation. On ne sait pas non plus si, pour le cas où M<sup>me</sup> Ballantyne aurait pu obtenir le partage de la pension de M. Ballantyne, M. Ballantyne aurait eu droit lui aussi au partage de la pension d'enseignante retraitée que recevait M<sup>me</sup> Ballantyne.

[30] Dans l'état actuel des choses, M<sup>me</sup> Ballantyne aura droit à une pension de survivante en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* si elle survit à son mari. Elle perdra ce droit s'ils divorcent. Selon l'information obtenue sur le sujet par M<sup>me</sup> Ballantyne auprès de l'administrateur du Régime de retraite des enseignants et enseignantes de l'Ontario, si M. Ballantyne survit à M<sup>me</sup> Ballantyne, il n'aura pas droit à une prestation semblable au titre du régime de retraite de celle-ci parce qu'ils étaient séparés avant qu'elle n'acquière le droit à sa retraite.

[31] M<sup>me</sup> Ballantyne se sent lésée parce que, même si elle était légalement mariée à un officier de l'armée tout au long de la période durant laquelle il a cotisé à son régime de retraite et au moment où il est devenu un retraité, elle n'aura pas droit à une pension de survivante s'ils divorcent. Également, si M. Ballantyne vit en union de fait avec une autre femme pendant une année avant qu'il ne décède, M<sup>me</sup> Ballantyne sera obligée de partager avec cette autre femme la pension de survivante.

[32] Il n'est pas établi que M<sup>me</sup> Ballantyne ou M. Ballantyne souhaite divorcer, ni que M<sup>me</sup> Ballantyne voudrait obtenir un divorce ou consentirait à tel divorce si elle pouvait être assurée de son droit à une pension de survivante. Il n'est pas non plus établi que M. Ballantyne songe à faire vie commune avec quelqu'un d'autre. Cependant, le juge de première instance a conclu que M<sup>me</sup> Ballantyne avait qualité pour engager la présente action parce que la loi pouvait influencer sur une éventuelle décision de divorcer ou non. Cette conclusion du juge du fond n'est pas contestée.

#### Les faits: Catherine Patterson-Kidd

[33] M<sup>me</sup> Patterson-Kidd s'est mariée avec Donald Andrew Kidd en 1957. Ils ont eu quatre enfants. Ils se

1982. After the separation, Mr. Kidd began cohabiting with another woman. Mr. Kidd and Ms. Patterson-Kidd divorced in 1986. Mr. Kidd died in 1987.

[34] Mr. Kidd began his military service in 1952, retiring in 1983 with the rank of Colonel. During his career he had postings throughout Canada, and one in Washington, D.C. Ms. Patterson-Kidd qualified as a teacher in Ontario, but was unable to work as a teacher in many of the locations to which Mr. Kidd and his family were posted. However, she was able to work enough to be eligible for a pension when she retired in 1997 at the age of 65. Ms. Patterson-Kidd testified that during her marriage, she was often left to manage the household alone because Mr. Kidd was required to leave for postings before the family, and also because he was sometimes assigned to field exercises for weeks or months at a time. She also testified that she was expected to attend many social functions, and that she and Mr. Kidd were perceived as a “team”.

[35] In 1982, Ms. Patterson-Kidd and Mr. Kidd entered into a separation agreement that was intended to finally dispose of all issues relating to the division of property and support. Mr. Kidd was obliged to pay maintenance of \$2,000 per month. By a 1984 amending agreement, the maintenance was reduced to \$1,000 per month payable until June 1, 1990. Mr. Kidd was also obliged to designate Ms. Patterson-Kidd as the irrevocable beneficiary of any life insurance and death benefits. However, as events transpired, the life insurance benefits under the *Canadian Forces Superannuation Act* were paid to Mr. Kidd’s estate. Ms. Patterson-Kidd made a claim against the estate, which was settled for a payment of 1/6 of the benefit.

[36] Ms. Patterson-Kidd is not entitled to a survivor’s pension under the *Canadian Forces Superannuation Act* because she was divorced from Mr. Kidd at the time of his death. However, the woman with whom Mr. Kidd was cohabiting at the time of his death was granted a survivor’s pension under the statutory provisions then in force that permitted the Treasury Board to recognize

sont séparés en 1982. Après la séparation, M. Kidd a commencé de faire vie commune avec une autre femme. M. Kidd et M<sup>me</sup> Patterson-Kidd ont divorcé en 1986. M. Kidd est décédé en 1987.

[34] M. Kidd s’est joint à l’armée en 1952, et il a pris sa retraite en 1983 avec le grade de colonel. Durant sa carrière, il a été affecté à divers endroits du Canada, et une fois à Washington, D.C. M<sup>me</sup> Patterson-Kidd avait les diplômes requis pour enseigner en Ontario, mais il lui a été impossible de travailler comme enseignante à beaucoup d’endroits où étaient affectés M. Kidd et sa famille. Cependant, elle a pu travailler suffisamment pour être admissible à une pension lorsqu’elle a pris sa retraite en 1997 à l’âge de 65 ans. M<sup>me</sup> Patterson-Kidd a déclaré que, durant son mariage, elle devait souvent s’occuper seule de la maison parce que M. Kidd devait partir en affectation avant la famille, et aussi parce qu’il était parfois désigné pour des manœuvres extérieures durant des semaines, voire des mois. Elle a aussi témoigné qu’elle devait participer à de nombreuses fonctions sociales et qu’elle-même et M. Kidd étaient vus comme une «équipe».

[35] En 1982, M<sup>me</sup> Patterson-Kidd et M. Kidd concluaient un accord de séparation qui devait disposer définitivement de tous les aspects touchant le partage des biens et les obligations alimentaires. M. Kidd devait verser une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois. Une modification apportée à l’accord en 1984 ramenait la pension alimentaire à 1 000 \$ par mois, payable jusqu’au 1<sup>er</sup> juin 1990. M. Kidd était également tenu de désigner M<sup>me</sup> Patterson-Kidd bénéficiaire irrévocable de toute assurance-vie et de tout capital-décès. Cependant, il se trouve que les prestations d’assurance-vie prévues par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* furent versées à la succession de M. Kidd. M<sup>me</sup> Patterson-Kidd a assigné en justice la succession, qui transigea en lui payant un sixième du capital-décès.

[36] M<sup>me</sup> Patterson-Kidd n’a pas droit à une pension de survivante selon la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* parce qu’elle était divorcée de M. Kidd au moment du décès de celui-ci. Cependant, la femme avec qui M. Kidd faisait vie commune au moment de son décès obtint une pension de survivante en vertu des dispositions alors en vigueur, qui autorisaient

their cohabitation as the equivalent of marriage.

[37] Ms. Patterson-Kidd feels aggrieved because, although she was legally married to a military officer and living with him throughout the period in which he contributed to his pension, she was deprived of entitlement to the survivor's pension because she was divorced from him. Even without the divorce, she would have been compelled to share the survivor pension with his cohabiting partner on the basis of their respective years of cohabitation.

#### Remedy sought

[38] The appellants believe that entitlement to the survivor pension should not depend upon their marital status at the date of the death of the contributor, but should instead more directly recognize the years of their marriage that coincided with the period during which contributions were made.

[39] Both appellants seek a declaration that section 29 of the *Canadian Forces Superannuation Act* (which extends the definition of "spouse" to a cohabiting partner) is contrary to the Charter and of no force and effect.

[40] Both appellants also seek a declaration that, to the extent section 29 is constitutionally valid, they should each be considered to meet the definition of "survivor" and should be entitled to a portion of the survivor benefit based on their years of cohabitation with their respective spouses during the period of contribution. Such a declaration would implicitly require an amendment to the definition of "survivor" to include the divorced spouse of a contributor.

[41] Ms. Patterson-Kidd also seeks a monetary award equal to the amount of money that would have been payable to her by virtue of the declarations referred to above, together with pre-judgment interest and post-judgment interest. However, she concedes that such an award of damages should not deprive Mr. Kidd's cohabiting partner of benefits.

le Conseil du Trésor à reconnaître leur union de fait comme l'équivalent d'un mariage.

[37] M<sup>me</sup> Patterson-Kidd se sent lésée parce que, bien qu'elle ait été légalement mariée à un officier de l'armée et qu'elle ait vécu avec lui tout au long de la période durant laquelle il avait cotisé à son régime de retraite, elle était privée du droit à la pension de survivante parce qu'elle avait divorcé d'avec lui. Même sans le divorce, elle aurait été contrainte de partager la pension de survivante avec la conjointe de fait de son mari, en fonction du nombre d'années de cohabitation de chacune d'elles.

#### Redressement demandé

[38] Les appelantes croient que le droit à la pension de survivante ne devrait pas dépendre de leur état matrimonial au moment du décès du cotisant, mais devrait au lieu de cela reconnaître plus directement les années de leur mariage qui correspondaient à la période durant laquelle des cotisations avaient été payées.

[39] Les deux appelantes voudraient qu'il soit déclaré que l'article 29 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (qui étend la définition de «conjoint» à un conjoint de fait) est contraire à la Charte et est donc nul et sans effet.

[40] Les deux appelantes voudraient aussi qu'il soit déclaré que, si l'article 29 est valide au plan constitutionnel, chacune d'elles devrait être réputée répondre à la définition de «survivant» et devrait avoir droit à une portion de la prestation de survivante, en fonction de leurs années de cohabitation avec leurs époux respectifs durant la période de versement des cotisations. Une telle déclaration nécessiterait implicitement une modification de la définition de «survivant» pour qu'elle englobe le conjoint divorcé d'un cotisant.

[41] M<sup>me</sup> Patterson-Kidd voudrait aussi une compensation pécuniaire égale à la somme qui lui aurait été payable par l'effet des jugements déclaratoires susmentionnés, avec les intérêts avant jugement et après jugement. Cependant, elle admet que cette compensation ne devrait pas priver de prestations celle qui partageait la vie de M. Kidd.



### Trial decision

[42] The Trial Judge, using the analytical framework in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, concluded that the legislation discriminates against the appellants on the basis of marital status, contrary to subsection 15(1) of the Charter, but that the discrimination is justified by section 1 of the Charter. His analysis is lengthy and detailed. The portions relevant to this appeal are discussed below.

### Analysis

[43] There is a considerable body of jurisprudence dealing with claims of discrimination contrary to section 15 of the Charter, including *Law*, which establishes the analytical framework that the Supreme Court of Canada has found to be appropriate in dealing with questions of Charter discrimination.

[44] Before discussing the *Law* analysis, I will deal with a preliminary point arising from the first remedy sought by the appellants. I refer to the request for a declaration that section 29 of the *Canadian Forces Superannuation Act* is invalid. Section 29 is the provision that includes cohabiting partners within the definition of “survivor”, if the requisite one year of cohabitation is established. If section 29 is declared invalid as the appellants request, entitlement to the survivor pension will be denied to anyone who is not legally married to the contributor at the time of the contributor’s death.

[45] I am unable to see how the requested declaration could possibly be made in the face of *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. The issue in that case was whether a claim of discrimination was made out in relation to legislation that extended certain automobile insurance benefits to the “spouse” of an insured person. The claim was asserted by a person who was not legally married to the insured person, but was cohabiting in a conjugal relationship with that person. The legislation could not be interpreted to include a cohabiting partner within the definition of “spouse”. The majority of the Supreme Court of Canada held that marital status is an analogous

### Jugement de première instance

[42] Le juge de première instance, s’appuyant sur le cadre analytique exposé dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, a conclu que la loi exerçait contre les appelantes une discrimination fondée sur l’état matrimonial, contrevenant ainsi au paragraphe 15(1) de la Charte, mais que la discrimination était justifiée par l’article premier de la Charte. Son analyse est longue et détaillée. Les portions de son jugement qui intéressent le présent appel sont examinées ci-après.

### Analyse

[43] Une jurisprudence considérable porte sur les présumées discriminations contraires à l’article 15 de la Charte, notamment l’arrêt *Law*, où est exposé le cadre analytique qui, selon la Cour suprême du Canada, est le mieux à même de résoudre les questions de discrimination selon la Charte.

[44] Avant de procéder à l’analyse de l’arrêt *Law*, j’examinerai un point préliminaire qui découle du premier redressement demandé par les appelantes. Je veux parler ici de leur demande pour qu’il soit déclaré que l’article 29 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* est invalide. L’article 29 est la disposition qui englobe les conjoints de fait dans la définition de «survivant», si la cohabitation requise d’une année est établie. Si l’article 29 est déclaré invalide comme le voudraient les appelantes, le droit à la pension de survivant sera refusé à quiconque n’est pas légalement marié au cotisant au moment du décès de celui-ci.

[45] Il m’est impossible de voir comment, eu égard à l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, l’on pourrait de quelque manière accéder à cette demande de déclaration d’invalidité. Il s’agissait dans cette affaire de savoir si une allégation de discrimination était établie au regard d’une loi qui conférait au «conjoint» d’une personne assurée certaines prestations d’assurance automobile. La discrimination était alléguée par une personne qui n’était pas légalement mariée à la personne assurée, mais qui faisait vie commune avec elle. La loi ne pouvait être interprétée de manière à englober dans la définition de «conjoint» un conjoint de fait. Les juges

ground for the purpose of section 15 of the Charter, and that the legislation contravened the Charter because it discriminated unjustifiably against the unmarried but cohabiting partner of an insured person. In my view, the same objection could be made in respect of the *Canadian Forces Superannuation Act*, if section 29 were held to be of no force and effect.

[46] The recent case of *Nova Scotia (Attorney General) v. Walsh*, [2002] 4 S.C.R. 325, does not limit the force of the reasoning in *Miron v. Trudel*, or its jurisprudential authority. The *Walsh* case involved a challenge to provincial legislation that mandated a division of family assets upon the breakdown of a legal marriage, but not upon the breakdown of an analogous relationship between unmarried cohabiting partners. Mr. Justice Bastarache, writing for the majority, found that the legislation did not offend the discrimination guarantee in the Charter. He did not say or suggest that *Miron v. Trudel* is no longer good law. Rather, he distinguished *Miron v. Trudel* on the basis that the legislation challenged in that case concerned the relationship of a couple as a unit *vis-à-vis* third parties, while the legislation challenged in *Walsh* was directed at regulating the economic aspects of the marriage relationship itself. The presumption underlying the legislation in *Walsh* was that persons who marry have a mutual intention to share their economic resources. He concluded that the Charter should not be used to impose the same sharing upon couples who choose to cohabit without marrying (refer to paragraphs 53 and 54).

[47] I note also that the appellants do not suggest that a cohabiting partner should not be entitled to a survivor pension merely because there is no legal marriage. Rather, the focus of the appellants' principal argument is that a divorced spouse not be disentitled from receiving a survivor pension. They also argue, on the assumption that their principal argument is accepted, that if a contributor has two eligible survivors, any apportionment should be on the basis of years of cohabitation during the contribution period, which they believe is more rationally connected to indirect spousal contributions.

majoritaires de la Cour suprême du Canada ont estimé que l'état matrimonial est un motif analogue, aux fins de l'article 15 de la Charte, et que la loi contrevenait à la Charte parce qu'elle exerçait contre le conjoint de fait d'une personne assurée une discrimination injustifiable. À mon avis, on pourrait faire la même objection à propos de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* si l'article 29 était jugé nul et sans effet.

[46] L'arrêt récent *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, ne limite pas la force du raisonnement suivi dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, ni sa valeur jurisprudentielle. Dans cet arrêt, était contestée une loi provinciale qui imposait le partage des biens familiaux en cas de rupture des liens du mariage, mais non en cas de rupture de liens analogues entre conjoints de fait. M. le juge Bastarache, s'exprimant pour la majorité, a estimé que la loi n'enfreignait pas les droits à l'égalité garantis par la Charte. Il n'a pas dit ni n'a laissé entendre que l'arrêt *Miron c. Trudel* ne fait plus autorité. Il a plutôt écarté l'application de l'arrêt *Miron c. Trudel* au motif que la loi contestée dans cette affaire concernait la relation d'un couple vu comme unité par rapport aux tiers, tandis que la loi contestée dans l'affaire *Walsh* visait à régir les aspects économiques du mariage lui-même. La présomption sous-jacente à la loi qui était contestée dans l'affaire *Walsh* était que les personnes qui se marient ont toutes deux l'intention de partager leurs ressources économiques. Selon le juge Bastarache, la Charte ne devrait pas servir à imposer la même idée de partage aux couples qui choisissent de faire vie commune sans être mariés (se référer aux paragraphes 53 et 54).

[47] J'observe aussi que les appelantes ne prétendent pas qu'un conjoint de fait ne devrait pas avoir droit à une pension de survivant simplement parce qu'il n'y a pas mariage en bonne et due forme. Le fond de l'argument principal des appelants est plutôt qu'un conjoint divorcé ne devrait pas perdre son droit de recevoir une pension de survivant. Elles soutiennent aussi, pour le cas où leur argument principal serait accepté, que, si un cotisant a deux survivants admissibles, la répartition devrait se faire à raison du nombre d'années de cohabitation durant la période de cotisation, ce qui, selon elles, présente un lien plus logique avec la contribution indirecte du conjoint.

[48] For the foregoing reasons, I have concluded that the appellants cannot possibly succeed in obtaining the first remedy they seek. The remainder of my analysis will focus on the argument in relation to the other remedies the appellants are seeking.

#### Section 15: Whether there is discrimination

[49] The appellants, of course, do not challenge the decision of the Trial Judge that there is a breach of subsection 15(1) of the Charter. However, the Crown challenges that conclusion, and therefore it must be considered. The relevant principle, from *Law*, is that there is no breach of subsection 15(1) of the Charter unless the purpose or effect of the impugned law conflicts with the purpose of subsection 15(1), which is to “prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration” (*Law, supra*, at paragraph 51).

[50] Here the impugned law is challenged as under-inclusive, because it excludes divorced spouses from eligibility for survivor benefits. There is no dispute that the statutory exclusion imposes differential treatment on the basis of a personal characteristic, because divorced spouses are denied a statutory benefit to which separated spouses are entitled. Also, there is no dispute that the differential treatment is based on an enumerated or analogous ground, that of marital status. However, the Crown argues that there is no substantive discrimination within the meaning of subsection 15(1) of the Charter, because the impugned law does not perpetuate or promote the view that divorced persons are less capable or worthy of recognition or value as human beings, or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration.

[51] In determining whether a statute discriminates in the substantive sense, it is necessary to consider the

[48] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis que les appelantes ne peuvent absolument pas obtenir le premier redressement qu’elles demandent. Le reste de mon analyse portera sur l’argument se rapportant aux deux autres redressements que recherchent les appelantes.

#### Article 15: Y a-t-il discrimination?

[49] Les appelantes ne contestent pas évidemment la décision du juge de première instance selon laquelle il y a contravention au paragraphe 15(1) de la Charte. Cependant, la Couronne conteste cette conclusion, et il convient donc de l’examiner. Le principe applicable, d’après l’arrêt *Law*, est qu’il n’y a pas contravention au paragraphe 15(1) de la Charte à moins que l’objet ou l’effet de la loi contestée n’entre en conflit avec l’objet du paragraphe 15(1), qui est «d’empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l’imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l’existence d’une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Law*, précité au paragraphe 51).

[50] Ici, la loi contestée est vue comme discriminante, parce qu’elle exclut les conjoints divorcés de l’admissibilité aux prestations de survivant. Il n’est pas contesté que l’exclusion qu’elle prévoit impose une différence de traitement à raison d’une caractéristique personnelle, parce que les conjoints divorcés se voient refuser un avantage auquel ont droit les conjoints séparés. Il n’est pas contesté non plus que la différence de traitement est fondée sur un motif énuméré ou analogue, celui de l’état matrimonial. Cependant, la Couronne soutient qu’il n’y a aucune discrimination de fond au sens du paragraphe 15(1) de la Charte, parce que la loi contestée ne perpétue pas ni n’encourage l’idée selon laquelle les personnes divorcées sont moins capables, ou moins dignes d’être reconnues ou valorisées en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne, méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

[51] Pour savoir si une loi exerce une discrimination au sens fondamental, il est nécessaire d’examiner la loi

entire statute in its legislative context: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at page 592. The factors to be taken into consideration in determining whether there is substantive discrimination, as established in the *Law* case, are: (1) pre-existing disadvantage, prejudice or vulnerability experienced by the individual or group; (2) correspondence between the grounds on which the claim is based and the actual needs, capacity or circumstances of the claimant or others; (3) the ameliorative purpose or effect of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society; and (4) the nature and scope of the interest affected by the impugned law. These factors must be considered from the perspective of the claimant, but must be based on an objective rational foundation in the sense that a reasonable person who is similarly situated would feel the same way: *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769, at paragraphs 46-47.

[52] The Crown's submission that the Trial Judge erred in finding discrimination is based primarily on its view of the purpose of the legislative scheme and, in particular, the purpose of the survivor pension. The argument is put in a number of different ways to bring it within the various factors in *Law*, but the basic proposition propounded by the Crown is this: when the entire legislative scheme is considered, the exclusion of divorced spouses from entitlement to the survivor pension is not discriminatory because divorced spouses obtain other financial advantages upon divorce. Fundamentally what Ms. Ballantyne is being denied is the option of choosing divorce without having to surrender entitlement to the survivor pension if that is to her financial advantage. The position of the Crown is that mere denial of that option cannot be seen as a denial of essential human dignity.

[53] The *Canadian Forces Superannuation Act* is part of Canada's income retirement system, which also includes the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, the *Canada Pension Plan*, the *Public Service Superannuation Act*, the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, and other statutes that either provide retirement pensions for those who work in the

tout entière dans son contexte propre: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la page 592. Les facteurs à prendre en compte pour savoir s'il y a discrimination de fond, tels que les établit l'arrêt *Law*, sont 1) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause; 2) la correspondance entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou les circonstances propres au demandeur ou à d'autres personnes; 3) l'objet ou l'effet d'amélioration que présente la loi contestée, au regard d'une personne ou d'un groupe défavorisé au sein de la société; et 4) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée. Ces facteurs doivent être examinés selon le point de vue du demandeur, mais doivent reposer sur un fondement rationnel objectif, en ce sens qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation éprouverait le même sentiment: *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, aux paragraphes 46 et 47.

[52] L'argument de la Couronne selon lequel le juge de première instance a erré en concluant à l'existence d'une discrimination repose en premier lieu sur l'idée qu'elle se fait de l'objet du régime législatif et en particulier de l'objet de la pension de survivant. L'argument est exprimé de différentes façons pour qu'il puisse relever des divers facteurs exposés dans l'arrêt *Law*, mais l'idée fondamentale avancée par la Couronne est celle-ci: si l'on considère le régime législatif tout entier, l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant n'est pas discriminatoire, parce que les conjoints divorcés obtiennent, au divorce, d'autres avantages financiers. Fondamentalement, ce qui est refusé à M<sup>me</sup> Ballantyne, c'est la possibilité de choisir de divorcer sans devoir abandonner son droit à la pension de survivant si cela correspond à son avantage financier. La position de la Couronne est que le simple refus de cette possibilité ne peut être vu comme un refus de la dignité humaine essentielle.

[53] La *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* fait partie du système canadien des revenus de retraite, système qui comprend aussi la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9; le *Régime de pensions du Canada*; la *Loi sur la pension de la fonction publique*; la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, et d'autres lois qui

public sector, or regulate private sector pensions. The Trial Judge concluded that the general purpose of the income retirement system is to alleviate poverty among the elderly. It is probably more accurate to say that the purpose of all of these statutes (except the *Old Age Security Act*) is to alleviate poverty among those who are retired from the paid workforce, or who are dependent upon someone who is retired from the paid workforce. That would include many individuals who are not elderly, especially those who are retired from military service.

[54] The *Canadian Forces Superannuation Act* is also an integral element of the remuneration package for members of the Canadian Forces. In providing contributors with an income after retirement, and in providing survivor benefits to those with a specified familial relationship with the contributor at the time of death, the *Canadian Forces Superannuation Act* works to the advantage of military members who would otherwise be obliged to fund their own retirement and provide for their survivors through private insurance or other means. That also serves the public interest, because it enhances the stability of the military workforce.

[55] The purpose of the survivor pension in the *Canadian Forces Superannuation Act* is a matter of some dispute. The appellants believe that the survivor pension is or should be a device to recognize and provide some compensation for the sacrifices and hardship suffered by military wives, and their expected but unpaid contribution to military life. These aspects of the lives of military wives are described in the evidence of an expert witness, Deborah Harrison, summarized by the Trial Judge in paragraphs 27-31 of his reasons. However, there is no evidence that Parliament has ever viewed the survivor pension as any kind of reward or compensation as envisaged by the appellants.

[56] In my view, the purpose of the survivor pension should be inferred from the statute itself. Its purpose is to provide some economic support, upon the death of a

soit assurent des pensions de retraite à ceux qui travaillent dans le secteur public, soit réglementent les régimes de pensions du secteur privé. Le juge de première instance a conclu que l'objet général du système des revenus de retraite est de réduire la pauvreté parmi les personnes âgées. Il est probablement plus juste de dire que l'objet de toutes ces lois (à l'exception de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*) est d'alléger la pauvreté parmi ceux qui ont quitté la population active rémunérée ou ceux qui dépendent d'une personne qui a quitté la population active rémunérée. Ce groupe comprendrait maintes personnes qui ne sont pas des personnes âgées, et notamment celles qui ont pris leur retraite de l'armée.

[54] La *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* fait également partie intégrante du régime de rémunération des membres des Forces canadiennes. En assurant les cotisants d'un revenu après leur retraite, et en garantissant des prestations de survivant à ceux qui étaient liés au cotisant au moment de son décès, la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* joue en faveur des militaires, qui autrement seraient obligés de financer leur propre retraite et de subvenir aux besoins de leurs survivants en souscrivant une assurance privée ou par d'autres moyens. Elle sert aussi l'intérêt public, parce qu'elle favorise la stabilité de la main-d'œuvre militaire.

[55] L'objet de la pension de survivant prévue par la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* n'échappe pas à une certaine polémique. Les appelantes croient que la pension de survivant est ou devrait être un moyen de reconnaître et de récompenser les sacrifices et les difficultés que doivent supporter les femmes de militaires, et leur contribution espérée, mais non rémunérée, à la vie militaire. Ces aspects de la vie des femmes de militaires sont décrits dans la déposition d'un témoin expert, Deborah Harrison, résumée par le juge de première instance aux paragraphes 27 à 31 de ses motifs. Cependant, il n'est pas établi que le Parlement ait jamais considéré la pension de survivant comme un genre de récompense ou de rémunération comme le voudraient les appelantes.

[56] À mon avis, l'objet de la pension de survivant devrait être déduit de la loi elle-même. Elle a pour objet d'offrir, au décès d'un cotisant, un soutien économique

contributor, to the spouse or cohabiting partner of a deceased contributor, who is or may be presumed to be economically dependent upon the contributor at the time of his death. The Crown adopts that position, and also submits that this purpose would not be served by extending entitlement to the survivor pension to divorced spouses. According to the Crown, the economic issues arising upon a divorce are better dealt with by recourse to the relevant family law, including the spousal support provisions in the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3 and the related provincial and territorial laws regarding the division of family property (which in all jurisdictions now includes pensions).

[57] Put another way, the argument of the Crown is that the *Canadian Forces Superannuation Act* should not be held to discriminate against divorced spouses because there is a legislative scheme, operating independently of the *Canadian Forces Superannuation Act*, by which a person who is divorced from a contributor may have recourse to the financial resources of the contributor, including the contributor's pension, to compensate for their contributions to the marriage and to alleviate the economic hardship of the divorce.

[58] There is considerable force in the Crown's position. Courts should be reluctant to conclude that the lines drawn by Parliament around statutory financial benefits infringe subsection 15(1) because they are either over or under inclusive. I also agree with the Crown that the financial provisions in question should be viewed as part of a complex web of federal and provincial law, which would include federal legislation dealing with pensions and remuneration for persons employed in the service of the government, and would also include the federal and provincial laws dealing with the economic consequences of changes in family relationships.

[59] However, it is my view that the critical question is whether the availability of economic relief under the *Divorce Act* and the matrimonial property laws can answer the appellants' claim of discrimination in the

à sa conjointe légitime ou conjointe de fait, qui est ou dont on peut présumer qu'elle est économiquement à la charge du cotisant au décès de celui-ci. La Couronne adopte cette position et affirme aussi que cet objet ne serait pas accompli si l'on élargissait aux conjoints divorcés le droit à la pension de survivant. Selon la Couronne, il vaut mieux disposer des aspects économiques d'un divorce en recourant aux règles du droit de la famille, notamment aux dispositions en matière de pensions alimentaires de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 3 et aux lois provinciales et territoriales se rapportant au partage des biens familiaux (lesquels, dans l'ensemble des provinces et des territoires, englobent aujourd'hui les pensions).

[57] En d'autres termes, l'argument de la Couronne est que la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* ne devrait pas être considérée comme un texte exerçant une discrimination à l'encontre des conjoints divorcés, parce qu'il existe un régime législatif, opérant indépendamment de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, en vertu duquel une personne qui est divorcée d'avec un cotisant peut recourir aux moyens financiers du cotisant, y compris à sa pension, pour se dédommager de sa contribution aux charges du mariage et pour alléger les difficultés économiques propres au divorce.

[58] La position de la Couronne a une force considérable. Les tribunaux devraient hésiter à conclure que les lignes tracées par le législateur autour de prestations financières établies empiètent sur le paragraphe 15(1) parce qu'elles seraient tracées soit trop largement soit trop étroitement. Je souscris également à l'argument de la Couronne selon lequel les dispositions financières en question devraient être vues comme partie d'un tissu complexe de lois fédérales et provinciales, qui engloberait les lois fédérales régissant les pensions et les rémunérations des employés de l'administration fédérale, et qui engloberait aussi les lois fédérales et provinciales régissant les conséquences économiques de la modification des liens familiaux.

[59] Cependant, je suis d'avis qu'il s'agit essentiellement de savoir si l'existence d'une aide économique dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois régissant les biens matrimoniaux peut répondre à la

matter of entitlement to survivor pensions under the *Canadian Forces Superannuation Act*, or whether those laws are relevant only in the context of the justification analysis in section 1 of the Charter. The Trial Judge believed that the latter, and I agree. In my view, the Trial Judge did not err in finding that the exclusion of divorced spouses from entitlement to the survivor pension is discrimination on the basis of marital status, contrary to subsection 15(1) of the Charter.

[60] Like the Trial Judge, I see no point in reaching any conclusion as to whether the impugned provisions also discriminate on the basis of sex. However, I note that the appellants' case in that regard is weakened considerably by section 3 of the *Canadian Forces Superannuation Act*, which removes all formal distinctions based on sex, and also by the absence of any evidence that compares the situation of military wives to that of other military spouses.

Justification: section 1 of the Charter

[61] The appellants argue that the Trial Judge erred in finding that the discrimination that they suffered by their exclusion from the survivor benefit is justified by section 1 of the Charter.

[62] The applicable principles are derived from *Egan v. Canada*, *supra* and *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and are not in dispute: (a) the objective of the *Canadian Forces Superannuation Act*, the survivor pension, and the exclusion of divorced spouses from the survivor pension must be pressing and substantial; (b) the exclusion of divorced spouses must be rationally connected to the aim of the *Canadian Forces Superannuation Act*; (c) the exclusion of divorced spouses must be no more than a minimal impairment of the Charter guarantee against discrimination on grounds of marital status; and (d) there must be proportionality between the effect of the exclusion and its objective so that the attainment of the objective is outweighed by the discrimination.

discrimination alléguée par les appelantes au chapitre du droit aux pensions de survivant selon la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, ou si les lois en question ne sont utiles que pour l'analyse d'une éventuelle justification selon l'article premier de la Charte. Le juge de première instance a retenu la deuxième interrogation et je partage son avis. Selon moi, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a dit que l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant constitue une discrimination fondée sur l'état matrimonial, et donc contraire au paragraphe 15(1) de la Charte.

[60] Comme le juge de première instance, je ne vois aucune utilité à dire si les dispositions contestées constituent également une discrimination fondée sur le sexe. Cependant, j'observe que l'argument des appelantes sur ce point est considérablement affaibli par l'article 3 de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, qui supprime toute distinction formelle fondée sur le sexe, et également par l'absence de toute preuve comparant la situation des épouses de militaires à celle d'autres compagnes de militaires.

Justification: l'article premier de la Charte

[61] Les appelantes soutiennent que le juge de première instance a eu tort de dire que la discrimination qu'elles subissaient en raison de leur exclusion de la pension de survivant est justifiée par l'article premier de la Charte.

[62] Les principes applicables sont tirés de l'arrêt *Egan c. Canada* (précité) et de l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et ne sont pas contestés: a) l'objectif de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, à savoir la pension de survivant, ainsi que l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant, doivent être urgents et réels; b) l'exclusion des conjoints divorcés doit présenter un lien rationnel avec l'objet de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*; c) l'exclusion des conjoints divorcés ne peut constituer davantage qu'une atteinte minimale à la garantie de la Charte contre la discrimination fondée sur l'état matrimonial; et d) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de l'exclusion et son objectif de telle sorte que la réalisation de l'objectif autorise la discrimination.

[63] The most important of the appellants' challenges to the decision of the Trial Judge is that he misapprehended the purpose of the legislation and the impugned provision, which led him to err in reaching conclusions favourable to the Crown on each of these questions.

[64] As indicated above, the purpose of the *Canadian Forces Superannuation Act* is to alleviate poverty among retired members of the Canadian Forces and their families, and to enhance the remuneration for service in the Canadian Forces. The Trial Judge found that the objective of the legislation is pressing and substantial. That conclusion is not challenged, and is obviously correct.

[65] As to the purpose of the survivor pension, again I refer to the discussion above. The record supports what is apparent from the legislation itself, that survivor benefits are intended to provide economic support to those who are or who may be presumed to be economically dependent upon a contributor or pensioner at the time of his death. Divorced spouses are not among those who are intended to benefit from the survivor provisions because divorce is generally presumed to sever whatever relationship of dependency might have existed in the marriage, and to the extent that is not the case, recourse may be had to the *Divorce Act* and related matrimonial property statutes.

[66] There is no evidence that Parliament views the survivor pension as a reward or as compensation to military wives, as suggested by the appellants. Entitlement to the survivor pension in a particular case does not depend upon whether or not the survivor has actually suffered such a hardship or made such a contribution; disentitlement for unworthiness disappeared from the statutory scheme more than 40 years ago.

[67] I find no error in the conclusion of the Trial Judge that the purpose of the survivor pension, and the exclusion of divorced spouses from eligibility, is

[63] L'argument le plus important des appelantes à l'encontre de la décision du juge de première instance est qu'il n'aurait pas bien saisi l'objet de la loi et de la disposition contestée, ce qui l'a conduit à tort à tirer des conclusions favorables à la Couronne pour chacune de ces questions.

[64] Comme je l'ai dit plus haut, l'objet de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* est d'alléger la pauvreté parmi les membres retraités des Forces canadiennes et parmi leurs familles, ainsi que de renforcer la rémunération du service accompli dans les Forces canadiennes. Le juge de première instance a estimé que l'objectif de la loi est urgent et réel. Cette conclusion n'est pas contestée et, à l'évidence, elle est juste.

[65] Quant à l'objet de la pension de survivant, encore une fois je me réfère à l'examen ci-dessus. Le dossier confirme ce qui est évident à la lecture de la loi elle-même, c'est-à-dire le fait que les prestations de survivant visent à apporter un soutien économique aux personnes qui sont, ou dont on peut présumer qu'elles sont, dépendantes économiquement d'un cotisant ou d'un retraité au décès de celui-ci. Les conjoints divorcés ne comptent pas parmi les personnes qui sont censées tirer avantage des dispositions relatives à la pension de survivant, parce que le divorce est généralement présumé mettre fin à toute relation de dépendance qui a pu exister durant le mariage, et, dans la mesure où tel n'est pas le cas, le conjoint divorcé peut recourir à la *Loi sur le divorce* et aux lois connexes relatives aux biens matrimoniaux.

[66] Il n'est pas établi que le législateur considère la pension de survivant comme une récompense ou comme une rémunération consentie aux épouses de militaires, ainsi que le voudraient les appelantes. Le droit à la pension de survivant dans un cas donné ne dépend pas si la survivante a ou non effectivement connu de telles difficultés ou apporté une telle contribution; la perte du droit pour indignité a disparu du régime législatif il y a plus de 40 ans.

[67] Je ne vois aucune erreur dans la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'objet de la pension de survivant est urgent et réel, tout comme



pressing and substantial.

#### Rational connection

[68] The appellants argue that there is no rational connection between the objective of relieving poverty and the exclusion of divorced spouses from entitlement to the survivor pension. It is true that entitlement to the survivor pension is a function of the family relationships of the contributor at the time of his or her death, and does not depend in any way upon actual need. However, the objective of the legislation, as stated above, is not simply the relief of poverty. The *Canadian Forces Superannuation Act* is not social welfare legislation, but legislation that is intended to provide remuneration for the services of members of the Canadian Forces.

[69] It is reasonable (and normal) for retirement pensions, including survivor benefits, to be designed on the basis of broad general assumptions so that they provide the economic support that is most likely to be appropriate in most cases, even though the situation of a particular contributor's family might be improved by a different approach. Divorced spouses are not among those who are intended to benefit from the survivor provisions because divorce severs the familial tie between the parties, and also results in the possibility of recourse to matrimonial support and property laws to alleviate the hardship resulting from legal termination of the marriage. In my view, the Trial Judge did not err in finding a rational connection between the objective of the legislation and the exclusion of divorced spouses from entitlement to the survivor pension.

[70] Even if the objective of the alleviation of poverty ought to be paramount, as the appellants sometimes appear to suggest, the solution they propose, which is to share the survivor benefit between the divorced spouse and any current cohabiting partner, is no better than the current state of affairs. That solution would work to the advantage of the appellants in this case, but it could represent a significant disadvantage to other potential claimants to the survivor benefit. I can imagine no policy solution, short of an income test, that would ensure that the survivor benefit is always distributed on the basis of

l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant.

#### Lien rationnel

[68] Les appelantes soutiennent qu'il n'y a pas de lien rationnel entre l'objectif d'alléger la pauvreté et l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant. Il est vrai que le droit à la pension de survivant est fonction des liens familiaux du cotisant à son décès et ne dépend en aucune façon de l'existence de besoins réels. Cependant, l'objectif de la loi, indiqué plus haut, n'est pas simplement d'alléger la pauvreté. La *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* n'est pas une loi de protection sociale, mais une loi qui vise à rémunérer les services des membres des Forces canadiennes.

[69] Il est raisonnable (et normal) que les pensions de retraite, y compris les prestations de survivant, soient conçues à raison de grandes hypothèses générales de telle sorte qu'elles assurent le soutien économique qui sera tout probablement requis dans la plupart des cas, quand bien même la situation de la famille d'un cotisant donné pourrait être améliorée selon une méthode différente. Les conjoints divorcés ne comptent pas parmi les personnes qui sont censées bénéficier des dispositions relatives aux prestations de survivant, parce que le divorce rompt le lien familial entre les parties tout en leur donnant la possibilité de recourir aux lois sur les pensions alimentaires et sur le partage des biens familiaux pour alléger les difficultés qui résultent d'une dissolution du mariage. À mon avis, le juge de première instance n'a pas erré lorsqu'il a conclu à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et l'exclusion des conjoints divorcés du droit à la pension de survivant.

[70] Même si l'objectif d'allègement de la pauvreté doit être primordial, comme semblent parfois le donner à entendre les appelantes, la solution qu'elles préconisent, c'est-à-dire le partage de la prestation de survivant entre le conjoint divorcé et l'actuel conjoint de fait, n'est pas meilleure que l'état actuel des choses. Cette solution fonctionnerait ici à l'avantage des appelantes, mais elle pourrait constituer un net inconvénient pour d'autres éventuelles revendicatrices de la prestation de survivante. Je ne puis imaginer une solution générale, hormis une vérification du revenu, qui

financial need. However, the appellants are not proposing that kind of solution.

### Minimal impairment

[71] In his discussion of minimal impairment, the Trial Judge concluded that the Court ought to defer to the decision of Parliament to exclude divorced spouses from entitlement to the survivor pension (see paragraph 88 of his reasons). He reaches this conclusion essentially because the impugned legislation represents an array of policy choices that are more appropriately weighed and balanced by Parliament than the Court. I agree with him on that point.

[72] The appellants argue that the Trial Judge's analysis of this issue is also based on his conclusion that extending the survivor pension to divorced spouses would involve substantial costs. The appellants point out that the additional liability of \$206.7 million that, under the *Canadian Forces Superannuation Act*, would result from extending the survivor pension to divorced spouses represents an increase in the total liabilities of the plan of only .625%, which would be covered easily by the surplus (refer to the actuarial evidence summarized above). The Trial Judge characterized the potential cost increase as "substantial". However, when his reasons are read in their entirety, it seems to me that cost was a relatively minor factor.

[73] Even if the Trial Judge gave the question of cost more weight that seems apparent to me, I cannot conclude that the Trial Judge was wrong in his characterizing of the estimated cost increase as substantial. \$200 million is a considerable sum, and it must be recalled that the estimated total increased liability for all three of the major federal statutory pension plans is more than \$440 million. It should also be noted that there is no guarantee that any increased cost resulting from extending the survivor pension to divorced spouses would be borne by the Crown, particularly if the actuarial surplus has declined since

soit à même de garantir que la prestation de survivant sera toujours distribuée en fonction des besoins financiers. Cependant, les appelantes ne proposent pas ce genre de solution.

### Atteinte minimale

[71] Dans son examen de l'atteinte minimale, le juge de première instance a conclu que la Cour devait déférer à la décision du législateur d'exclure les conjoints divorcés du droit à la pension de survivant (voir le paragraphe 88 de ses motifs). S'il arrive à cette conclusion, c'est essentiellement parce que la loi contestée rend compte d'une diversité de choix que le législateur est mieux à même de faire que les tribunaux. Je partage son sentiment sur ce point.

[72] Les appelantes soutiennent que l'analyse du juge de première instance au regard de cet aspect procède également de sa conclusion selon laquelle la décision d'étendre aux conjoints divorcés l'avantage de la pension de survivant entraînerait des coûts appréciables. Les appelantes font observer que la charge additionnelle de 206,7 millions de dollars qui, pour la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, résulterait d'une telle décision constitue, pour le passif total du régime, une augmentation de seulement 0,625 p. 100, augmentation qui serait facilement amortie par l'excédent (se référer à la preuve actuarielle résumée plus haut). Le juge de première instance a qualifié de «substantielle» l'augmentation possible des coûts. Cependant, si on lit ses motifs dans leur intégralité, il me semble que la question des coûts était pour lui un facteur relativement mineur.

[73] Même si le juge de première instance a donné à la question des coûts davantage de poids que je ne l'imagine, il m'est impossible de dire qu'il a eu tort de qualifier de substantielle l'augmentation estimative des coûts. Une somme de 200 millions de dollars est une somme considérable, et il faut se rappeler que l'accroissement de la charge estimative totale pour les trois grands régimes fédéraux de pensions dépasse 440 millions de dollars. Il convient aussi de noter qu'il n'est nullement garanti que l'augmentation des coûts qui résulterait d'une décision d'accorder aux conjoints divorcés l'avantage de la pension de survivant serait

March 31, 2002 because of poor financial market conditions. If Parliament were to consider it unacceptable to impose the increased cost on taxpayers, it might choose to increase member contributions.

### Proportionality

[74] The Trial Judge concluded that the salutary effects of the *Canadian Forces Superannuation Act* to contributors and their families outweigh the deleterious effects suffered by divorced spouses, who lose entitlement to the survivor pension upon divorce, because they are able to alleviate the financial consequences of this exclusion through the family law regime. The appellants argue that the family law regime is not a complete answer because, as suggested above, the survivor benefit disappears upon divorce and so cannot be taken into account in assessing spousal maintenance under the *Divorce Act* or the division of matrimonial property. I agree that the family law regime is not a complete answer. It is however a partial answer, and in my view it is a sufficient answer. The Charter does not require Parliament to devise perfect solutions, only reasonable ones.

### Conclusion

[75] For the foregoing reasons, this appeal should be dismissed. The Crown has sought costs against the appellants. The appellants seek relief against an award of costs because the Crown was not granted costs at trial, although they were sought, and the issue in this case raises an important constitutional point of little tangible value to the appellants. I am not persuaded that this is an appropriate case in which to depart from the general rule that costs follow the event. Therefore, the Crown should be entitled to its costs of the appeal.

supportée par la Couronne, sans compter que l'excédent actuariel a diminué depuis le 31 mars 2002, en raison du recul des marchés financiers. Si le législateur devait juger inacceptable de faire reposer sur les contribuables le fardeau de l'accroissement des coûts, il pourrait choisir d'augmenter les cotisations des membres.

### Proportionnalité

[74] Le juge de première instance a conclu que les effets salutaires, pour les cotisants et leurs familles, de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* l'emportaient sur les effets préjudiciables subis par les conjoints divorcés, qui perdent en divorçant le droit à la pension de survivant, parce qu'il leur est possible d'alléger les conséquences financières de cette exclusion en recourant au régime du droit de la famille. Les appelantes soutiennent que le régime du droit de la famille n'est pas ici une réponse complète parce que, comme on l'a vu plus haut, la prestation de survivant disparaît au divorce et ne peut donc pas être prise en compte dans le calcul d'une pension alimentaire selon la *Loi sur le divorce* ou dans le partage de biens matrimoniaux. Je reconnais que le régime du droit de la famille n'est pas une réponse complète. C'est cependant une réponse partielle et, à mon avis, c'est une réponse suffisante. La Charte n'oblige pas le législateur à imaginer des solutions parfaites, seulement des solutions raisonnables.

### Conclusion

[75] Pour les motifs qui précèdent, cet appel devrait être rejeté. La Couronne voudrait que les appelantes soient condamnées aux dépens. Les appelantes voudraient être dispensées des dépens parce que la Couronne n'a pas obtenu de dépens en première instance, encore qu'elle les eût demandés, et parce que la question posée dans cette affaire soulève un important point constitutionnel dont l'utilité réelle pour les appelantes est fort modeste. Je ne suis pas persuadée qu'il s'agit là d'un cas qui justifie une entorse à la règle générale selon laquelle les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, la Couronne devrait obtenir ses dépens dans le présent appel.

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

[76] EVANS J.A.: I have had the benefit of reading the reasons of Sharlow J.A. and I agree that the appeal should be dismissed. However, I do not share the confidence of my colleague that the legislation is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter and do not endorse that aspect of her reasons. The reasons for my doubts are as follows.

[77] First, counsel stated that it was central to the appellants' case that the benefit payable to the surviving spouse of a contributor was to compensate military spouses for the contribution that spouses typically make to military careers, and for the hardships caused to them by military postings away from home, including domestic disruptions and the difficulties that military spouses commonly experience in pursuing their own careers. It was consequently a denial of essential human dignity for a former spouse of a member of the Armed Forces to be statutorily denied the benefit of this earned benefit as a result of the contributor's unilateral decision to obtain a divorce, or for a spouse to have to take into account the loss of the survivor's benefit when deciding whether to remain married to the contributor.

[78] Sharlow J.A. has concluded that this is not the rationale of the legislation. I agree. Spousal contributions to the parties' material success is recognized through divorce law and provincial family property law. The survivor's benefit is better regarded as part of a contributor's remuneration package that is designed to encourage the recruitment and retention of military personnel by relieving them of anxiety about the plight of a financially dependent surviving spouse, or of the need to make provision for their survivor from income, by purchasing life insurance, for example.

[79] Consequently, in my opinion, reasonable persons in the position of the divorced appellant, Ms.

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

[76] LE JUGE EVANS, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Sharlow, et je reconnais avec elle que l'appel devrait être rejeté. Cependant, je ne partage pas l'assurance avec laquelle elle croit pouvoir dire que la loi est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte, et je ne puis souscrire à cet aspect de ses motifs. J'exposerai mes doutes comme il suit.

[77] D'abord, les avocats ont affirmé que le point essentiel de l'argument des appelantes était que la prestation payable au conjoint survivant d'un cotisant visait à indemniser les épouses de militaires de la contribution qu'elles apportent en général aux carrières de leurs maris, et des difficultés qu'entraînent pour elles les affectations de leurs maris en dehors de leurs régions, sans compter les perturbations familiales et les obstacles que les épouses de militaires connaissent souvent dans la poursuite de leurs propres carrières. C'était par conséquent un déni de la dignité humaine essentielle que de refuser au moyen d'une loi à l'ex-épouse d'un membre des forces armées l'avantage de cette prestation acquise, par suite de la décision unilatérale du cotisant d'obtenir un divorce, ou que d'obliger l'épouse à prendre en compte la perte de la prestation de survivante lorsqu'elle se demande si elle doit rester mariée au cotisant.

[78] Le juge Sharlow a estimé que ce n'était pas là la raison d'être de la loi. Je partage son avis. La contribution du conjoint au succès matériel des parties est reconnue dans la *Loi sur le divorce* et dans les lois provinciales sur les biens familiaux. Il vaut mieux considérer la prestation de survivant comme un élément du régime de rémunération du cotisant, élément qui vise à encourager le recrutement et la fidélité des militaires en les soulageant du souci que représente la situation critique d'un conjoint survivant qui sera financièrement dépendant, ou de l'obligation de prendre des dispositions pour leur survivant en puisant dans leur revenu, par exemple par l'achat d'une assurance-vie.

[79] Par conséquent, à mon avis, des personnes raisonnables se trouvant dans la situation de l'appelante

Patterson-Kidd, who are aware of both the true rationale of the benefit and the remedies available on divorce under federal divorce law and provincial family property law, would not think that Parliament's exclusion of them from entitlement to the survivor's benefit was an affront to their essential human dignity. Upon divorce, a contributor's legal obligation to provide for a former spouse flows from the terms of the order made at the time of the divorce respecting the division of matrimonial property, including the contributor's pension, and support and maintenance payments. These statutory regimes also take account of the consequences of the financial dependency of one spouse upon the other. Moreover, it is a reasonable assumption that most contributors do not feel morally bound to provide for their ex-spouses, by purchasing life insurance or otherwise. The exclusion of divorced spouses is thus consistent with the legislative reasons for Parliament's providing the survivor's benefit as part of a contributor's remuneration package.

[80] Second, I do not share my colleague's view that Parliament's failure to treat separated spouses in the same way as divorced spouses demonstrates that it is a breach of subsection 15(1) to deny a survivor's benefit to a divorced spouse. The argument is that divorced and separated spouses are similarly situated since both are entitled to support and maintenance payments and a division of matrimonial assets, subject to some adjustments to take account of subsequent events. Therefore, the exclusion of only divorced spouses from eligibility has no rational basis in the statutory purposes.

[81] However, all separated spouses are not in law similarly situated. In particular, many non-cohabiting spouses do not formalize their status. For them, the financial obligations of marriage continue to flow from the marriage itself, rather than from any court-ordered support or maintenance payments, or division of assets. In these circumstances, if Parliament had not included non-cohabiting spouses as eligible for the survivor's benefit, a contributor might well have felt obliged to

divorcée, M<sup>me</sup> Patterson-Kidd, qui sont conscientes à la fois de la véritable justification de la prestation, et des recours que leur offrent, au divorce, la loi fédérale sur le divorce et les lois provinciales sur les biens familiaux, ne verraient pas, dans la décision du législateur de les exclure du droit à la prestation de survivant, un affront à leur dignité humaine essentielle. Dans un divorce, l'obligation légale du cotisant de subvenir aux besoins de son ex-épouse découle des conditions de l'ordonnance rendue au moment du divorce et se rapportant au partage des biens matrimoniaux, qui comprennent la pension du cotisant, et au versement d'une pension alimentaire. Ces régimes tiennent compte eux aussi des conséquences de la dépendance financière de l'un des conjoints à l'égard de l'autre. Par ailleurs, il est raisonnable de présumer que la plupart des cotisants ne se sentent pas tenus moralement de subvenir aux besoins de leurs ex-épouses, par exemple en souscrivant une police d'assurance-vie. L'exclusion des conjoints divorcés s'accorde donc avec les motifs qu'avait le législateur de prévoir la prestation de survivant en tant qu'élément du régime de rémunération d'un cotisant.

[80] Deuxièmement, je ne partage pas l'avis de ma collègue pour qui le fait pour le législateur de ne pas traiter sur un pied d'égalité les conjoints séparés et les conjoints divorcés est la preuve qu'il est contraire au paragraphe 15(1) de la Charte de refuser une prestation de survivant à un conjoint divorcé. L'argument est qu'un conjoint divorcé et un conjoint séparé sont dans la même situation puisque tous deux ont droit à une pension alimentaire et à un partage des biens matrimoniaux, sous réserve des ajustements requis pour tenir compte d'événements ultérieurs. Par conséquent, le fait de n'exclure que les conjoints divorcés du droit à la prestation de survivant n'aurait aucun fondement rationnel dans les objets de la loi.

[81] Cependant, les conjoints séparés ne sont pas tous, en droit, dans la même situation. Plus précisément, de nombreux époux qui ne font pas vie commune n'officialisent pas leur statut. En ce qui les concernent, les obligations financières du mariage continuent de résulter du mariage lui-même, plutôt que d'une pension alimentaire ou d'un partage des biens ayant pour origine une ordonnance judiciaire. Dans ce cas, si le législateur avait déclaré non admissibles à la prestation de survivant

provide for a surviving spouse from income, pending a formal separation or the dissolution of the marriage by divorce.

[82] Hence, since not all separations are either formal or permanent, Parliament's decision to extend the survivor's benefit to separated spouses, subject to the diminution of its value if the contributor cohabits with another in a conjugal relationship, is not necessarily inconsistent with the legislative purposes for providing survivor benefits: saving the contributor the expense of providing for a surviving spouse and alleviating the consequences of the spousal financial dependency.

[83] The fact that some separated spouses have formalized their separation and obtained court-ordered financial and property settlements, and thus may be somewhat similarly situated to divorced spouses, does not render a denial of the benefit to the divorced spouse discriminatory in the constitutional sense. Non-cohabiting spouses who have made either no arrangements, or only informal ones, remain subject to all the legal rights and duties of marriage relating to financial support. Parliament is not required by the Constitution to ensure that a legislative scheme is perfectly consistent with the underlying statutory purpose.

[84] Third, I well understand why, when contemplating a divorce, a separated spouse, such as Ms. Ballantyne, would like the option on divorce of deciding whether to receive either a division of the contributor's pension or the survivor's benefit. However, I find it difficult to accept that denying a person the opportunity to calculate which would be more financially advantageous constitutes, in the circumstances of this case, a denial of essential human dignity so as to warrant a finding that the legislation infringes subsection 15(1) and to require the Government to shoulder the burden of justifying it under section 1.

[85] Fourth, save for the most egregious cases, courts should be very reluctant to conclude that the lines

les époux ne faisant pas vie commune, un cotisant aurait bien pu se voir contraint de subvenir, sur son revenu, aux besoins de sa conjointe survivante, en attendant une séparation officielle ou la dissolution du mariage par divorce.

[82] Partant, puisque les séparations ne sont pas toutes officielles ou permanentes, la décision du législateur d'étendre aux époux séparés la prestation de survivant, sous réserve de la diminution de sa valeur si le cotisant fait vie commune avec une autre personne, n'est pas nécessairement incompatible avec les objets législatifs du versement de prestations de survivant, à savoir: épargner au cotisant la charge de subvenir aux besoins d'une épouse survivante, et adoucir les conséquences de la dépendance financière de l'épouse.

[83] Le fait que certains conjoints séparés ont officialisé leur séparation et obtenu des ordonnances judiciaires prévoyant une pension alimentaire ou le partage des biens, et qu'ils peuvent donc se trouver plus ou moins dans la même situation que des conjoints divorcés, ne rend pas discriminatoire au sens constitutionnel le refus de la prestation au conjoint divorcé. Les époux qui ne font plus vie commune et qui n'ont pris aucun arrangement, ou uniquement des arrangements informels, demeurent soumis à tous les droits et devoirs du mariage se rapportant au soutien financier. Le législateur n'est pas tenu par la Constitution de s'assurer qu'un régime législatif est en parfaite harmonie avec l'objet fondamental de la loi.

[84] Troisièmement, je comprends très bien pourquoi, lorsqu'elle songe à un divorce, une épouse séparée, telle que M<sup>me</sup> Ballantyne, voudrait pouvoir, au moment du divorce, décider si elle recevra une part de la pension du cotisant ou la prestation de survivante. Cependant, je trouve difficile d'admettre que le fait de refuser à une personne la possibilité de voir quelle solution serait pour elle la plus avantageuse financièrement constitue, dans les circonstances de cette affaire, un déni de la dignité humaine essentielle, au point que l'on doive conclure que la loi contrevient au paragraphe 15(1), et au point que le gouvernement soit contraint de justifier ce déni selon l'article premier.

[85] Quatrièmement, hormis dans les cas les plus exceptionnels, les tribunaux devraient se garder le plus

inevitably drawn around statutory financial benefits infringe subsection 15(1) because they are either over- or under-inclusive. It is very dangerous to view one set of financial provisions in isolation, rather than as part of a complex web of federal (divorce law) and provincial (family property laws) legislation that deal with the class of persons (divorced spouses) who are ineligible under the impugned programme. Eligibility lines drawn by Parliament by reference to characteristics identified in subsection 15(1), or analogous thereto, may lose any discriminatory sting when viewed in the context of the related benefits available to those ineligible under the impugned statutory provisions and thus not infringe subsection 15(1).

[86] However, in view of the conclusion reached by Sharlow J.A., I do not feel obliged definitively to resolve these doubts. I am therefore willing to assume for the purpose of dismissing this appeal that the legislation is in breach of subsection 15(1) as my colleague has held, but is saved by section 1.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

souvent de conclure que les lignes qui circonscrivent inévitablement les prestations financières prévues par les lois contreviennent au paragraphe 15(1) au motif qu'elles sont tracées trop largement ou trop étroitement. Il est très dangereux de considérer isolément un ensemble de dispositions financières, au lieu de le voir comme partie d'un tissu complexe de lois fédérales (loi sur le divorce) et de lois provinciales (lois sur les biens familiaux) intéressant la catégorie de personnes (les conjoints divorcés) qui n'est pas admissible selon le programme contesté. Des critères d'admissibilité fixés par le législateur à raison de caractéristiques définies dans le paragraphe 15(1), ou à raison de caractéristiques analogues, peuvent perdre toute coloration discriminatoire s'ils sont considérés dans le contexte des avantages connexes accordés aux personnes non admissibles d'après les dispositions contestées, et peuvent donc ne pas enfreindre le paragraphe 15(1).

[86] Cependant, au vu de la conclusion à laquelle est arrivée le juge Sharlow, je ne crois pas devoir éclaircir définitivement ces interrogations. Je suis donc disposé à présumer, en rejetant le présent appel, que la loi contrevient au paragraphe 15(1), ainsi que l'a jugé ma collègue, mais qu'elle est validée par l'article premier.

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

T-1714-02  
2003 FC 970

T-1714-02  
2003 CF 970

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

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

v.

c.

**Steven John Schneeberger** (*Defendant*)

**Steven John Schneeberger** (*défendeur*)

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

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

Federal Court, Dawson J.—Vancouver, March 18;  
Guelph, Ontario, August, 25, 2003.

Cour fédérale, juge Dawson—Vancouver, 18 mars;  
Guelph (Ontario), 25 août 2003.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Defendant committed criminal offences while citizenship application pending — Tried to avoid prosecution by providing false blood sample to police — Under Citizenship Act, s. 22(1)(b), person shall not be granted citizenship if charged with indictable offence — Meaning of “knowingly concealing material circumstances” in s. 10 — Although genuine issue as to whether defendant lied to Citizenship Judge, providing false blood sample constituting false representation; knowing concealed material circumstance that someone else’s blood contained in tube inserted in arm — Defendant thereby circumventing further police inquiry likely to have led to criminal charges rendering him ineligible for citizenship — Summary judgment declaring obtained citizenship by false representation, knowingly concealing material circumstances, granted.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Le défendeur a commis des infractions criminelles pendant l'étude de sa demande de citoyenneté — Il a essayé d'éviter d'être poursuivi en fournissant un échantillon de sang frauduleux à la police — En vertu de l'art. 22(1)(b) de la Loi sur la citoyenneté, une personne ne peut recevoir la citoyenneté si elle est inculpée d'un acte criminel — Sens de l'expression «dissimulation intentionnelle de faits essentiels» à l'art. 10 — Bien que la véritable question soit de savoir si le défendeur a menti au juge de la citoyenneté, le fait d'avoir fourni un échantillon de sang frauduleux constitue une fausse déclaration; il a sciemment dissimulé un fait essentiel, c'est-à-dire que le sang d'une autre personne était contenu dans le tube inséré dans son bras — Le défendeur s'est donc dérobé à toute enquête plus approfondie de la police qui aurait vraisemblablement mené à des accusations criminelles qui l'auraient rendu non admissible à la citoyenneté — Un jugement sommaire déclarant que la citoyenneté a été obtenue au moyen d'une fausse déclaration et par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels est accordé.*

*Practice — Summary Judgment — Plaintiff seeking summary judgment under Federal Court Rules, 1998, r. 213(1) declaring defendant obtained citizenship by false representation, fraud, knowingly concealing material circumstances — Summary judgment available in citizenship revocation proceedings — Order sought on summary judgment consistent with nature of reference under Citizenship Act, s. 18(1) — Criteria for granting summary judgment reviewed — No genuine issue to be tried with respect to existence of facts establishing false representation, knowing concealment of material circumstance, legal conclusions flowing therefrom.*

*Pratique — Jugement sommaire — Le demandeur réclame un jugement sommaire en vertu de la règle 213(1) des Règles de la Cour fédérale (1998), déclarant que le défendeur a obtenu sa citoyenneté par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels — Un jugement sommaire peut être demandé dans une procédure en révocation de citoyenneté — L'ordonnance recherchée dans le cadre d'une procédure d'obtention d'un jugement sommaire doit être compatible avec la nature du renvoi fondé sur l'art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté — Examen des critères utilisés pour accorder un jugement sommaire — Absence d'une véritable question litigieuse concernant l'existence de faits établissant qu'il y a eu fausse déclaration et dissimulation intentionnelle de faits essentiels et des conclusions légales qui découlent de ces faits.*

This was a motion for summary judgment declaring that the defendant obtained his Canadian citizenship by false

Il s'agit d'une requête pour obtenir un jugement sommaire déclarant que le défendeur a obtenu la citoyenneté canadienne



representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The defendant acquired permanent resident status in Canada in November 1989 and applied for Canadian citizenship. In October 1992, he committed two criminal offences: administering a stupefying or overpowering drug and sexual assault. He denied any involvement in the offences and attempted to “clear himself” of the allegations and to avoid prosecution by providing a false blood sample to the police. On February 5, 1993, a Citizenship judge approved the defendant’s application for citizenship. Five years later, the defendant was charged with a number of criminal offences, including the sexual assault and administering the stupefying or overpowering drug, and was later found guilty of those offences. Under paragraph 22(1)(b) of the *Citizenship Act*, a person shall not be granted citizenship or take the oath of citizenship while charged with an indictable offence under any Act of Parliament. The Minister asserted that the defendant falsely represented that he was not under a criminal investigation, and that he obtained his citizenship by lying to the Citizenship Judge and by knowingly concealing material circumstances from both the Citizenship Judge and the RCMP. The Minister also argued that, on the uncontradicted evidence before the Court, the facts did not raise a genuine issue for trial within the meaning of subsection 216(1) of the *Federal Court Rules, 1998*.

*Held*, the motion should be allowed.

This was one of the first cases where summary judgment was sought in a citizenship revocation proceeding. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, the Federal Court of Appeal did not conclude that summary judgment would never be available in the context of a revocation proceeding or in respect of a reference under the *Citizenship Act*. Although the decision in *Obodzinsky* does not prohibit a motion for summary judgment on a reference, the order sought on summary judgment must be consistent with the nature of the reference under subsection 18(1) of the Act. That condition was met herein. The motion for summary judgment was also brought on a timely basis, before the reference itself was set for hearing, as required by subsection 213(1) of the Rules.

The criteria for granting summary judgment generally were set out by this Court in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.* The moving party bears the legal onus of establishing the facts necessary to obtain summary judgment. When that onus is met, the responding party has the evidential burden of showing that there is a genuine issue for trial. Summary judgment should be allowed where the Court has

par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Le défendeur a obtenu son statut de résident permanent en novembre 1989 et il a demandé la citoyenneté canadienne. En octobre 1992, il a commis deux infractions criminelles: administration d’une drogue stupéfiante ou soporifique et agression sexuelle. Il a nié toute participation aux actes criminels et il a essayé de se «disculper» des allégations et d’éviter les poursuites en fournissant un échantillon de sang frauduleux à la police. Le 5 février 1993, un juge de la citoyenneté a approuvé la demande de citoyenneté du défendeur. Cinq ans plus tard, le défendeur a été accusé d’un certain nombre d’actes criminels, notamment d’agression sexuelle et d’avoir administré une drogue stupéfiante ou soporifique et il a par la suite été reconnu coupable de ces actes criminels. En vertu de l’alinéa 22(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, nul ne peut recevoir la citoyenneté ni prêter le serment de citoyenneté tant que cette personne est inculpée d’un acte criminel prévu par une loi fédérale. Selon le ministre, le défendeur a faussement déclaré qu’il ne faisait pas l’objet d’une enquête criminelle et il a obtenu sa citoyenneté en mentant au juge de la citoyenneté et en dissimulant intentionnellement des faits essentiels à la fois au juge de la citoyenneté et à la GRC. Le ministre a en outre soutenu que, d’après la preuve non contredite dont la Cour était saisie, les faits n’ont pas soulevé de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 216(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

*Jugement*: la requête est accueillie.

Il s’agit de l’un des premiers cas dans lequel on demande un jugement sommaire dans une procédure de révocation de citoyenneté. Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Obodzinsky*, la Cour d’appel fédérale n’a pas statué qu’il était impossible de demander un jugement sommaire dans le contexte d’une procédure de révocation ou dans le cadre d’un renvoi fondé sur la *Loi sur la citoyenneté*. Bien que la décision dans l’arrêt *Obodzinsky* n’empêche pas le dépôt d’une requête en jugement sommaire dans le cadre d’un renvoi, l’ordonnance recherchée dans le cadre d’une procédure d’obtention d’un jugement sommaire doit être compatible avec la nature du renvoi fondé sur le paragraphe 18(1) de la Loi. Cette condition est respectée en l’espèce. La requête en jugement sommaire a également été déposée en temps et lieu, avant que le renvoi lui-même soit mis au rôle, comme l’exige le paragraphe 213(1) des Règles.

Les principes qui s’appliquent à une requête en jugement sommaire sont ceux qui ont été énoncés par la Cour dans *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.* La partie qui dépose la requête a le fardeau d’établir les faits nécessaires pour obtenir le jugement sommaire. Lorsqu’elle s’est acquittée de ce fardeau, la partie adverse a le fardeau de démontrer qu’il y a une question sérieuse à instruire. Le jugement sommaire

evidence establishing the essential relevant facts such that proceeding to trial would add detail, but not significant additional evidence.

The phrase “knowingly concealing material circumstances”, as used in section 10 of the Act, means that the Court must find that the person concerned concealed circumstances material to the decision, whether he knew or not that they were material, with the intent of misleading the decision-maker. Materiality is to be determined in light of the significance of the information not disclosed to the decision in question. As a matter of law, an untruth or a misleading answer which has the effect of foreclosing or averting further inquiries may be a misrepresentation within the meaning of the Act. The standard of proof to be applied in a reference under the Act is the civil standard of proof on a balance of probabilities. However the evidence must be scrutinized with greater care because of the seriousness of the allegations and the severe consequences of revocation of citizenship. More must be established than a technical transgression of the Act. Innocent misrepresentations are not to result in the revocation of citizenship.

There was a conflict of evidence concerning whether the defendant was asked whether he was under any kind of criminal investigation. This issue must be determined after the parties are cross-examined under oath before the trier of fact. A genuine issue exist as to whether the defendant lied to the Citizenship Judge so as to obtain his citizenship by false representation.

Whether the defendant was charged with an indictable offence on February 5, 1993 when he took the oath of citizenship and was granted citizenship is a material fact as a result of paragraph 22(1)(b) of the Act. The defendant admitted that he provided a false blood sample to avoid prosecution and to “clear himself” and that he committed the offence of attempting to obstruct the course of justice by providing false evidence. By knowingly providing a false blood sample for the purpose of avoiding criminal prosecution, the defendant foreclosed at that time further inquiry by police officers. He also foreclosed being charged with the indictable offence of sexual assault in December of 1992. The agreement between Crown counsel and the defendant’s counsel not to charge the defendant until the DNA test results were received was made only as a result of the provision of the false blood sample by the defendant, which he gave only because he knew that it would not incriminate him. But for providing the false blood sample, the defendant would have been charged prior to February 5, 1993. The charging process, which is not as arcane as suggested by the defendant’s counsel, is in most part a matter of law. The RCMP did have to authority to lay an

devrait être accordé lorsque la Cour est saisie d’éléments de preuve qui établissent les faits essentiels pertinents, de sorte que l’instruction de la cause permettrait d’ajouter des détails, mais non de nouveaux éléments de preuve importants.

L’expression «dissimulation intentionnelle de faits essentiels», utilisée à l’article 10 de la Loi, signifie que la Cour doit conclure que la personne intéressée a dissimulé des faits essentiels à la décision, qu’elle ait su ou non que ces faits étaient essentiels, avec l’intention d’induire en erreur le décideur. Le caractère essentiel doit être déterminé en fonction de l’importance des renseignements qui n’ont pas été révélés par rapport à la décision visée. En droit, une déclaration contraire à la vérité ou une réponse trompeuse qui a pour effet d’exclure ou d’écarter d’autres enquêtes peut constituer une fausse déclaration au sens de la Loi. La norme de preuve qui est applicable dans un renvoi fondé sur la Loi est la norme de preuve en matière civile, c’est-à-dire la probabilité la plus forte. Toutefois, la preuve doit être examinée avec le plus grand soin en raison de la gravité des allégations et des conséquences graves qu’implique la révocation de la citoyenneté. Il faut établir davantage qu’une transgression technique de la Loi. Une fausse déclaration faite innocemment ne doit pas entraîner la révocation de la citoyenneté.

Il y a eu une contradiction dans la preuve quant à savoir si on avait demandé au défendeur s’il faisait l’objet d’une enquête criminelle de quelque type que ce soit. La décision à ce sujet doit être rendue après que les parties auront été contre-interrogées sous serment devant le juge des faits. Il y a une véritable question litigieuse quant à savoir si le défendeur a menti au juge de la citoyenneté en vue d’obtenir sa citoyenneté au moyen d’une fausse déclaration.

La question de savoir si le défendeur avait été accusé d’un acte criminel le 5 février 1993 quand il a prêté le serment de citoyenneté et qu’il a obtenu la citoyenneté constitue un fait essentiel, par application de l’alinéa 22(1)(b) de la Loi. Le défendeur a admis avoir fourni un échantillon de sang frauduleux pour éviter d’être poursuivi et pour se «disculper» et également d’avoir commis l’infraction qui consiste à essayer d’entraver le cours de la justice en fournissant une fausse preuve. En donnant sciemment un échantillon de sang frauduleux afin d’éviter des poursuites criminelles, le défendeur a fait obstacle à cette époque à la tenue de toute autre enquête par les agents de police. Il a également fait en sorte d’exclure toute accusation d’agression sexuelle en décembre 1992, c’est-à-dire une accusation d’acte criminel. L’entente entre les avocats de la Couronne et l’avocat du défendeur visant à ne pas accuser ce dernier tant que les résultats du test d’ADN ne seraient pas reçus a été prise uniquement parce que le défendeur a accepté de donner un échantillon de sang frauduleux, et qu’il n’a donné celui-ci que parce qu’il savait que cela ne l’incriminerait pas. Mais s’il n’avait pas donné cet échantillon de sang frauduleux, le

information and thus to commence a criminal proceeding. On a balance of probabilities, the defendant provided a false blood sample to the RCMP. This constituted a false representation. He knowingly concealed the material circumstance that it was someone else's blood contained in a rubber tube inserted in his arm under his skin. Through the making of this false representation and the knowing concealment of a material circumstance, the defendant circumvented any further police inquiry which would likely have led to criminal charges and would have rendered him ineligible for citizenship. There was no genuine issue to be tried with respect to the existence of these facts or the legal conclusions flowing from them.

défendeur aurait été accusé avant le 5 février 1993. La formalité pour déposer des accusations, qui n'est pas aussi mystérieuse que ce que laisse entendre l'avocat du défendeur, est en grande partie une question de droit. La GRC avait le pouvoir de déposer une dénonciation et engager ainsi une procédure criminelle. Selon la probabilité la plus forte, le défendeur a remis un échantillon de sang frauduleux à la GRC. Cela constituait une fausse déclaration. Il a dissimulé intentionnellement le fait essentiel que cet échantillon de sang était celui de quelqu'un d'autre contenu dans un tube de caoutchouc inséré sous sa peau dans son bras. En faisant cette fausse déclaration et en dissimulant intentionnellement un fait essentiel, le défendeur s'est dérobé à toute autre enquête policière qui aurait vraisemblablement mené à des accusations criminelles et l'aurait rendu non admissible à la citoyenneté. Il n'y avait pas de véritable question litigieuse concernant l'existence de ces faits ou des conclusions légales découlant de ces faits.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18, 22(1)(b).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 139(2), 246(b), 271 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 10), 504, 507 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 78; S.C. 1994, c. 44, s. 43; 2002, c. 13, s. 21).  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 169(a), 213(1), 216(1),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238 (C.A.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kawash*, 2003 FCT 709; [2003] F.C.J. No. 918 (T.D.) (QL); *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 2 S.C.R. ix; *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky* (2001), 196 F.T.R. 1; 14 Imm. L.R. (3d) 3 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Baumgartner* (2001), 211 F.T.R. 197; 17 Imm. L.R. (3d) 85 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Minister of Multiculturalism and Citizenship) v. Minhas* (1993), 66 F.T.R. 155; 21 Imm. L.R. (2d) 31 (F.C.T.D.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 139(2), 246(b), 271 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 10), 504, 507 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 78; L.C. 1994, ch. 44, art. 43; 2002, ch. 13, art. 21).  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18, 22(1)(b).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 169a), 213(1), 216(1),(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238 (C.A.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kawash*, 2003 CFPI 709; [2003] A.C.F. n° 918 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2001] 2 R.C.S. ix; *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853; (1996), 111 F.T.R. 189 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky* (2001), 196 F.T.R. 1; 14 Imm. L.R. (3d) 3 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Baumgartner* (2001), 211 F.T.R. 197; 17 Imm. L.R. (3d) 85 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Ministre du Multiculturalisme et de la Citoyenneté) c. Minhas* (1993), 66 F.T.R. 155; 21 Imm. L.R. (2d) 31 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## CONSIDERED:

*Regina v. Southwick, Ex parte Gilbert Steel Ltd.*, [1967] 2 O.R. 428; [1968] 1 C.C.C. 356; (1967), 2 C.R.N.S. 46 (C.A.).

## REFERRED TO:

*F. Von Langsdorff Licensing Ltd. v. S.F. Concrete Technology, Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 88; 165 F.T.R. 74 (F.C.T.D.); *Pawar v. Canada*, [1999] 1 F.C. 158; (1998), 56 C.R.R. (2d) 318 (T.D.); affd (1999), 67 C.R.R. (2d) 284; 247 N.R. 271 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 1 S.C.R. xvii; *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Coomar* (1998), 159 F.T.R. 37; 47 Imm. L.R. (2d) 293 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed., looseleaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

MOTION for summary judgment declaring that the defendant has obtained his Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Motion allowed.

## APPEARANCES:

*William B. Hardstaff* and *Glennys Bembridge* for plaintiff.  
*Chris Elgin* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for defendant.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] DAWSON J.: By notice dated January 14, 2002 the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) notified the defendant, Mr. Schneeberger, of the Minister's intention to make a report to the Governor in Council, pursuant to subsections 10(1) and 18(1) of the

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Regina v. Southwick, Ex parte Gilbert Steel Ltd.*, [1967] 2 O.R. 428; [1968] 1 C.C.C. 356; (1967), 2 C.R.N.S. 46 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete Technology, Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 88; 165 F.T.R. 74 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Pawar c. Canada*, [1999] 1 C.F. 158; (1998), 56 C.R.R. (2d) 318 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1999), 67 C.R.R. (2d) 284; 247 N.R. 271 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii; *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850; (1973), 36 D.L.R. (3d) 522; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Coomar* (1998), 159 F.T.R. 37; 47 Imm. L.R. (2d) 293 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed., looseleaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

REQUÊTE en jugement sommaire déclarant que le défendeur a obtenu sa citoyenneté canadienne par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou par la dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Requête accueillie.

## ONT COMPARU:

*William B. Hardstaff* et *Glennys Bembridge* pour le demandeur.  
*Chris Elgin* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE DAWSON: Par avis daté du 14 janvier 2002, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) a avisé le défendeur, M. Schneeberger, de son intention de faire rapport au gouverneur en conseil, en vertu des paragraphes 10(1) et

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 (Act). The notice alleges that the defendant suppressed facts between the time he applied for citizenship and the time it was granted which, if known, would have warranted denial of his citizenship. If the Governor in Council becomes satisfied of this, the defendant would cease to be a Canadian citizen. In consequence, as was his right, the defendant requested that the matter be referred to this Court. The Minister then commenced this action by statement of claim and the defendant filed a statement of defence. The Minister now moves for summary judgment declaring that the defendant has obtained his Canadian citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

#### BACKGROUND FACTS

[2] The following facts are admitted in the pleadings in this action, or in the defendant's affidavit filed in opposition to the motion for summary judgment.

[3] The defendant acquired permanent resident status in Canada on November 22, 1989 and on May 22, 1992 applied for Canadian citizenship.

[4] On October 31, 1992, the defendant committed two criminal offences: administering a stupefying or overpowering drug with the intent to assist himself to commit the indictable offence of sexual assault, contrary to paragraph 246(b) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]; and sexual assault, contrary to section 271 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 10] of the *Criminal Code*.

[5] On November 6, 1992, the defendant became aware that the victim of the sexual assault had made a complaint to the police. The defendant was interviewed by the RCMP on November 9, 1992. The defendant denied any involvement in the offences and attempted, in his words, to "clear himself" of the allegations and to avoid prosecution by providing a false blood sample to the police. He did so by surgically inserting into his arm a tube of someone else's blood. The false blood sample was taken from the tube on November 16, 1992. On

18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 (la Loi). Cet avis allègue que le défendeur a supprimé des faits entre le moment où il a demandé la citoyenneté et le moment où elle lui a été accordée, faits qui, s'ils avaient été connus, auraient justifié que la citoyenneté lui soit refusée. Si le gouverneur en conseil est convaincu de la véracité de cette affirmation, le défendeur cessera d'être citoyen canadien. En conséquence, comme cela était son droit, le défendeur a demandé que la question soit transmise à cette Cour. Le ministre a alors intenté la présente action en déposant une déclaration et le défendeur a déposé sa défense. Le ministre demande maintenant par voie de requête un jugement sommaire déclarant que le défendeur a obtenu la citoyenneté canadienne par fraude, ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

#### LE CONTEXTE

[2] Les faits suivants sont admis dans les actes de procédure de la présente action, ou dans l'affidavit du défendeur déposé en opposition à la requête en jugement sommaire.

[3] Le défendeur a obtenu le statut de résident permanent au Canada le 22 novembre 1989 et le 22 mai 1992, il a demandé la citoyenneté canadienne.

[4] Le 31 octobre 1992, le défendeur a commis deux infractions criminelles: administration d'une drogue stupéfiante ou soporifique avec l'intention de commettre une agression sexuelle, punissable par mise en accusation, contrairement à l'alinéa 246b) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]; et agression sexuelle, contrairement à l'article 271 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 10] du *Code criminel*.

[5] Le 6 novembre 1992, le défendeur a été informé que la victime de l'agression sexuelle avait déposé une plainte à la police. Le défendeur a été interrogé par la GRC le 9 novembre 1992. Il a nié toute participation aux actes criminels et il a essayé, selon ses propres termes, de se «disculper» des allégations et d'éviter les poursuites en fournissant un échantillon de sang frauduleux à la police. Il y est parvenu en s'insérant chirurgicalement un tube rempli du sang d'une autre personne dans le bras. L'échantillon de sang frauduleux

January 25, 1993, the police received a negative DNA test result on the basis of a comparison of the false blood sample with a semen sample taken from the victim of the sexual assault.

[6] On February 5, 1993, a Citizenship judge approved the defendant's application for citizenship. The defendant took the oath of citizenship and became a Canadian citizen on that date.

[7] In January of 1998, the defendant was charged with a number of criminal offences, including the sexual assault of October 31, 1992, administering the stupefying or overpowering drug on October 31, 1992 and willfully attempting to obstruct the course of justice over the period from November 15, 1992 to August 7, 1993 by providing false evidence, being blood samples, to a peace officer investigating the complaint of sexual assault, contrary to subsection 139(2) of the *Criminal Code*. The defendant was found guilty of those offences on November 25, 1999.

#### THE MINISTER'S ALLEGATIONS IN THIS ACTION

[8] The relevant sections of the Act are sections 10, 18 and paragraph 22(1)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 47, s. 67]. They are set out in Annex A to these reasons.

[9] At all material times, paragraph 22(1)(b) of the Act provided that a person shall not be granted citizenship or take the oath of citizenship while the person is charged with an indictable offence under any Act of Parliament. The offences of sexual assault, and administering a stupefying or overpowering drug to assist in the commission of an indictable offence, are both indictable offences.

[10] The Minister asserts that during his interview with the Citizenship Judge, before the approval of his application for citizenship, the defendant was asked by the Citizenship Judge whether he had been under a past or present criminal investigation. The Minister further asserts that the defendant falsely represented that he was not under a criminal investigation. The Minister therefore says that the defendant obtained his citizenship

a été prélevé du tube le 16 novembre 1992. Le 25 janvier 1993, la police a reçu le résultat négatif d'un test d'ADN basé sur la comparaison de l'échantillon de sang frauduleux avec un échantillon de sperme prélevé sur la victime de l'agression sexuelle.

[6] Le 5 février 1993, un juge de la citoyenneté a approuvé la demande de citoyenneté du défendeur. Le défendeur a prêté le serment de citoyenneté et est devenu citoyen canadien le même jour.

[7] En janvier 1998, le défendeur a été accusé d'un certain nombre d'actes criminels, notamment de l'agression sexuelle du 31 octobre 1992, d'avoir administré la drogue stupéfiante ou soporifique le 31 octobre 1992 et d'avoir sciemment essayé d'entraver le cours de la justice entre le 15 novembre 1992 et le 7 août 1993, en fournissant une preuve frauduleuse, c'est-à-dire les échantillons de sang, à un agent de la paix qui faisait enquête sur la plainte d'agression sexuelle, contrairement au paragraphe 139(2) du *Code criminel*. Le défendeur a été reconnu coupable de ces actes criminels le 25 novembre 1999.

#### LES ALLÉGATIONS DU MINISTRE DANS LA PRÉSENTE ACTION

[8] Les articles pertinents de la Loi sont les articles 10 et 18 et l'alinéa 22(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 47, art. 67]. Ils sont reproduits à l'annexe A des présents motifs.

[9] À toutes les époques pertinentes, l'alinéa 22(1)b) de la Loi prévoyait que nul ne pouvait recevoir la citoyenneté ni prêter le serment de citoyenneté tant que cette personne est inculpée d'un acte criminel prévu par une loi fédérale. Le délit d'agression sexuelle, et l'administration d'une drogue stupéfiante ou soporifique pour aider à la perpétration d'un acte criminel constituent tous deux des actes criminels.

[10] Le ministre affirme qu'au cours de l'entrevue avec le juge de la citoyenneté, avant que la demande de citoyenneté du défendeur soit approuvée, le juge de la citoyenneté lui a demandé s'il avait déjà fait ou s'il faisait l'objet d'une enquête criminelle. Le ministre affirme de plus que le défendeur a faussement déclaré qu'il ne faisait pas l'objet d'une enquête criminelle. Par conséquent, le ministre prétend que le défendeur a

by lying to the Citizenship Judge and by knowingly concealing material circumstances from both the Citizenship Judge and from the RCMP. The Minister argues that on the uncontradicted evidence before the Court, the facts do not raise a genuine issue for trial within the meaning of subsection 216(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] (Rules). Alternatively, the Minister argues that if there is a genuine issue of law or a genuine issue with respect to a defence, the Court should find on the whole of the uncontradicted evidence the facts necessary to decide the questions of fact and law and grant summary judgment pursuant to subsection 216(3) of the Rules.

#### THE AVAILABILITY OF SUMMARY JUDGMENT IN CITIZENSHIP REVOCATION PROCEEDINGS

[11] Prior to the hearing of this motion, the attention of the parties was drawn to the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657. Counsel were requested to be prepared to argue whether summary judgment is available in reference proceedings commenced pursuant to section 18 of the Act.

[12] In response, the defendant argued that in *Obodzinsky*, the Federal Court of Appeal held that only the judge appointed to hear the reference could determine the issues raised by the reference, and that by its nature a reference is an investigative proceeding that should not be determined summarily.

[13] I have been persuaded by the submissions advanced on the Minister's behalf that in *Obodzinsky*, the Federal Court of Appeal did not find that summary judgment would never be available in the context of a revocation proceeding. In my view, the decision in *Obodzinsky* turned upon the fact that the motion for summary judgment was not heard by the judge assigned to the reference (notwithstanding that the reference was about to begin and a judge had been assigned to hear the reference), and the fact that, while on a reference the judge is to reach a conclusion upon factual issues, the judgment granted on a summary basis left unresolved the

obtenu sa citoyenneté en mentant au juge de la citoyenneté et en dissimulant intentionnellement des faits essentiels à la fois au juge de la citoyenneté et à la GRC. Le ministre soutient que, d'après la preuve non contredite dont la Cour est saisie, les faits ne soulèvent pas de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 216(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] (les Règles). Subsidièrement, le ministre fait valoir que s'il existe une véritable question de droit ou une question sérieuse permettant de présenter une défense, la Cour devrait dégager de l'ensemble de la preuve non contredite les faits nécessaires pour statuer sur les questions de fait et de droit et accorder un jugement sommaire en vertu du paragraphe 216(3) des Règles.

#### LA POSSIBILITÉ DE DEMANDER UN JUGEMENT SOMMAIRE DANS LES POURSUITES EN RÉVOCATION DE LA CITOYENNETÉ

[11] Avant l'audition de la présente requête, l'attention des parties a été attirée sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657. On a demandé aux avocats de se préparer à débattre de la question de savoir si l'on peut demander un jugement sommaire dans une procédure de renvoi fondée sur l'article 18 de la Loi.

[12] En réponse, le défendeur a fait valoir que, dans *Obodzinsky*, la Cour d'appel fédérale a conclu que seul le juge nommé pour entendre le renvoi pouvait décider des questions soulevées par le renvoi, et que par sa nature même, un renvoi est une procédure d'enquête qui ne devrait pas être décidée de façon sommaire.

[13] J'ai été convaincue par les arguments avancés au nom du ministre selon lesquels, dans l'arrêt *Obodzinsky*, la Cour d'appel fédérale n'a pas statué qu'il était impossible de demander un jugement sommaire dans le contexte d'une procédure de révocation. À mon avis, l'arrêt *Obodzinsky*, s'articule sur le fait que la requête en jugement sommaire n'avait pas été entendue par le juge du renvoi (malgré le fait que le renvoi était sur le point de commencer et qu'un juge avait été nommé pour l'entendre), et sur le fait que, même si dans un renvoi le juge doit parvenir à une conclusion en s'appuyant sur des questions de fait, le jugement prononcé

question of fact which was the subject-matter of the reference. Thus, the Court of Appeal did not conclude that summary judgment would never be available in respect of a reference under the Act. Indeed, at paragraph 17 of the reasons the Court assumed for purposes of discussion that recourse to summary judgment is not prohibited.

[14] This conclusion is consistent with the fact that paragraph 169(a) of the Rules makes all of the provisions of Part 4 of the Rules applicable to references under section 18 of the Act. Part 4 of the Rules includes the rules applicable to summary judgment. It would not have been difficult to make Part 4 of the Rules, except for the summary judgment rules, applicable to those references if that had been the intent.

[15] This conclusion that summary judgment is available on a reference under the Act is also supported by the recent decision of Mr. Justice Hugessen in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Kawash*, 2003 FCT 709; [2003] F.C.J. No. 918 (T.D.) (QL) where summary judgment was granted in respect of such a reference.

[16] While I have concluded that the decision in *Obodzinsky* does not prohibit a motion for summary judgment on a reference, I take the decision to sound a cautionary note. At the least, the order sought on summary judgment must be consistent with the nature of the reference under subsection 18(1). In the present case, I find that condition to be met. The relief sought on the motion for summary judgment is a declaration on the subject-matter of the reference. The motion for summary judgment has also been brought on a timely basis, before the reference itself has been set for hearing, as required by subsection 213(1) of the Rules.

#### THE CRITERIA FOR GRANTING SUMMARY JUDGMENT GENERALLY

[17] The Federal Court of Appeal in *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. ix affirmed that the principles which apply on a motion for summary judgment are those set out in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.). Those

sommairement ne tranchait pas la question de fait qui était l'objet du renvoi. Ainsi, la Cour d'appel n'a pas conclu qu'un jugement sommaire ne pourrait jamais être demandé dans le cadre d'un renvoi fondé sur la Loi. En fait, au paragraphe 17 de ses motifs, la Cour a présumé pour les fins de la discussion que le recours à un jugement sommaire n'est pas prohibé.

[14] Cette conclusion est conforme au fait que l'alinéa 169a) des Règles rend la totalité des dispositions de la partie 4 des Règles applicable aux renvois visés à l'article 18 de la Loi. La partie 4 des Règles inclut les règles applicables au jugement sommaire. Il n'aurait pas été difficile pour le législateur d'appliquer la partie 4 des Règles, sauf les règles du jugement sommaire, à ces renvois, si telle était son intention.

[15] Cette conclusion selon laquelle le jugement sommaire peut être demandé dans un renvoi fondé sur la Loi est également appuyée par la décision récente du juge Hugessen dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Kawash*, 2003 CFPI 709; [2003] A.C.F. n° 918 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) dans laquelle un jugement sommaire a été accordé relativement à un tel renvoi.

[16] Bien que j'aie conclu que l'arrêt *Obodzinsky* n'empêche pas le dépôt d'une requête en jugement sommaire dans le cadre d'un renvoi, j'y vois un avertissement. À tout le moins, l'ordonnance recherchée dans le cadre d'un jugement sommaire doit être compatible avec la nature du renvoi fondé sur le paragraphe 18(1). En l'espèce, j'estime que cette condition est respectée. Le redressement recherché dans la requête en jugement sommaire est une déclaration portant sur l'objet du renvoi. La requête en jugement sommaire a également été déposée en temps et lieu, avant que le renvoi lui-même soit mis au rôle, comme l'exige le paragraphe 213(1) des Règles.

#### LES CRITÈRES POUR L'OBTENTION D'UN JUGEMENT SOMMAIRE

[17] Dans l'arrêt *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174, dont l'autorisation de pourvoi a été rejetée par [2001] 2 R.C.S. ix, la Cour d'appel fédérale statuait que les principes qui s'appliquent à une requête en jugement sommaire sont ceux qui ont été énoncés dans la décision



principles, as relevant to this motion, are:

1. The purpose of summary judgment is to allow the Court to summarily dispense with cases which ought not to proceed to trial because there is no genuine issue to be tried.

2. There is no determinative test. It is not whether a party cannot possibly succeed at trial, it is whether the case is so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact at a future trial.

3. Each case should be interpreted in reference to its own contextual framework.

4. This Court may determine questions of fact and law on a motion for summary judgment if this can be done on the material before the Court.

5. On the whole of the evidence, summary judgment cannot be granted if the necessary facts cannot be found, or if it would be unjust to do so.

6. In the case of a serious issue with respect to credibility, the case should go to trial because the witnesses should be cross-examined before the trial judge. The mere existence of apparent conflict in the evidence does not preclude summary judgment. The Court should take a "hard look" at the merits and decide if there are issues of credibility to be resolved.

[18] The moving party bears the legal onus of establishing the facts necessary to obtain summary judgment. However, when that onus is met, the responding party has the evidential burden of showing that there is a genuine issue for trial. Both parties must put their best foot forward to enable the motions judge to determine whether there is an issue that should go to trial. See: *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. v. S.F. Concrete Technology, Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 88

*Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.). Ces principes, dans la mesure où ils sont pertinents à la présente requête, sont les suivants:

1. Le jugement sommaire a pour but d'autoriser la Cour à se prononcer par voie sommaire sur les affaires qu'elle n'estime pas nécessaire d'instruire parce qu'elles ne soulèvent aucune question sérieuse à instruire.

2. Il n'existe pas de critère absolu. Il ne s'agit pas de savoir si une partie n'a aucune chance d'obtenir gain de cause au procès, mais plutôt de déterminer si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée par le juge des faits dans le cadre d'un éventuel procès.

3. Chaque affaire devrait être interprétée dans le contexte qui est le sien.

4. Saisie d'une requête en jugement sommaire, cette Cour peut trancher des questions de fait et de droit si les éléments portés à sa connaissance lui permettent de le faire.

5. Le tribunal ne peut rendre le jugement sommaire demandé si l'ensemble de la preuve ne comporte pas les faits nécessaires pour lui permettre de trancher les questions de fait ou s'il estime injuste de trancher ces questions.

6. Lorsqu'une question sérieuse est soulevée au sujet de la crédibilité, le tribunal devrait instruire l'affaire parce que les témoins devraient être contre-interrogés devant le juge de la première instance. L'existence d'une apparente contradiction de preuve n'empêche pas en soi le tribunal de prononcer un jugement sommaire. Le tribunal doit «se pencher de près» sur le fond de l'affaire et décider s'il y a des questions de crédibilité à trancher.

[18] La partie qui dépose la requête a le fardeau d'établir les faits nécessaires pour obtenir le jugement sommaire. Toutefois, lorsqu'elle s'est acquittée de ce fardeau, c'est la partie adverse qui a le fardeau de démontrer qu'il y a une question sérieuse à instruire. Les deux parties doivent présenter leurs meilleurs arguments pour permettre au juge des requêtes de déterminer s'il existe une question litigieuse qui mérite d'être instruite. Voir: *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete*

(F.C.T.D.), at paragraph 12.

[19] Summary judgment should be allowed where the Court has evidence establishing the essential relevant facts such that proceeding to trial would add detail, but not significant additional evidence. See: *Pawar v. Canada*, [1999] 1 F.C. 158 (T.D.); affirmed (1999), 67 C.R.R. (2d) 284 (F.C.A.); leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. xvii.

#### WHAT IS REQUIRED AT LAW IN ORDER TO FOUND A DECLARATION UNDER PARAGRAPH 18(1)(b) OF THE ACT?

[20] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky* (2001), 196 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) Mr. Justice MacKay considered the meaning of the phrase “knowingly concealing material circumstances” as used in section 10 of the Act. He concluded, at paragraph 159, that the phrase requires that:

. . . the Court must find on evidence, and/or reasonable inference from the evidence, that the person concerned concealed circumstances material to the decision, whether he knew or did not know that they were material, with the intent of misleading the decision-maker.

[21] Materiality is to be determined in light of the significance of the information not disclosed to the decision in question.

[22] Mr. Justice MacKay further considered, relying upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Minister of Manpower and Immigration v. Brooks*, [1974] S.C.R. 850, that a misrepresentation of a material fact includes an untruth, the withholding of truthful information, or a misleading answer which has the effect of foreclosing or averting further inquiries.

[23] Mr. Justice McKeown also applied *Brooks, supra* in the context of a citizenship revocation case in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Baumgartner* (2001), 211 F.T.R. 197 (F.C.T.D.). Mr. Justice McKeown wrote as follows at paragraphs 138 through 140:

*Technology, Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 88 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 12.

[19] Le jugement sommaire devrait être accordé lorsque la Cour est saisie d'éléments de preuve qui établissent les faits essentiels pertinents, de sorte que l'instruction de la cause permettrait d'ajouter des détails, mais non de nouveaux éléments de preuve importants. Voir: *Pawar c. Canada*, [1999] 1 C.F. 158 (1<sup>re</sup> inst.); confirmé par (1999), 67 C.R.R. (2d) 284 (C.A.F.); autorisation de pourvoi refusée par [2000] 1 R.C.S. xvii.

#### CE QUE LA LOI EXIGE POUR FONDER UNE DÉCLARATION SUR L'ALINÉA 18(1)(b) DE LA LOI

[20] Dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky* (2001), 196 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge MacKay a examiné le sens de l'expression «dissimulation intentionnelle de faits essentiels» qui est utilisée à l'article 10 de la Loi. Il a conclu, au paragraphe 159, que cette expression exige:

[. . .] que la Cour conclue sur le fondement de la preuve ou par déduction raisonnable à partir de la preuve, que la personne intéressée a dissimulé des faits essentiels à la décision, qu'elle ait su ou non que ces faits étaient essentiels, avec l'intention d'induire en erreur le décideur.

[21] Le caractère essentiel doit être déterminé en fonction de l'importance des renseignements qui n'ont pas été révélés par rapport à la décision visée.

[22] Le juge MacKay a de plus conclu, en s'appuyant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Brooks*, [1974] R.C.S. 850, que la représentation inexacte d'un fait essentiel englobe une déclaration contraire à la vérité, la dissimulation d'un renseignement véridique, ou une réponse trompeuse qui a pour effet d'exclure ou d'écarter d'autres enquêtes.

[23] Le juge McKeown a également appliqué l'arrêt *Brooks*, précité, dans le contexte d'une révocation de la citoyenneté dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Baumgartner* (2001), 211 F.T.R. 197 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Le juge McKeown écrit ce qui suit aux paragraphes 138 à 140 de sa décision:

In **M.M.I. v. Brooks**, [1974] S.C.R. 850, Laskin J., writing for the Court, held that untruths or misleading answers that in effect foreclose an avenue of inquiry may be material misrepresentations, even when the further inquiry might not have discovered any independent ground of deportation. **Brooks, supra** involved allegedly false answers given by the applicant on his application for admission into Canada. At 865-73, Laskin J. stated:

. . . An answer may be both false and misleading but the statute does not demand this combination. It may be the one or the other and still fall within the prohibition. Again, since criminal punishment is not the object of the enforcement of immigration and deportation policies by means of special inquiries, I cannot be persuaded that intentional or wilful deception would be read in as a prerequisite. . .

Lest there be any doubt on the matter as a result of the Board's reasons, I would repudiate any contention or conclusion that materiality under s. 19(1)(e)(viii) requires that the untruth or the misleading information may fall short of this and yet have been an inducing factor in admission. Evidence, as was given in the present case, that certain incorrect answers would have had no influence in the admission of a person is, of course, relevant to materiality. But also relevant is whether the untruths or the misleading answers had the effect of foreclosing or averting further inquiries, even if those inquiries might not have turned up any independent ground of deportation.

The Minister brought to the Court's attention various cases that followed the principle enunciated in **Brooks, supra**, including the decision in **Hilario v. M.M.I.**, [1978] 1 F.C. 697 (T.D.); **Khamsei v. M.E.I.**, [1981] 1 F.C. 222 (F.C.A.); **Juayong v. M.E.I.** (1988), 99 N.R. 78 (F.C.A.); **Okwe v. M.E.I.** (1991), 136 N.R. 261 (F.C.A.); and **Mohammed v. Canada (M.C.I.)**, [1997] F.C.J. No. 605 (Q.L.). In not admitting that he was a concentration camp guard during the war, the applicant effectively prevented any questioning by the immigration officials (both the Immigration Officer and the Visa Control Officer) regarding the particulars of that service. Thus, it would have been impossible for the authorities to question him on what acts he had committed as a concentration

Dans l'arrêt **M.M.I. c. Brooks**, [1974] R.C.S. 850, M. le juge Laskin, au nom de la Cour, a statué que les déclarations contraires à la vérité ou les réponses trompeuses qui excluent en fait la tenue d'une enquête peuvent constituer de fausses déclarations essentielles, même si aucun motif indépendant d'expulsion n'était découvert par suite de cette enquête. Dans l'affaire **Brooks, précitée**, le demandeur avait censé donné des réponses fausses dans la demande qu'il avait présentée en vue d'être admis au Canada. Aux pages 865 et 873, le juge Laskin a dit ce qui suit:

[ . . . ] Une réponse peut être à la fois fausse et trompeuse mais la loi ne demande pas que ces deux éléments soient réunis. Il peut s'agir de l'un ou de l'autre et l'interdiction peut s'appliquer quand même à la réponse. Aussi, puisque l'exécution des politiques d'immigration et d'expulsion au moyen d'enquêtes spéciales n'entraîne pas de peines criminelles, je ne puis me convaincre que la tromperie intentionnelle ou volontaire devrait être considérée comme une condition préalable. [ . . . ]

Afin d'éliminer tout doute à ce sujet résultant des motifs de la Commission, je rejetterais toute prétention ou conclusion selon laquelle, pour qu'il y ait caractère important sous le régime du sous-al. (viii) de l'al. e) du paragr. (1) de l'art. 19, la déclaration contraire à la vérité ou le renseignement trompeur donnés dans une réponse ou des réponses doivent être de nature à avoir caché un motif indépendant d'expulsion. La déclaration contraire à la vérité ou le renseignement trompeur peuvent ne pas avoir semblable effet et, cependant, avoir été des facteurs qui ont déterminé l'admission. La preuve faite en l'espèce suivant laquelle certaines réponses inexactes n'auraient eu aucun effet sur l'admission d'une personne, est évidemment pertinente quant à la question du caractère important. Mais est aussi pertinente la question de savoir si les déclarations contraires à la vérité ou les réponses trompeuses ont eu pour effet d'exclure ou d'écarter d'autres enquêtes, même si aucun motif indépendant d'expulsion n'eût été découvert par suite de ces enquêtes.

Le ministre a attiré l'attention de la Cour sur diverses décisions dans lesquelles on avait suivi le principe énoncé dans l'arrêt **Brooks, précité**, y compris les décisions **Hilario c. M.M.I.**, [1978] 1 C.F. 697 (1<sup>re</sup> inst.); **Khamsei c. M.E.I.**, [1981] 1 C.F. 222 (C.A.F.); **Juayong c. M.E.I.** (1988), 99 N.R. 78 (C.A.F.); **Okwe c. M.E.I.** (1991), 136 N.R. 261 (C.A.F.); et **Mohammed c. Canada (M.C.I.)**, [1997] A.C.F. n° 605 (Q.L.). En n'admettant pas qu'il avait été garde dans un camp de concentration pendant la guerre, le défendeur a effectivement empêché les responsables de l'immigration (l'agent d'immigration et l'agent de contrôle des visas) de lui demander des renseignements au sujet de son service. Il aurait donc été impossible pour les autorités de

camp guard, some of which may have rendered him inadmissible as an “offender” or “major offender” under the criteria established by the Security Panel at its May 15, 1952 meeting. I note that the Defendant submits that there was no duty of candour placed on Mr. Baumgartner at the time of his immigration interview, as per the decision of this Court in *Secretary of State v. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267. I agree with this submission, but find that it is irrelevant in the present case, as Mr. Baumgartner himself testified that he was indeed asked about his military involvement during his immigration interviews in March, 1953.

The Defendant submits at page 24, paragraph 50 of the Defendant’s written submissions that:

It cannot be inferred that the mere entry of Mr. Baumgartner into Canada was a result of a fraud unless the Court is satisfied that he would have necessarily been refused entry had his true situation been known which, in turn requires proof that the applicable rejection criteria, whatever that may have been, would have required the rejection of the Defendant.

However, as I already stated, it is not necessary to establish that Mr. Baumgartner would have been refused entry due to misrepresentation, but only that he withheld a material piece of information and thereby may have made it impossible for the Immigration Officers and the security officer to pursue an avenue of inquiry that may have revealed that Mr. Baumgartner was indeed inadmissible according to the Security Panel’s May, 1952 policy and the corresponding “Reasons for Rejection” criteria. As the case law cited above demonstrates, and contrary to the submissions of the Defendant, the Minister is not required to show in her pleadings that specified misrepresentations resulted in the landing of Mr. Baumgartner. Mr. Baumgartner, in not disclosing that he served as a concentration camp guard, circumvented an inquiry regarding the specific acts that he may have committed and the nature of his service in that capacity. Such inquiry may have uncovered information that would have rendered Mr. Baumgartner inadmissible. Thus, when Mr. Baumgartner failed to disclose his role as a concentration camp guard when he was asked about his military service during his March, 1953 interviews with Canadian officials, he committed a material misrepresentation which lead to his becoming landed in Canada and, later, to his obtaining Canadian Citizenship. [Underlining added.]

questionner le défendeur au sujet des actes qu’il avait commis à titre de garde de camp de concentration, certains de ces actes ayant pour effet de le rendre non admissible en tant que [TRADUCTION] «criminel» ou en tant que [TRADUCTION] «criminel important» selon les critères établis par le Conseil de sécurité lors de la réunion du 15 mai 1952. Je note que le défendeur soutient qu’il n’avait aucune obligation de se montrer honnête au moment de l’entrevue qu’il a eue aux fins de l’immigration, selon la décision que la Cour a rendue dans l’affaire *Secrétaire d’État c. Luitjens* (1991), 46 F.T.R. 267. Je souscris à cette prétention, mais je conclus que cela n’est pas pertinent en l’espèce puisque M. Baumgartner a lui-même témoigné qu’on lui avait de fait posé des questions au sujet de sa participation militaire au cours des entrevues qui ont eu lieu au mois de mars 1953.

Le défendeur déclare ce qui suit, à la page 24, paragraphe 50 des arguments écrits:

[TRADUCTION] Il ne peut pas être inféré que la simple entrée de M. Baumgartner au Canada résultait d’une fraude à moins que la Cour ne soit convaincue que M. Baumgartner se serait nécessairement vu refuser l’entrée si sa situation véritable avait été connue, ce qui de son côté exige une preuve montrant que les critères de refoulement applicables, quels qu’ils aient été, exigeaient le refoulement du défendeur.

Toutefois, comme il en a déjà été fait mention, il n’est pas nécessaire d’établir que M. Baumgartner se serait vu refuser l’entrée à cause d’une fausse déclaration, mais uniquement qu’il n’a pas divulgué des éléments essentiels d’information de sorte qu’il était peut-être impossible pour les agents d’immigration et pour l’agent de sécurité de mener une enquête qui aurait peut-être révélé que M. Baumgartner n’était pas admissible selon la politique établie par le Conseil de sécurité au mois de mai 1952 et les [TRADUCTION] «Motifs de refoulement» connexes. Comme le démontrent les arrêts qui ont été cités, et contrairement aux arguments du défendeur, le ministre n’était pas tenu de démontrer, dans ses actes de procédure, que des fausses déclarations précises avaient permis à M. Baumgartner d’obtenir le droit d’établissement. En ne divulguant pas qu’il avait servi comme garde de camp de concentration, M. Baumgartner s’est soustrait à une enquête au sujet des actes précis qu’il avait pu commettre et de la nature de son service en cette qualité. Pareille enquête aurait peut-être permis de découvrir des renseignements qui auraient eu pour effet de rendre M. Baumgartner non admissible. Par conséquent, en omettant de divulguer le rôle qu’il avait eu à titre de garde de camp de concentration lorsque les responsables canadiens lui avaient posé des questions au sujet de son service militaire pendant les entrevues au mois de mars 1953, M. Baumgartner avait fait une fausse déclaration essentielle qui lui a permis d’obtenir le droit d’établissement

[24] Thus, as a matter of law, an untruth or a misleading answer which has the effect of foreclosing or averting further inquiries may be a misrepresentation within the meaning of the Act.

[25] The standard of proof to be applied in a reference under the Act is the civil standard of proof on a balance of probabilities. However, the evidence must be scrutinized with greater care because of the seriousness of the allegations and the severe consequences of revocation of citizenship. See: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Coomar* (1998), 159 F.T.R. 37 (F.C.T.D.), at paragraph 10.

[26] More must be established than a technical transgression of the Act. Innocent misrepresentations are not to result in the revocation of citizenship. See: *Canada (Minister of Multiculturalism and Citizenship) v. Minhas* (1993), 66 F.T.R. 155 (F.C.T.D.).

#### APPLICATION OF THESE PRINCIPLES TO THE CASE AT BAR

(i) The alleged misrepresentation to the Citizenship Judge

[27] The Citizenship Judge who allowed the defendant's application for citizenship swore an affidavit in this proceeding in which she waives any claim to privilege that she may have in her capacity as a former Citizenship Judge. She swears to having a clear recollection of the defendant's interview. She says that, in accordance with her usual practice, she asked the defendant whether he had been under a past or present criminal investigation. She swears that her exact words were "have you ever in the past or are you presently under any kind of criminal investigation past or present?" She swears that the defendant answered "no" to that question. The Citizenship Judge further swears that if the defendant had answered "yes" to the question, she would not have allowed him to sign the attestation or to take the oath of citizenship. She would have inquired as to what kind of offence was being investigated, since

au Canada et d'acquérir par la suite la citoyenneté canadienne.  
[Non souligné dans l'original.]

[24] Ainsi donc, en droit, une déclaration contraire à la vérité ou une réponse trompeuse qui a pour effet d'exclure ou d'écarter d'autres enquêtes peut constituer une fausse déclaration au sens de la Loi.

[25] La norme de preuve qui est applicable dans un renvoi fondé sur la Loi est la norme de preuve en matière civile, c'est-à-dire la probabilité la plus forte. Toutefois, la preuve doit être examinée avec le plus grand soin en raison de la gravité des allégations et des conséquences graves qu'implique la révocation de la citoyenneté. Voir: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Coomar* (1998), 159 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 10.

[26] Il faut établir davantage qu'une transgression technique de la Loi. Une fausse déclaration faite innocemment ne doit pas entraîner la révocation de la citoyenneté. Voir: *Canada (Ministre du Multiculturalisme et de la Citoyenneté) c. Minhas* (1993), 66 F.T.R. 155 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

#### APPLICATION DE CES PRINCIPES À L'ESPÈCE

(i) La fausse déclaration alléguée à la juge de la citoyenneté

[27] La juge de la citoyenneté qui a accueilli la demande de citoyenneté du défendeur a signé sous serment un affidavit pour les fins de la présente instance dans lequel elle renonce à tout privilège qu'elle pourrait invoquer en sa qualité d'ancienne juge de la citoyenneté. Elle jure se rappeler clairement de l'entrevue avec le défendeur. Conformément à son habitude, elle dit avoir demandé au défendeur s'il avait déjà fait ou s'il faisait l'objet d'une enquête criminelle. Elle déclare que ses mots exacts ont été les suivants: [TRADUCTION] «Avez-vous déjà fait dans le passé l'objet d'une enquête criminelle de quelque type que ce soit, ou en faites-vous l'objet actuellement?». Elle déclare que le défendeur lui a répondu par la négative. La juge de la citoyenneté déclare de plus que si le défendeur avait répondu affirmativement à la question, elle ne l'aurait pas autorisé à signer l'attestation ni à prêter le serment de

being charged with an indictable offence would have prohibited the defendant from taking the oath and becoming a citizen.

[28] As noted above, the defendant has also sworn an affidavit in this proceeding. In his affidavit the defendant takes significant issue with the Citizenship Judge's version of events. He swears that the Citizenship Judge did ask him if he "had any problems" with the RCMP, and he asked her to clarify what she meant by that. She clarified the question to mean "have you been charged with any criminal offence?". He told her that he had not been charged with an offence, which was, at the time, true. The defendant denies being asked whether he was presently under any kind of criminal investigation.

[29] Neither deponent was cross-examined on their affidavit.

[30] On the Minister's behalf, it is asserted that despite this conflict in the evidence, there is no genuine issue on this point because the defendant is not credible. He has, the Minister argues, in the past given false evidence under oath. In consequence, no serious issue with respect to credibility is said to exist.

[31] I respectfully disagree. I have taken the requisite "hard look" at the conflicting affidavits and am of the view that if this issue must be determined, that determination must occur after the parties are cross-examined under oath before the trier of fact. In my view, a genuine issue exists as to whether the defendant lied to the Citizenship Judge so as to obtain his citizenship by false representation.

(ii) The alleged misrepresentation or knowing concealment to the RCMP

[32] As a result of paragraph 22(1)(b) of the Act, whether the defendant was charged with an indictable

citoyenneté. Elle aurait fait enquête sur le type d'infraction ayant fait l'objet de l'enquête, étant donné que le fait d'être accusé d'un acte criminel aurait empêché le défendeur de prêter le serment et de devenir citoyen.

[28] Comme on l'a indiqué ci-dessus, le défendeur a également signé sous serment un affidavit dans la présente instance. Dans cet affidavit, il conteste avec force la version des faits donnée par la juge de la citoyenneté. Il déclare qu'elle lui a effectivement demandé s'il avait [TRADUCTION] «eu des problèmes» avec la GRC, et qu'il lui a demandé de préciser ce qu'elle voulait dire par cette expression. Elle a indiqué que la question signifiait [TRADUCTION] «Avez-vous déjà été accusé d'un acte criminel?». Il lui a dit qu'il n'avait été accusé d'aucune infraction, ce qui, à l'époque, était vrai. Le défendeur nie qu'on lui a demandé s'il faisait à ce moment-là l'objet d'une enquête criminelle de quelque type que ce soit.

[29] Ni la juge de la citoyenneté ni le défendeur n'ont été contre-interrogés au sujet de leur affidavit.

[30] Au nom du ministre, on affirme que malgré cette contradiction de la preuve, il n'y a pas de véritable question litigieuse sur ce point parce que le défendeur n'est pas crédible. Le ministre fait valoir qu'il a par le passé fait sous serment un faux témoignage. Par conséquent, on ne peut dire qu'il existe une question sérieuse au sujet de la crédibilité.

[31] En tout respect, je ne peux souscrire à cette prétention. Je me suis «penchée de près» sur les affidavits contradictoires et je suis d'avis que si cette question doit être tranchée, la décision doit être rendue après que les parties auront été contre-interrogées sous serment devant le juge des faits. À mon avis, il y a une véritable question litigieuse quant à savoir si le défendeur a menti à la juge de la citoyenneté en vue d'obtenir sa citoyenneté au moyen d'une fausse déclaration.

(ii) La fausse déclaration alléguée ou la dissimulation intentionnelle à la GRC

[32] Par application de l'alinéa 22(1)(b) de la Loi, la question de savoir si le défendeur avait été accusé d'un

offence on February 5, 1993 when he took the oath of citizenship and was granted citizenship, is a material fact.

[33] Three months before that date, on November 6, 1992, the defendant became aware of the allegations made against him by the victim of the sexual assault he had committed. The defendant's evidence of what he did as a result of his knowledge of the complaint and investigation is important. The defendant, in his affidavit filed in opposition to this motion, swears that:

5. I was first made aware of the allegations against me on November 6, 1992. I was interviewed by the RCMP on November 9, 1992, in the presence of my counsel, Brad Hunter. At the time, I denied my involvement in the offences. I did not want to be convicted of the offences and I was not willing to accept responsibility for the offences at that time. I now accept responsibility for my actions.

6. I also attempted to clear myself of the allegations by providing a false blood sample to the police. This was an offence of attempting to obstruct the course of justice by providing false evidence contrary to Section 139(2) of the *Criminal Code*.

7. My goal at the time was to avoid prosecution for the offences that occurred on October 31, 1992. I would not have provided a sample of my own blood at that time because I knew that it would incriminate me.

[34] The defendant therefore admits to providing a false blood sample to avoid prosecution and to "clear himself". It is also admitted by the defendant that he committed the offence of attempting to obstruct the course of justice by providing false evidence.

[35] Sgt. Haanstra of the RCMP also filed an affidavit in support of the Minister's motion for summary judgment. In it, he swears that he was the lead investigator into the criminal charges that led to the defendant's criminal conviction. Sgt. Haanstra swears that:

5. On November 6, 1992 RCMP Cst. Pattyson and I first contacted the Defendant. We met with him and conducted a

acte criminel le 5 février 1993 quand il a prêté le serment de citoyenneté et qu'il a obtenu la citoyenneté, constitue un fait essentiel.

[33] Trois mois avant cette date, soit le 6 novembre 1992, le défendeur a été informé des allégations qui avaient été portées contre lui par la victime de l'agression sexuelle qu'il avait commise. La déposition du défendeur indiquant ce qu'il a fait après avoir été informé de la plainte et de l'enquête est importante. Dans son affidavit déposé à l'encontre de la présente requête, le défendeur déclare sous serment ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. J'ai d'abord été informé des allégations portées contre moi le 6 novembre 1992. J'ai été interrogé par la GRC le 9 novembre 1992, en présence de mon avocat, Brad Hunter. À l'époque, j'ai nié ma participation aux infractions. Je ne voulais pas être reconnu coupable des infractions et je n'étais pas disposé à assumer ma responsabilité pour ces infractions à l'époque. J'accepte maintenant la responsabilité de mes gestes.

6. J'ai également essayé de me disculper des allégations en fournissant un échantillon de sang frauduleux à la police. Cela constitue une infraction que d'essayer d'entraver le cours de la justice en donnant de faux éléments de preuve, contrairement au paragraphe 139(2) du *Code criminel*.

7. À l'époque, mon but était d'éviter d'être poursuivi pour les infractions qui ont été commises le 31 octobre 1992. Je ne voulais pas donner d'échantillon de mon propre sang à l'époque parce que je savais que cela m'incriminerait.

[34] Le défendeur admet donc avoir fourni un échantillon de sang frauduleux pour éviter d'être poursuivi et pour se [TRADUCTION] «disculper». Il admet également avoir commis l'infraction qui consiste à essayer d'entraver le cours de la justice en fournissant une fausse preuve.

[35] Le sergent Haanstra de la GRC a également déposé un affidavit à l'appui de la requête du ministre en jugement sommaire. Dans cet affidavit, il déclare sous serment qu'il était l'enquêteur principal dans les accusations criminelles qui ont mené à la condamnation au criminel du défendeur. Le sergent Haanstra a déclaré sous serment ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Le 6 novembre 1992, le gendarme Pattyson de la GRC et moi-même avons tout d'abord communiqué avec

short interview regarding the allegations made by C.F. The Defendant asked to speak to his lawyer and the interview concluded. The Defendant knew or ought to have known that as of November 6, 1992 he was the subject of a criminal investigation.

6. On the afternoon of November 6, 1992 I am advised and believe that then counsel for the defendant, Brad Hunter, contacted Cst. Pattyson and arranged to interview the Defendant on November 9, 1992. I attended the interview with the Defendant and Mr. Hunter. The Defendant gave a written statement denying his involvement. When that was done, I asked the Defendant if he was prepared to provide blood and hair samples. Mr. Hunter advised that they would respond to that request at a later date.

7. On November 11, 1992 I am advised and believe that Mr. Hunter contacted Cst. Pattyson. Mr. Hunter said that if the Defendant agreed to provide a blood sample, he and the Defendant would want to be given some of the semen sample obtained from C.F. in order to conduct their own DNA test using independent experts.

8. On November 16, 1992, I am advised and believe that Mr. Hunter telephoned Cst. Bevans, another Kipling Detachment RCMP member. Mr. Hunter said that the Defendant was conditionally prepared to provide a blood sample that day.

9. I had concluded after my interview with the Defendant on November 9, 1992 that there were reasonable and probable grounds with which to charge the defendant for sexual assault pursuant to section 271 of the *Criminal Code*. On December 21, 1992 I contacted Steve Connelly, Regional Crown counsel in Regina, to see if he had any objections about my doing so. He said that he had already told the Defendant's counsel that no charges would be laid until after DNA test results by an independent laboratory had been received.

...

11. I am advised and believe that on November 17, 1992 some of the Defendant's false blood sample, along with some of the semen sample taken from C.F., was forwarded to the RCMP Crime lab in Regina for DNA analysis. I am further advised and believe that on December 16, 1992 the Crime lab in Regina forwarded some of both samples to an independent lab in Greensboro, North Carolina as the Defendant's then counsel had requested.

le défendeur. Nous l'avons rencontré et l'avons brièvement interrogé concernant les allégations déposées par C.F. Le défendeur a demandé à parler à son avocat et l'entrevue a pris fin. Le défendeur savait ou aurait dû savoir qu'à compter du 6 novembre 1992 il faisait l'objet d'une enquête criminelle.

6. L'après-midi du 6 novembre 1992, j'ai été informé et je crois que l'avocat qui représentait alors le défendeur, Brad Hunter, a communiqué avec le gendarme Pattyson et a pris les mesures pour que le défendeur soit interrogé le 9 novembre 1992. J'ai assisté à l'interrogatoire avec le défendeur et M. Hunter. Le défendeur a donné une déclaration écrite niant sa participation. Après, je lui ai demandé s'il était disposé à fournir des échantillons de sang et de cheveu. M. Hunter a répondu qu'ils répondraient à cette demande plus tard.

7. Le 11 novembre 1992, j'ai été informé et je crois que M. Hunter a communiqué avec le gendarme Pattyson. M. Hunter a dit que si le défendeur acceptait de fournir un échantillon de sang, lui-même et son client souhaiteraient obtenir une partie de l'échantillon de sperme prélevé sur C.F. afin d'effectuer leur propre test d'ADN en retenant les services d'experts indépendants.

8. Le 16 novembre 1992, j'ai été informé et je crois que M. Hunter a téléphoné au gendarme Bevans, un autre membre du Détachement Kipling de la GRC. M. Hunter a déclaré que le défendeur était prêt, moyennant certaines conditions, à fournir un échantillon de sang ce jour-là.

9. Après mon entrevue avec le défendeur le 9 novembre 1992, j'ai conclu qu'il existait des motifs raisonnables et probables suffisants pour l'accuser d'agression sexuelle en vertu de l'article 271 du *Code criminel*. Le 21 décembre 1992, j'ai communiqué avec Steve Connelly, avocat de la Couronne au bureau régional de Regina, pour vérifier s'il avait objection à ce que je porte ces accusations. Il m'a répondu qu'il avait déjà dit à l'avocat du défendeur qu'aucune accusation ne serait portée tant que les résultats du test d'ADN, effectué par un laboratoire indépendant, ne seraient pas reçus.

[. . .]

11. J'ai été informé et je crois que, le 17 novembre 1992, une partie de l'échantillon de sang frauduleux du défendeur, de même qu'une partie de l'échantillon de sperme prélevé sur C.F., ont été expédiées au laboratoire médico-légal de la GRC à Regina pour une analyse d'ADN. J'ai de plus été informé et je crois que, le 16 décembre 1992, le laboratoire médico-légal de Regina a fait parvenir une partie de ces deux échantillons à un laboratoire indépendant à Greensboro (Caroline du Nord), comme l'avocat qui représentait à l'époque le défendeur l'avait demandé.



12. On January 18, 1993 the Defendant's then counsel received a forensic case report of the DNA test dated January 15, 1993 from the independent lab. On January 25, 1993 we received a copy [of] the same report at the Kipling Detachment. It showed that the false blood sample taken from the Defendant on November 16, 1992 did not match the DNA sample of semen taken from C.F. Attached and marked as Exhibit "C" to this affidavit is a copy of the forensic case test report.

13. On June 15, 1993 the Kipling RCMP detachment also received confirmation from the RCMP crime lab in Ottawa that there was no DNA match from the false blood sample the Defendant gave on November 16, 1992.

[36] Sgt. Haanstra was not cross-examined on that evidence, and his evidence is not contradicted by any other evidence.

[37] I find on this evidence, as a fact, that by knowingly providing a false blood sample for the purpose of avoiding criminal prosecution, the defendant foreclosed at that time further inquiry by police officers. He also foreclosed being charged with the indictable offence of sexual assault in December of 1992. Sgt. Haanstra's evidence is uncontradicted that he had concluded that there were reasonable and probable grounds with which to charge the defendant. Sgt. Haanstra was dissuaded from doing so on December 21, 1992 because the defendant had provided a blood sample and Crown counsel had agreed with the defendant's counsel that no charge would be laid until the DNA test results were received. The defendant only agreed to provide a blood sample for testing because he knew it would not incriminate him. But for providing the false blood sample, the defendant would have been charged prior to February 5, 1993.

[38] On the defendant's behalf it is argued that a serious issue exists as to whether he would have been charged before February 5, 1993 because he argues that Sgt. Haanstra was not responsible for deciding if, or when, charges would be laid. Responsibility for that

12. Le 18 janvier 1993, l'avocat qui représentait alors le défendeur a reçu le rapport médico-légal du test d'ADN en date du 15 janvier 1993, du laboratoire indépendant. Le 25 janvier 1993, nous avons reçu une copie du même rapport au Détachement Kipling. Ce rapport indiquait que l'échantillon de sang frauduleux prélevé sur le défendeur le 16 novembre 1992 ne correspondait pas à l'ADN de l'échantillon de sperme prélevé sur C.F. À la Pièce C du présent affidavit, on trouve une copie du rapport médico-légal en question.

13. Le 15 juin 1993, le Détachement Kipling de la GRC a également reçu confirmation du laboratoire médico-légal de la GRC à Ottawa qu'il n'y avait pas de correspondance avec l'ADN de l'échantillon de sang frauduleux que le défendeur avait donné le 16 novembre 1992.

[36] Le sergent Haanstra n'a pas été contre-interrogé sur cette déposition, et celle-ci n'est contredite par aucune autre preuve.

[37] Le fait que je dégage de cette preuve c'est qu'en donnant sciemment un échantillon de sang frauduleux afin d'éviter des poursuites criminelles, le défendeur a fait obstacle à cette époque à la tenue de toute autre enquête par les agents de police. Il a également fait en sorte d'exclure toute accusation d'agression sexuelle en décembre 1992, c'est-à-dire une accusation d'acte criminel. La déposition du sergent Haanstra n'est pas contredite sur le fait qu'il en est arrivé à la conclusion qu'il existait des motifs raisonnables et probables suffisants pour porter des accusations contre le défendeur. Le sergent Haanstra a été dissuadé d'agir de la sorte le 21 décembre 1992, parce que le défendeur avait fourni un échantillon de sang et que les avocats de la Couronne avaient convenu avec l'avocat du défendeur de ne porter aucune accusation tant que les résultats du test d'ADN ne seraient pas reçus. Le défendeur n'a accepté de fournir un échantillon de sang pour les fins du test que parce qu'il savait que cela ne l'incriminerait pas. Mais s'il n'avait pas donné cet échantillon de sang frauduleux, le défendeur aurait été accusé avant le 5 février 1993.

[38] Au nom du défendeur, on fait valoir qu'il existe une véritable question litigieuse quant à savoir s'il aurait été accusé avant le 5 février 1993, parce qu'il prétend qu'il n'était pas du ressort du sergent Haanstra de décider si, ou quand, des accusations pouvaient être

decision is said to have rested with regional Crown counsel.

[39] In my view, there is no evidentiary foundation for this argument. There is no evidence that Sgt. Haanstra required the consent of Crown counsel to charge the defendant. The evidence is only that Sgt. Haanstra called Crown counsel to see if there was any objection to a charge being laid. The only evidence of a basis for objection on the part of Crown counsel is the agreement that he made with the defendant's counsel not to charge the defendant until the DNA test results were received. This agreement was made only as a result of the provision of the false blood sample by the defendant, which the defendant gave only because he knew it would not incriminate him.

[40] The defendant also argues that a peace officer has no authority, as a matter of law, to charge a person. It is said that there is a "huge hole" in the evidence with respect to Sgt. Haanstra's authority, and it is not clear on the evidence what process leads to a charge. Further, it is said that the *Criminal Code* does not define what is a "charge". Reliance is also placed upon section 507 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 78; S.C. 1994, c. 44, s. 43; 2002, c. 13, s. 21] of the *Criminal Code*.

[41] With respect, I am not satisfied that the charging process is as arcane as suggested on the defendant's behalf. Further, it is in largest part a matter of law.

[42] In Salhany on *Canadian Criminal Procedure* (6th edition) (looseleaf), at paragraph 3.680 the learned author writes:

In Canada, the prosecution of someone accused of a criminal offence is generally initiated by the laying of an information before a justice of the peace. Anyone who, on reasonable grounds, believes that a person has committed an indictable offence may lay an information in writing and under oath before the justice. The expression "to lay an information" means essentially no more than to present an accusation in writing before a justice of the peace (*i.e.*, to lay the information

portées. La responsabilité de cette décision est censée incomber à l'avocat de la Couronne au bureau régional.

[39] À mon avis, la preuve ne fournit pas de fondement à cet argument. Aucun élément de preuve n'indique que le sergent Haanstra avait besoin du consentement des avocats de la Couronne pour accuser le défendeur. La preuve indique seulement que le sergent Haanstra a téléphoné aux avocats de la Couronne pour vérifier s'ils s'opposaient à ce qu'une accusation soit déposée. La seule preuve d'objection de la part des avocats de la Couronne était fondée sur l'entente qu'ils avaient prise avec l'avocat du défendeur de ne pas accuser ce dernier tant que les résultats du test d'ADN ne seraient pas connus. Cette entente a été prise uniquement parce que le défendeur a accepté de donner un échantillon de sang frauduleux, et qu'il n'a donné celui-ci que parce qu'il savait que cela ne l'incriminerait pas.

[40] Le défendeur fait également valoir qu'un agent de la paix n'a pas le pouvoir, en droit, d'accuser une personne. Il prétend qu'il y a une [TRADUCTION] «grosse lacune» dans la preuve concernant le pouvoir du sergent Haanstra à cet égard et que la preuve n'indique pas clairement la formalité à suivre pour porter des accusations. En outre, on prétend que le *Code criminel* ne définit pas ce qu'est une «accusation». L'article 507 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 78; L.C. 1994, ch. 44, art. 43; 2002, ch. 13, art. 21] du *Code criminel* a également été invoqué.

[41] Je ne suis pas convaincue que la formalité pour déposer des accusations soit aussi mystérieuse que ce que laisse entendre le défendeur. En outre, c'est en grande partie une question de droit.

[42] Dans l'ouvrage de Salhany intitulé *Canadian Criminal Procedure* (6<sup>e</sup> édition) (feuilles mobiles), au paragraphe 3.680, l'auteur écrit ceci:

[TRADUCTION] Au Canada, pour qu'une personne accusée d'un acte criminel puisse être poursuivie, il faut généralement qu'une dénonciation soit faite devant un juge de paix. Quiconque croit, pour des motifs raisonnables, qu'une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation par écrit et sous serment devant un juge de paix. L'expression «faire une dénonciation» ne signifie essentiellement rien de plus que porter une accusation par écrit

before him) for his signature. [Footnotes and citations omitted.]

[43] Section 504 of the *Criminal Code* is as follows:

**504.** Any one who, on reasonable grounds, believes that a person has committed an indictable offence may lay an information in writing and under oath before a justice, and the justice shall receive the information, where it is alleged

(a) that the person has committed, anywhere, an indictable offence that may be tried in the province in which the justice resides, and that the person

(i) is or is believed to be, or

(ii) resides or is believed to reside,

within the territorial jurisdiction of the justice;

(b) that the person, wherever he may be, has committed an indictable offence within the territorial jurisdiction of the justice;

(c) that the person has, anywhere, unlawfully received property that was unlawfully obtained within the territorial jurisdiction of the justice; or

(d) that the person has in his possession stolen property within the territorial jurisdiction of the justice.

[44] The Ontario Court of Appeal has held with respect to the predecessor of section 504 of the *Criminal Code* that:

I am of the view that in s. 439 [the predecessor to section 504] the word “receive” means that the Justice shall not reject a complaint which is in writing and which complies with the conditions set out in that section. The complaint or details of the alleged offence are reduced to writing and when sworn to by the Justice of the Peace constitute an information. On the swearing of the written complaint the information is “laid” and becomes the first step or commencement of criminal proceedings.

See: *Regina v. Southwick, Ex parte Gilbert Steel Ltd.*, [1967] 2 O.R. 428 (C.A.), at page 430.

[45] In my view, this puts beyond doubt the ability of Sgt. Haanstra to lay an information, and thus commence criminal proceeding in respect of an indictable offence.

devant un juge de paix (c’est-à-dire faire une dénonciation devant lui) aux fins d’obtenir sa signature. [Renvois et citations omis.]

[43] L’article 504 du *Code criminel* est rédigé dans les termes suivants:

**504.** Quiconque croit, pour des motifs raisonnables, qu’une personne a commis un acte criminel peut faire une dénonciation par écrit et sous serment devant un juge de paix, et celui-ci doit recevoir la dénonciation, s’il est allégué, selon le cas:

a) que la personne a commis, en quelque lieu que ce soit, un acte criminel qui peut être jugé dans la province où réside le juge de paix et que la personne:

(i) ou bien se trouve ou est présumée se trouver,

(ii) ou bien réside ou est présumé résider,

dans le ressort du juge de paix;

b) que la personne, en quelque lieu qu’elle puisse être, a commis un acte criminel dans le ressort du juge de paix;

c) que la personne a illégalement reçu, en quelque lieu que ce soit, des biens qui ont été illégalement obtenus dans le ressort du juge de paix; ou

d) que la personne a en sa possession, dans le ressort du juge de paix, des biens volés.

[44] La Cour d’appel de l’Ontario a statué ce qui suit, pour ce qui concerne l’article qui précédait l’article 504 du *Code criminel*:

[TRADUCTION] Je suis d’avis qu’à l’article 439 [le prédécesseur de l’article 504] le mot «recevoir» signifie que le juge ne peut rejeter une plainte qui est faite par écrit et qui respecte les conditions énoncées dans cet article. La plainte ou les détails de l’infraction alléguée sont consignés par écrit et quand ils sont établis sous serment devant le juge de paix, ils constituent une dénonciation. Au moment où la plainte écrite est faite sous serment, la dénonciation est «reçue» et devient la première étape ou le commencement de la poursuite criminelle.

Voir: *Regina v. Southwick, Ex parte Gilbert Steel Ltd.*, [1967] 2 O.R. 428 (C.A.), à la page 430.

[45] À mon avis, cela établit hors de tout doute le pouvoir du sergent Haanstra de faire une dénonciation, et ainsi d’engager une procédure criminelle concernant un acte criminel.

[46] To the extent section 507 of the *Criminal Code* is relied upon, this section deals with a subsequent step in the prosecution with respect to either issuing a summons or a warrant for arrest. It does not limit the right of any person to lay an information in writing.

[47] Finally, the defendant relies upon the decision of this Court in *Minhas, supra* to argue that the Minister must establish that the defendant misrepresented pertinent facts with the intent to deceive and to obtain his citizenship on the basis of those false representations. In my view, *Minhas* is distinguishable. There is nothing in the reasons of the Court to show that in that case Mr. Minhas did anything to deceive authorities. He simply did not volunteer that he had been charged with an offence. This is distinguishable from the present case because of the evidence that the defendant actively deceived authorities by providing a false blood sample to thwart the investigation and charging process.

[48] For these reasons, I am satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant provided a false blood sample to the RCMP. This constituted the making of a false representation to, and the knowing concealment of a material circumstance from, the RCMP. The false representation was that the blood sample was that of the defendant. The defendant knowingly concealed the material circumstance that it was someone else's blood contained in a rubber tube inserted in his arm under his skin. Through the making of this false representation and/or the knowing concealment of a material circumstance, the defendant circumvented any further police inquiry which would likely have led to criminal charges. This, in turn, would have rendered him ineligible for citizenship. Through the making of the false representation and/or the knowing concealment he was able to tell the Citizenship Judge that he had not been charged with an offence.

[49] There is no genuine issue to be tried with respect to the existence of these facts or the legal conclusions which flow from those facts. The motion for summary judgment will therefore be allowed on this basis.

[46] Concernant l'article 507 du *Code criminel* sur lequel on s'appuie, cet article traite d'une étape subséquente dans la poursuite qui consiste à délivrer une sommation ou un mandat d'arrestation. Il ne limite pas le droit d'une personne de faire une dénonciation par écrit.

[47] Finalement, le défendeur s'appuie sur la décision de cette Cour dans *Minhas*, précitée, pour soutenir que le ministre doit prouver que le défendeur a fait de fausses déclarations au sujet des faits pertinents avec l'intention de tromper et d'obtenir sa citoyenneté sur la base de ces fausses déclarations. À mon avis, il faut établir une distinction avec la décision *Minhas*. Il n'y a rien dans les motifs de la Cour qui permette d'affirmer que M. Minhas avait l'intention de tromper les autorités. Il n'a tout simplement pas indiqué volontairement qu'il avait été accusé d'une infraction. On peut établir une distinction avec la présente espèce, parce que le défendeur a activement trompé les autorités en donnant un échantillon de sang frauduleux contrecarrer l'enquête et les formalités d'accusation.

[48] Pour ces raisons, je suis convaincue, d'après la probabilité la plus forte, que le défendeur a remis un échantillon de sang frauduleux à la GRC. Cela constitue une fausse déclaration et une dissimulation intentionnelle d'un fait essentiel à la GRC. La fausse déclaration était le fait que l'échantillon de sang était celui du défendeur. Le défendeur a sciemment dissimulé le fait essentiel que cet échantillon de sang était celui de quelqu'un d'autre contenu dans un tube de caoutchouc inséré sous sa peau dans son bras. En faisant cette fausse déclaration ou en dissimulant intentionnellement un fait essentiel, ou les deux, le défendeur s'est dérobé à toute autre enquête policière qui aurait vraisemblablement mené à des accusations criminelles. En retour, cela l'aurait rendu non admissible à la citoyenneté. Il a pu dire à la juge de la citoyenneté qu'il n'avait pas été accusé d'une infraction parce qu'il avait fait cette fausse déclaration ou qu'il avait dissimulé intentionnellement un fait essentiel, ou les deux.

[49] Il n'y a pas de véritable question litigieuse concernant l'existence de ces faits ou des conclusions légales qui découlent de ces faits. La requête en jugement sommaire sera donc accueillie sur cette base.

[50] Counsel for the Minister did not strenuously assert a claim for costs. In circumstances where this is one of the first cases where summary judgment has been sought in a citizenship revocation proceeding, in the exercise of my discretion I determine that each party should bear their own costs. There will be no order as to costs.

#### ORDER

[51] IT IS HEREBY ORDERED THAT:

The motion for summary judgment is granted. It is declared that the defendant obtained his Canadian citizenship by false representation or by knowingly concealing a material circumstance from the RCMP.

#### ANNEX A

Sections 10, 18 and paragraph 22(1)(b) of the *Citizenship Act*:

**10.** (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

- (a) the person ceases to be a citizen, or
- (b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

...

**18.** (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

[50] Les avocats du ministre n'ont pas énergiquement demandé l'adjudication des dépens. Comme il s'agit de l'un des premiers cas dans lequel on demande un jugement sommaire dans une procédure en révocation de citoyenneté, et dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, j'estime que chaque partie doit assumer ses propres frais. Il n'y aura donc pas d'ordonnance concernant les dépens.

#### ORDONNANCE

[51] LA COUR ORDONNE CE QUI SUIT:

La requête en jugement sommaire est accueillie. Il est déclaré que le défendeur a obtenu sa citoyenneté canadienne en faisant une fausse déclaration ou en dissimulant intentionnellement un fait essentiel à la GRC.

#### ANNEXE A

Les articles 10, 18 et l'alinéa 22(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* sont rédigés dans les termes suivants:

**10.** (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

- a) soit perd sa citoyenneté;
- b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

[...]

**18.** (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

...

**22.** (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

...

(b) while the person is charged with, on trial for or subject to or a party to an appeal relating to an offence under subsection 29(2) or (3) or an indictable offence under any Act of Parliament, other than an offence that is designated as a contravention under the *Contraventions Act*.

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

[...]

**22.** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

[...]

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue aux paragraphes 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, autre qu'une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions*, et ce, jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours.

A-210-02  
2003 FCA 302

A-210-02  
2003 CAF 302

**Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC)**  
(Applicant)

v.

**Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and DMX Canada, Galaxie, Bell ExpressVu, Star Choice, Canadian Cable Television Association (CCTA) and Shaw Communications**  
(Respondents)

and

**The Copyright Board** (Intervener)

*INDEXED AS: NEIGHBOURING RIGHTS COLLECTIVE OF CANADA v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (F.C.A.)*

Federal Court of Appeal, Linden, Evans and Malone  
J.J.A.—Ottawa, May 21 and July 10, 2003.

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Application to set aside Copyright Board decision certifying royalty tariff for communication to public of recorded music by telecommunication — Whether Board erred in certifying joint tariff when applicant NRCC, respondent SOCAN submitted separate proposed tariffs — Board intervened as case concerned interpretation of its statutory powers — NRCC also arguing Board erred in royalty allocation between authors, composers and recording performers, makers — Whether Board of erroneous view performers, makers having only one right to remuneration — Board not of such view — Nor did Board err by ignoring NRCC's evidence on relative values of contributions by authors, performers, makers to value of communication of recorded music to public by digital pay service providers — Board did not accept but did not ignore NRCC's evidence — Whether Board misused Copyright Act, s. 68(3) discretion in certifying single tariff for SOCAN, NRCC — Whether converting two tariffs into single tariff within s. 68(3) authority to modify proposed tariffs with alterations Board considers necessary — Standard of review — Determined by pragmatic, functional analysis — Act containing neither right of appeal nor preclusive clause — Relative expertise of Board, Court — Board's function highly specialized, subject-matter of technical nature — Must balance competing interests of copyright holders, service providers, public — Courts lack experience in economic regulation, understanding of technical complexity, polycentric policy aspects in which administrative boards operate — Board*

**La Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV)** (demanderesse)

c.

**Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et DMX Canada, Galaxie, Bell ExpressVu, Star Choice, Association canadienne de télévision par câble (ACTC) et Shaw Communications** (défenderesses)

et

**Commission du droit d'auteur** (intervenante)

*RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ CANADIENNE DE GESTION DES DROITS VOISINS c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (C.A.F.)*

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Evans et Malone,  
J.C.A.—Ottawa, 21 mai et 10 juillet 2003.

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande d'annulation de la décision de la Commission du droit d'auteur homologuant le tarif des redevances payables pour la communication au public par télécommunication de musique enregistrée — La Commission a-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun alors que la demanderesse SCGDV et la défenderesse SOCAN avaient soumis à son examen des projets distincts? — La Commission s'est constituée partie intervenante, car l'affaire portait sur l'interprétation des pouvoirs que lui confère la loi — La SCGDV faisait également valoir que la Commission avait eu tort de répartir les redevances entre les auteurs, les compositeurs et éditeurs de musique, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements — La Commission a-t-elle considéré à tort que les artistes-interprètes et les producteurs avaient un seul et même droit à une rémunération? — Elle ne l'a pas fait — La Commission n'a pas non plus eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur de la communication au public de musique enregistrée par des services sonores payants numériques — La Commission n'a pas fait fi de cette preuve, mais l'a écartée — La Commission a-t-elle abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur en homologuant un seul tarif pour la SOCAN et la SCGDV? — Le regroupement de deux tarifs distincts en un seul relève-t-il du pouvoir, prévu à l'art. 68(3), d'apporter aux projets de tarif les modifications*

having power to grant remedy of kind unfamiliar in court litigation — Whether issue herein “jurisdictional”, attracting standard of correctness — Test in S.C.C. decision, *Syndicat des employés de production du Québec et l’Acadie v. Canada Labour Relations Board*, no longer enables reviewing Court to avoid pragmatic, functional analysis first established by S.C.C. in U.E.S., *Local 298 v. Bibeault* — Approaches in l’Acadie, *Bibeault* logically incompatible — “Jurisdictional” nature of statutory provision now just one part of pragmatic, functional analysis — Issue engages Board’s regulatory expertise more than principles of statutory construction developed by courts — Purposes of statutory scheme — Rapid, profound technological developments are reshaping market, dictate sophisticated regulatory responses — Correctness review standard incompatible with Parliament’s intention to empower Board to implement decisions in effective, efficient manner — Exception made to courts’ reluctance to choose patent unreasonableness where tribunal unprotected by preclusive clause determining questions of law — NRCC failed to establish Board decision lacked rational basis.

Copyright — Practice — Judicial review of Copyright Board decision certifying tariff of royalties payable by digital pay service providers for communication to public by cable, satellite of recorded music — Dispute between NRCC, representing recording makers, performers having “neighbouring rights”, SOCAN, representing authors, composers — Copyright Board intervened as application involving interpretation of its statutory powers — NRCC challenging Board decision on two grounds — (1) Board erred in allocating half royalties to authors, composers, half to recording artists, makers — Whether Board understood artists, makers have separate rights to remuneration — (2) Whether erred in certifying joint tariff for SOCAN, NRCC when each

que la Commission juge nécessaires? — Norme de contrôle — Déterminée à partir d’une analyse pragmatique et fonctionnelle — La Loi ne prévoit aucun droit d’appel et ne renferme aucune clause privative — Expertise relative de la Commission et de la Cour — La Commission est un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques — Elle doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d’auteur, des fournisseurs de services et du public — Les cours de justice n’ont aucune expérience de la régulation économique et sont peu familiarisées avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs — La Commission a le pouvoir d’accorder une réparation étrangère à celle qu’accorde une cour de justice — S’agissait-il d’une question de «compétence» commandant l’application de la norme de la décision correcte? — Le critère dégagé par la C.S.C. dans *Syndicat des employés de production du Québec et l’Acadie c. Le Conseil canadien des relations du travail* ne permet plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l’analyse pragmatique et fonctionnelle mise de l’avant pour la première fois par la C.S.C. dans U.E.S., *Local 298 c. Bibeault* — Incompatibilité logique des analyses sous-tendant l’Acadie et Bibeault — Le fait qu’une disposition législative touche à la «compétence» n’est désormais qu’un facteur de l’analyse pragmatique et fonctionnelle — La question fait intervenir l’expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principes généraux d’interprétation législative établis par les tribunaux — Objet du régime législatif — L’évolution rapide et radicale de la technologie refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées — La norme de contrôle de la décision correcte va à l’encontre de la volonté du législateur de doter la Commission des pouvoirs nécessaires à l’application efficace de ses décisions — Malgré la réticence habituelle des cours de justice à le faire lorsque le tribunal administratif ne bénéficie pas d’une clause privative, la Cour a opté exceptionnellement pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d’une question de droit — La SCGDV n’a pas établi que la décision de la Commission n’avait aucun fondement rationnel.

Droit d’auteur — Pratique — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d’auteur homologuant le tarif des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée — Litige opposant la SCGDV, qui représente les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements, titulaires de «droits voisins», et la SOCAN, qui représente les auteurs et les compositeurs de musique — La Commission du droit d’auteur s’est constituée partie intervenante parce que l’affaire mettait en cause l’interprétation de ses pouvoirs légaux — La SCGDV conteste la décision de la Commission pour deux motifs — 1) La Commission a eu tort d’attribuer la moitié des



*made separate tariff proposal, opposed joinder — Board decision sustained upon consideration of administrative law issues, in particular appropriate review standard — Board decision Copyright Act, s. 68(3) authorizing tariff merger not patently unreasonable — Board's reasons: reducing administrative burden on digital pay audio providers while not significantly prejudicing collective societies, rationally related to discharge of Board's regulatory function — Tariff of limited duration, next time NRCC could argue for separate tariffs if single tariff caused difficulties.*

*Practice — Mootness — Judicial review of Copyright Board decision concerning tariffs for royalties payable by digital pay service providers in respect of public communication of recorded music by cable, satellite — Cable T.V. association arguing mootness, impugned tariff having expired — In interests of justice Court exercise discretion to deal with application though moot — Continuing adversarial relationship — Issue likely to resurface — Question of law of importance to Board — Not fact-specific.*

This was an application for judicial review of a Copyright Board decision certifying a tariff with respect to royalties payable by the providers of digital pay audio services whereby the public is provided recorded music by telecommunication. These services are provided by such undertakings as cable and satellite distributors. Applicant, Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC), represents performers and makers of recordings who are, under the *Copyright Act*, entitled to remuneration. Their rights are referred to as “neighbouring rights” as they approximate authors’ intellectual property rights.

NRCC challenged the Board decision, arguing it erred in law in allocating half the royalties to the authors and composers of music, represented by the Society of Composers and Music Publishers of Canada (SOCAN) and the other half to those represented by NRCC. A second argument was that the Board erred in certifying a joint tariff for NRCC and

*redevances aux auteurs et aux compositeurs de musique, et l'autre moitié aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements — La Commission était-elle consciente du fait que les artistes-interprètes et les producteurs ont des droits distincts à une rémunération? — 2) A-t-elle commis une erreur en homologuant un tarif commun pour la SOCAN et la SCGDV, alors que celles-ci avaient présenté des projets distincts et s'opposaient à un tarif commun? — Décision de la Commission confirmée après examen de facteurs propres au droit administratif, dont la norme de contrôle applicable — La décision de la Commission que l'art. 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur autorise un fusionnement de tarifs n'est pas manifestement déraisonnable — Motifs invoqués à l'appui: l'allègement des contraintes administratives des fournisseurs de services sonores payants numériques sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion a un lien rationnel avec l'accomplissement par la Commission de sa fonction de régulation — Le tarif a une durée limitée et, à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser des tarifs distincts si l'application d'un tarif unique a causé des difficultés.*

*Pratique — Caractère théorique — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur relative aux tarifs des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques pour la communication au public, par câble ou satellite, de musique enregistrée — L'Association de télévision par câble soutient que la question est théorique puisque le tarif en cause est expiré — Dans l'intérêt de la justice, la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de trancher la question même si elle est théorique — Un différend oppose toujours les parties — La question est susceptible de se poser à nouveau — Question de droit revêtant une importance pour la Commission — Elle n'est pas liée aux faits de l'espèce.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur homologuant le tarif des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques grâce auxquels de la musique enregistrée est communiquée au public par télécommunication. Ces services sont notamment fournis par des câblodistributeurs et des diffuseurs par satellite. La demanderesse, la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV), représente les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements qui, en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, ont droit à une rémunération. Leurs droits sont appelés «droits voisins» parce qu'ils s'apparentent aux droits de propriété intellectuelle des auteurs.

La SCGDV a contesté la décision de la Commission en faisant valoir qu'elle avait commis une erreur de droit en attribuant la moitié des redevances aux auteurs et aux compositeurs de musique, représentés par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), et l'autre moitié à ses membres. Deuxièmement,

SOCAN, each having submitted separate tariffs for Board consideration. The reason for the Board's intervention is that this application concerns the interpretation of its statutory powers to alter the terms and conditions attached to royalties when it approves a tariff. The Board had conducted, over the parties' objections, a joint hearing following which it certified a single tariff. Applicant's submission was that royalties should have been allocated as was done in respect of the private copying of CDs: equally among authors, performers and makers. This approach had been rejected by the Board (in its decision referred to as *Tariff 17*) which instead adopted the allocation for the broadcast of recorded music by commercial radio stations (in a decision referred to as *Tariff 1.A*). Under subsection 68(3) of the Act, the Board is empowered to attach to royalties whatever terms and conditions it considers necessary. It saw a joint tariff as furnishing users with "one-stop shopping", saving them from having to comply with multiple tariffs.

*Held*, the application should be dismissed.

The initial issue for determination was whether the Board's royalty allocation was erroneous in law because it assumed that there is a single statutory right to remuneration for performers and makers of recorded music, rather than two separate rights. While it was common ground that subsection 19(1) creates two rights, performers and makers having separate rights to equitable remuneration, it was disputed whether or not the Board's reasons indicated that it allocated royalties on the erroneous view that performers and makers have but one right to remuneration.

In the submission of NRCC, the tariff adopted by the Board in its earlier decision (*Tariff 1.A*) and relied upon herein was either wrongly decided or else inapplicable herein. Pointing to the Board's reasons in the previous case, NRCC suggested that the Board overlooked the fact that recording makers had a right to equitable remuneration separate from that of performers. It would be very surprising if such a highly specialized Board would have committed such an elementary error. It could not be concluded that the Board supposed that makers do not have a right of their own. It was not the Board's understanding that subsection 19(1) created a single right for performers and makers but that, in the communication rights context, unlike that of reproduction rights, an equal division between SOCAN and NRCC was appropriate. The Court noted that, under subsection 19(3), there is an automatic equal division between performers and makers once royalties are paid.

elle a soutenu que la Commission avait eu tort d'homologuer un tarif commun pour la SOCAN et elle, chacune ayant soumis à son approbation un projet distinct. La Commission s'est constituée partie intervenante au motif que la demande touchait à l'interprétation du pouvoir que lui confère la loi de modifier les modalités afférentes aux redevances lorsqu'elle homologue un tarif. Malgré l'opposition des parties, la Commission a tenu une audience commune à l'issue de laquelle elle a homologué un tarif unique. La demanderesse a soutenu que la Commission aurait dû répartir les redevances comme elle l'avait fait pour la copie privée de disques compacts, soit à parts égales entre les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs. La Commission a écarté cette solution (dans sa décision relative au *Tarif 17*) et a plutôt adopté le mode de répartition retenu pour la radiodiffusion de musique enregistrée par les stations de radio commerciales (dans la décision relative au *Tarif 1.A*). Le paragraphe 68(3) de la Loi lui permet d'assortir les redevances des modalités qu'elle estime nécessaires. Elle a considéré qu'un tarif commun offrirait aux utilisateurs un «guichet unique» et les dispenserait de l'observation de tarifs multiples.

*Arrêt*: la demande est rejetée.

La première question à trancher était de savoir si la Commission avait commis une erreur de droit en tenant pour acquis, pour décider de la répartition des redevances, que la loi confère aux artistes-interprètes et aux producteurs d'enregistrements un seul droit à une rémunération, et non deux droits distincts. Même si les parties reconnaissent que le paragraphe 19(1) crée deux droits, l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrements ayant chacun un droit distinct à une rémunération équitable, la question en litige était de savoir s'il ressortait des motifs de la Commission qu'elle avait réparti les redevances en supposant à tort que l'artiste-interprète et le producteur avaient un seul et même droit à la rémunération.

La SCGDV a fait valoir que le tarif adopté par la Commission dans sa décision antérieure (décision relative au *Tarif 1.A*) et invoquée en l'espèce était soit erronée, soit inapplicable en l'espèce. Renvoyant aux motifs de la Commission dans l'affaire antérieure, la SCGDV a laissé entendre que la Commission n'avait pas tenu compte du fait que les producteurs d'enregistrements avaient un droit à une rémunération équitable distinct de celui des artistes-interprètes. Il serait très étonnant qu'un organisme aussi spécialisé que la Commission commette une erreur aussi fondamentale. L'on ne pouvait conclure que la Commission avait supposé que les producteurs n'avaient pas un droit distinct. La Commission ne croyait pas que le paragraphe 19(1) créait un droit unique au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs; elle était plutôt d'avis que, en ce qui concerne les droits de communication, contrairement aux droits de reproduction, la répartition des redevances par moitié entre la SOCAN et la

Counsel further argued that the earlier tariff decision (*Tariff I.A*) could be distinguished on its facts and was inapplicable herein. The Court was not convinced that the Board had erred in relying upon its previous decision. The Board, as a specialized administrative tribunal, was entitled to significant deference in the interpretation of its own case law.

The next issue was whether the Board erred in ignoring NRCC's evidence on the relative values of the contributions made by authors, performers and makers to the value of the communication to the public by digital pay audio of recorded music. The Board did not "ignore" NRCC's evidence. Its reasons revealed that it was well aware of its evidence but did not accept it. NRCC's evidence was based largely on the sale of recordings, where the royalty share was for reproduction; no evidence had been adduced as to the relative contributions of authors, performers and makers to the value of the right with respect to communication to the public by telecommunication.

The third issue was whether the Board had misused its subsection 68(3) discretion in certifying a single tariff when parties had proposed separate tariffs and did not consent to certification of a single tariff. The applicant submitted that this subsection was here inapplicable since it only empowers the Board to modify proposed tariffs; converting two into a single tariff could not be looked upon as an alteration to the royalties and the terms and conditions related thereto. The Canadian Cable Television Association, one of the respondents, submitted that the Court ought not entertain the single tariff validity issue since the issue was moot, the tariff at issue having expired. But this was a case where the use of scarce judicial resources was in the interests of justice since there exists a continuing adversarial relationship and also because the question whether the Board enjoys the power to certify a single tariff against the parties' wishes will likely resurface.

A pragmatic and functional analysis had to be applied to determine the applicable standard of review. Although the Board lacks any policy-making or legislative powers, discharging its duties on a case-by-case basis, its duties are highly specialized and concern matters of a technical nature. In the exercise of its broad rate-setting discretion, the Board

SCGDV était appropriée. La Cour a fait observer que le paragraphe 19(3) opérait la répartition automatique des redevances par moitié entre l'artiste-interprète et le producteur.

L'avocat a par ailleurs fait valoir que les faits permettaient d'établir une distinction d'avec la décision antérieure (sur le *Tarif I.A*), et que celle-ci était inapplicable en l'espèce. La Cour n'était pas convaincue que la Commission avait eu tort de s'appuyer sur sa décision antérieure. À titre de tribunal administratif spécialisé, la Commission avait droit à une grande déférence dans l'interprétation de ses propres décisions.

La question était ensuite de savoir si la Commission avait eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, artistes-interprètes et producteurs à la valeur de la communication au public de musique enregistrée par des services sonores payants numériques. La Commission n'a pas «fait fi» de cette preuve. Il ressort de ses motifs qu'elle l'a bel et bien prise en considération, mais qu'elle l'a écartée. Cette preuve se fondait en grande partie sur la vente d'enregistrements, la quote-part des redevances se rattachant dans ce cas au droit de reproduction; aucun élément de preuve n'avait été présenté concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur du droit afférent à la communication au public par télécommunication.

La troisième question était de savoir si la Commission avait abusé du pouvoir discrétionnaire que lui conférait le paragraphe 68(3) en homologuant un tarif unique alors que les parties avaient présenté des projets distincts et n'avaient pas consenti à l'homologation d'un tarif commun. La demanderesse a fait valoir que cette disposition était inapplicable en l'espèce parce qu'elle autorisait seulement la Commission à modifier un tarif proposé; le regroupement de deux tarifs en un seul ne pouvait équivaloir à une modification des redevances ou des modalités afférentes. L'Association canadienne de télévision par câble, l'une des défenderesses, a exhorté la Cour à ne pas se prononcer sur la validité du tarif unique, la question étant théorique vu l'expiration du tarif. Or, il était dans l'intérêt de la justice d'affecter les ressources judiciaires limitées au règlement de la question, étant donné qu'un différend oppose toujours les parties et que la question de savoir si la Commission peut homologuer un seul tarif contre la volonté des parties est susceptible de se poser à nouveau.

Une analyse pragmatique et fonctionnelle s'imposait pour déterminer la norme de contrôle applicable. La Commission n'a pas le pouvoir d'adopter des politiques ou de légiférer, mais elle statue sur des dossiers individuels; il s'agit d'un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques. Dans l'exercice de son large pouvoir

has to balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public. Courts have neither institutional front-line experience in economic regulation nor an understanding of the technical complexity and polycentric policy aspects of the regulatory contexts in which administrative agencies—such as the Copyright Board—operate. But that this was a question of law and that the Board's decision will be of precedential significance, militated in favour of review on the correctness standard. On the other hand, at issue was the Board's power to grant a remedy of a kind unfamiliar in court litigation. Even so, the issue could be characterized as "jurisdictional", concerning as it did the interpretation of a statutory grant of remedial discretion. This could attract the correctness review standard, an authority for which proposition was the 1984 Supreme Court of Canada decision in *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*. But the law on this has evolved and resort to the language of jurisdiction used by Beetz J. in that judgment no longer enables a reviewing court to avoid a pragmatic and functional analysis in determining the standard of review. The *l'Acadie* test predated the emergence of the pragmatic and functional approach to determining review standard, first put forward by Beetz J. in a 1988 case, *U.E.S. Local 298 v. Bibeault*. The two approaches were, on the basis of logic, incompatible. Every statutory provision that prescribes the circumstances that must exist, or be taken into account, before an agency decides a matter or takes some action can be said to describe, define or limit its powers. Subsequent to *Bibeault*, the Supreme Court of Canada indicated that a specialist agency's interpretation of its remedial powers may not be reviewable on a correctness standard, but those judgments came in cases involving labour boards, the decisions of which were protected by a preclusive clause. But the Copyright Board has been given an unusually broad discretion to certify tariffs subject to such alterations to royalties and terms and conditions as it considers necessary. This suggests an intention on the part of Parliament that the Board's view of its duties are to be accorded deference. Even if the Supreme Court still takes into account a statutory provision's "jurisdictional" nature, it is just one factor in the pragmatic and functional analysis: the nature of the problem before the agency.

discrétionnaire de fixer la rémunération payable, la Commission doit soulever les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public. Les cours de justice n'ont ni expérience institutionnelle de la régulation économique ni familiarisation avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des différents contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs, dont la Commission sur le droit d'auteur. Or, le fait qu'il s'agissait d'une question de droit et que la décision de la Commission était susceptible de faire jurisprudence militait en faveur de la norme de la décision correcte. Par contre, la question touchait le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celles qu'accorde une cour de justice. Malgré cela, la question en litige pouvait être considérée comme une question de «compétence» puisqu'elle avait trait à l'interprétation de l'octroi du pouvoir discrétionnaire de réparation par le législateur. Ce qui pouvait commander l'application de la norme de la décision correcte suivant l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie c. Le Conseil canadien des relations du travail* de la Cour suprême du Canada, datant de 1984. Toutefois, la jurisprudence a évolué en la matière, et les termes que le juge Beetz y a employés pour délimiter la compétence ne permettent plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable. Le critère dégagé dans *l'Acadie* était antérieur à l'analyse pragmatique et fonctionnelle mise de l'avant par le juge Beetz en 1988 dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault* pour déterminer la norme de contrôle applicable. Il y avait incompatibilité logique entre les deux démarches. Toute disposition législative précisant les conditions devant être réunies ou prises en considération pour qu'un organisme rende une décision ou prenne une mesure peut être considérée comme décrivant, énumérant ou limitant les pouvoirs de l'organisme. Dans des arrêts postérieurs à *Bibeault*, la Cour suprême du Canada a indiqué que l'interprétation, par un organisme spécialisé, de ses pouvoirs de réparation, n'ouvrirait pas nécessairement droit à un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. Or, ces arrêts visaient des organismes spécialisés en droit du travail dont les décisions étaient protégées par une clause privative. Cependant, la portée du pouvoir discrétionnaire de la Commission du droit d'auteur d'homologuer un projet de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires est inhabituellement large. Ce qui permet de conclure que le législateur a voulu que les décisions de la Commission concernant l'étendue de ce pouvoir appellent la déférence. La Cour suprême tient encore compte du fait qu'une disposition législative touche à la «compétence», mais ce n'est que l'un des facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle: la nature de la question dont est saisi l'organisme.

Considering the relative expertise of the Board and the Court as well as the nature of the problem, the Board was in the better position to determine whether its powers extend to certification of a single tariff where the parties do not consent thereto. It is an issue that engages the Board's regulatory expertise to a greater extent than it does general principles of statutory interpretation. The issue was intimately linked to the performance of the Board's statutory functions, including concern for regulatory efficiency and fairness. The Board's understanding of tariff administration and the balancing of competing economic interests is more relevant than is a general knowledge of law in determining whether the subsection authorizes the Board to unilaterally certify a single tariff.

Also of importance was a consideration of the purposes of the statutory scheme as a whole, as well as those of the disputed provision. The purpose of the statute is to ensure that the creators of literary and musical works are compensated for the use made of them by others. It establishes a scheme for the collective administration of the various copyrights that may inhere in a particular work which seeks to minimize enforcement costs. The Act also aims at balancing, in the public interest, the competing claims of producers, users and consumers. The Copyright Board, established to administer this scheme, discharges its regulatory responsibilities in the context of rapid and profound technological advances which are reshaping the market and call for sophisticated regulatory responses to ensure that all those who contribute value to the recording of a musical work are fairly compensated and that consumers are not prejudiced. The Supreme Court recently reaffirmed that deference should be shown where the statutory scheme grants a specialized tribunal a broad discretion to balance, in the public interest, competing rights and economic interests. As for subsection 68(3), it was presumably intended to equip the Board with the powers needed to implement its decisions in an effective and efficient manner and to that end the legislator conferred upon it a very wide royalty certification discretion. Review according to the correctness standard would not be compatible with these purposes.

While it is true that courts seem reluctant to hold that patent unreasonableness is the appropriate review standard for the determination of questions of law by an adjudicative tribunal not protected by a strong preclusive clause, the instant case should be treated as an exception. In a recent Supreme Court of Canada judgment it was said by Binnie J. that patent unreasonableness is normally the appropriate review standard in case of a broad subjective grant of discretion. Furthermore, particular latitude should be allowed where an exercise of

Compte tenu de l'expertise relative de la Commission et de la Cour et de la nature de la question à trancher, la Commission était plus à même que la Cour de décider si ses pouvoirs lui permettaient d'homologuer un tarif unique auquel les parties n'avaient pas consenti. La question fait intervenir l'expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principes généraux d'interprétation législative. La question était intimement liée à l'exécution du mandat légal de la Commission, y compris l'efficacité et l'équité de la régulation. La manière dont la Commission conçoit l'administration des tarifs et la mise en balance des intérêts économiques opposés qui sont en jeu importe davantage que toute connaissance générale du droit pour déterminer si la disposition autorise la Commission à homologuer unilatéralement un seul tarif.

Il convenait également d'examiner l'objet du régime législatif dans son ensemble, de même que celui de la disposition en cause. L'objet de la Loi est de faire en sorte que les créateurs d'œuvres littéraires, musicales et autres soient rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres par autrui. Elle établit un cadre de gestion collective des divers droits d'auteur que confère une œuvre qui vise à limiter le coût d'application. La Loi a également pour objectif de pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs. Mise sur pied pour administrer ce régime, la Commission du droit d'auteur s'acquitte de ses obligations dans le contexte de l'évolution rapide et radicale de la technologie qui re façonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées afin que tous ceux qui contribuent à la valeur de l'enregistrement d'une œuvre musicale touchent une rémunération équitable et que les consommateurs ne soient pas lésés. Récemment, la Cour suprême a confirmé que la déférence s'imposait lorsqu'un cadre législatif accorde à un tribunal spécialisé un grand pouvoir discrétionnaire pour pondérer, dans l'intérêt public, des droits opposés et des droits économiques. En ce qui concerne le paragraphe 68(3), l'on peut présumer que le législateur a voulu doter la Commission des pouvoirs nécessaires pour appliquer efficacement ses décisions et que, à cette fin, il l'a investie d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'homologation de tarifs de redevances. Un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte serait incompatible avec ces objectifs.

Les cours de justice paraissent peu enclines à opter pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d'une question de droit par un tribunal d'arbitrage ne bénéficiant pas d'une clause privative non équivoque, mais il convient de faire une exception en l'espèce. Dans un récent arrêt de la Cour suprême du Canada, le juge Binnie fait observer que le caractère manifestement déraisonnable est habituellement la norme qu'il convient d'appliquer dans le cas d'un large pouvoir discrétionnaire. De

power is integral to a complex regulatory scheme and can have only an indirect and limited effect on individuals' economic interests.

The remaining question was whether it was patently unreasonable for the Board to have interpreted subsection 68(3) as authorizing it to merge tariffs. NRCC faced a difficult test: to establish that the Board decision lacked any rational basis. It failed to meet that test. It was not, from the wording of the provision, immediately apparent that altering the proposed tariffs by certification of a single tariff could not rationally fall within the Board's discretion to make "such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary". The reasons given by the Board—to reduce the administrative burden on digital pay audio providers while not significantly prejudicing collective societies—was rationally related to the discharge of its regulatory function.

The final point was that tariffs are of limited duration so that, next time around, it will be open to NRCC to argue that the single tariff had caused it difficulties and that separate tariffs ought to be certified.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 19 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14), 66.7(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12), 68(2) (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45), (3) (as am. *idem*).

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

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*NRCC Statement of Royalties 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C. Bd.); *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 55 Q.A.C. 241; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin.

plus, l'interprétation doit comporter une certaine marge de manœuvre lorsque l'exercice du pouvoir fait partie intégrante d'un régime de réglementation complexe et ne peut avoir qu'une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

Restait à savoir s'il était manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) conférerait à la Commission le pouvoir de regrouper les tarifs. La SCGDV devait satisfaire à un critère exigeant: établir que la décision de la Commission n'avait aucun fondement rationnel. Elle n'y est pas parvenue. À première vue, le libellé de la disposition législative ne permettait pas de conclure que modifier le projet de tarif en homologuant un seul tarif ne pouvait rationnellement être considéré comme ressortissant au pouvoir discrétionnaire de la Commission d'apporter «aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires». Les motifs invoqués par la Commission—alléger les contraintes administratives des fournisseurs de services sonores payants numériques sans causer un préjudice important aux sociétés de gestion—avaient un lien rationnel avec l'accomplissement de sa fonction de régulation.

On a noté en dernier lieu que tout tarif a une durée limitée de sorte que, à la prochaine occasion, la SCGDV pourra préconiser l'homologation de tarifs distincts compte tenu des difficultés causées par l'application d'un tarif unique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 19 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14), 66.7(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12), 68(2) (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45), (3) (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Redevances à percevoir par la SCGDV 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C.D.A.); *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; 55 Q.A.C. 241; 15 Admin. L.R. (2d) 1; 49 C.C.E.L. 1; 154 N.R. 104; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; (1988), 35 Admin. L.R. 153; 89 CLLC 14,045; 95 N.R. 161; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281; (2001), 200 D.L.R. (4th) 193; 36

L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728; 20 C.C.C. (2d) 167 (Ont. C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3; (2002), 215 D.L.R. (4th) 118; 19 C.P.R. (4th) 289; 290 N.R. 131 (C.A.); *Reproduction of Musical Works (Re)*, [2003] C.B.D. No. 2 (QL).

## CONSIDERED:

*Private Copying 1999-2000, Tariff of Levies to be Collected by CPCC (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C. Bd.); *Canada Labour Relations Board et al. v. Halifax Longshoremen's Association et al.*, [1983] 1 S.C.R. 245; (1983), 144 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,022; 46 N.R. 324; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Professional Assn. of Foreign Service Officers v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 162; [2003] F.C.J. No. 483 (C.A.) (QL); *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728; 20 C.C.C. (2d) 167 (C.A. Ont.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. Canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3; (2002), 215 D.L.R. (4th) 118; 19 C.P.R. (4th) 289; 290 N.R. 131 (C.A.); *Reproduction d'œuvres musicales (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 2 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Copie privée 1999-2000, tarifs des redevances à percevoir par la SCPCP (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C.D.A.); *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Association des débardeurs d'Halifax et autres*, [1983] 1 R.C.S. 245; (1983), 144 D.L.R. (3d) 1; 83 CLLC 14,022; 46 N.R. 324; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; (1984), 14 D.L.R. (4th) 457; 55 N.R. 321; 14 Admin. L.R. 72; 84 CLLC 14,069; *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R. (3d) 433; 64 N.R. 330 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Assoc. professionnelle des agents du Service extérieur c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 162; [2003] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL); *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; (1996), 133 D.L.R. (4th) 129; 36 Admin. L.R. (2d) 1; 96 CLLC 210-011; 193 N.R. 81; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; (1997), 144 D.L.R. (4th) 577; 8 Admin. L.R. (3d) 89; 210 N.R. 101; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

APPLICATION for judicial review of a Copyright Board decision reported at (*SOCAN Statement of Royalties, Pay Audio Services, 1997-2002 (Tariff 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67), certifying a tariff of royalties payable by digital pay audio service providers in respect of the communication to the public of recorded music. Application dismissed.

APPEARANCES:

*David R. Collier* for applicant.

*Y. A. George Hynna* for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

No one appearing for respondents DMX Canada, Bell ExpressVu, Star Choice and Shaw Communications.

*Lise Bertrand* for respondent Galaxie.

*Gerald L. Kerr-Wilson* and *Rachelle Frenette* for respondent Canadian Cable Television Association.

*Jeremy F. DeBeer* and *Mario Bouchard* for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD:

Ogilvy Renault, Montréal, for applicant.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada.

*Corus Entertainment Inc.*, Toronto, for respondent DMX Canada.

*Canadian Broadcasting Corporation, Legal Department*, Montréal, for respondent Galaxie.

*Bell ExpressVu*, Hull, for respondent Bell ExpressVu.

*Star Choice Communications Inc.*, Ottawa, for respondent Star Choice.

*Canadian Cable Television Association*, Ottawa, for respondent Canadian Cable Television Association.

*Copyright Board Canada*, Ottawa, for intervenor.

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

EVANS J.A.:

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission du droit d'auteur *Redevances à percevoir par la SOCAN, services sonores payants, 1997-2002 (Tarif 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67) homologuant le tarif des redevances payables par les services sonores payants numériques pour la communication au public de musique enregistrée. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

*David R. Collier* pour la demanderesse.

*Y. A. George Hynna* pour la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

Personne n'a comparu pour les défenderesses DMX Canada, Bell ExpressVu, Star Choice et Shaw Communications.

*Lise Bertrand* pour la défenderesse Galaxie.

*Gerald L. Kerr-Wilson* et *Rachelle Frenette* pour l'Association canadienne de télévision par câble.

*Jeremy F. DeBeer* et *Mario Bouchard* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ogilvy Renault, Montréal, pour la demanderesse.

*Gowling Lafleur Henderson, s.r.l.*, Ottawa, pour la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique.

*Corus Entertainment Inc.*, Toronto, pour la défenderesse DMX Canada.

*Société Radio-Canada, Services juridiques*, Montréal, pour la défenderesse Galaxie.

*Bell ExpressVu*, Hull, pour la défenderesse Bell ExpressVu.

*Star Choice Communications Inc.*, Ottawa, pour la défenderesse Star Choice.

*Association canadienne de télévision par câble*, Ottawa, pour la défenderesse Association canadienne de télévision par câble.

*Commission du droit d'auteur du Canada*, Ottawa, pour l'intervenante.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:



## A. INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review by the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) to set aside a decision of the Copyright Board, reported as *SOCAN Statement of Royalties, Pay Audio Services, 1997-2002 (Tariff 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67 (*Tariff 17*). In this decision, the Board certified the first tariff respecting the royalties payable by the providers of digital pay audio services (DPA) for the communication to the public of recorded music by telecommunication. DPA is delivered to subscribers by various broadcast distribution undertakings, such as cable and satellite direct-to-home distributors.

[2] NRCC represents performers and makers of recordings who are entitled to be paid an equitable remuneration for the communication of their recordings to the public by telecommunication: *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, subsection 19(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14]. The rights of the performers and makers are known as “neighbouring rights” because they are close to the intellectual property rights of authors.

[3] NRCC challenges the decision of the Board on two principal grounds. First, it alleges that the Board erred in law when it allocated half of the total royalties payable by DPA to the authors and composers of music represented by the respondent, the Society of Composers and Music Publishers of Canada (SOCAN), and half to the performers and makers of recordings represented by NRCC. NRCC says that, in making an equal allocation between SOCAN and NRCC, the Board overlooked the fact that NRCC’s members, performers and makers, have separate rights to remuneration. This is a dispute between NRCC and SOCAN, collective societies which collect and distribute royalties on behalf of their members.

## A. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire présentée par la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) afin d’obtenir l’annulation de la décision de la Commission du droit d’auteur relative au tarif des redevances à percevoir par la Socan pour les services sonores payants de 1997 à 2002: *Redevances à percevoir par la SOCAN, services sonores payants, 1997-2002 (Tarif 17.B) (Re)* (2002), 19 C.P.R. (4th) 67 (décision relative au *Tarif 17*). Dans sa décision, la Commission homologue le premier tarif établissant des redevances payables par les fournisseurs de services sonores payants numériques (SSPN) pour la communication au public par télécommunication de musique enregistrée. Les SSPN sont transmis aux abonnés par diverses entreprises de radiodiffusion, comme les câblodistributeurs et les services de radiodiffusion directe par satellite.

[2] La SCGDV représente les artistes-interprètes et les producteurs d’enregistrements ayant droit à une rémunération équitable pour la communication au public par télécommunication de leurs enregistrements: *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, paragraphe 19(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14]. Les droits des artistes-interprètes et des producteurs sont appelés «droits voisins» parce qu’ils s’apparentent aux droits de propriété intellectuelle des auteurs.

[3] La SCGDV conteste la décision de la Commission en invoquant deux motifs principaux. Premièrement, la Commission aurait commis une erreur de droit en attribuant la moitié des redevances totales payables par les SSPN aux auteurs et aux compositeurs de musique représentés par la défenderesse Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), et l’autre moitié aux artistes-interprètes et aux producteurs d’enregistrements représentés par la SCGDV. Cette dernière fait valoir que, en procédant à cette répartition à parts égales, la Commission n’a pas tenu compte du fait que ses membres—les artistes-interprètes et les producteurs—ont des droits distincts à une rémunération. Le différend oppose la SCGDV et la SOCAN, des sociétés de gestion collective qui perçoivent et distribuent les redevances pour le compte de leurs membres.

[4] Second, NRCC alleges that the Board erred in law in certifying a joint tariff for NRCC and SOCAN when each had submitted separate proposed tariffs for the Board's consideration. This issue concerns NRCC and the Canadian Cable Television Association (CCTA), which represents cable broadcasting distribution undertakings across Canada who must pay the royalties with respect to DPA. The Copyright Board has intervened on this issue because it involves the interpretation of its statutory powers to alter the terms and conditions attached to the royalties when it approves a tariff. SOCAN takes no position on this issue.

#### B. THE DECISION OF THE COPYRIGHT BOARD

[5] The decision of the Board in *Tariff 17* deals with both Tariff 17.B, proposed by SOCAN for the years 1997-2002, and Tariff 17, proposed by NRCC for the years 1998-2002. The Board held a joint hearing on the proposed tariffs over the objections of the parties, and certified a single tariff, which has now expired. SOCAN and NRCC have filed proposed royalty tariffs with the Board to start on January 1, 2003.

[6] The Board's reasons deal at length with the percentage of the affiliation dues payable by the distribution undertakings for the use of DPA that should be paid as royalties to SOCAN and NRCC. The Board's assessment of the total worth of the contributions made by authors, performers and makers to the economic value of the communication of recorded music by DPA is not challenged in this application. Hence, it will not be necessary to consider this part of the decision in these reasons.

[7] NRCC submitted to the Board that it should allocate the royalties between its members and SOCAN's members on the basis that was adopted in a decision involving the private copying of CDs, *Private Copying 1999-2000, Tariff of Levies to be Collected by CPCC (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C. Bd.) (*Private Copying*). In that decision, the Board divided the royalties more or less equally among the three groups of

[4] Deuxièmement, la SCGDV prétend que la Commission a commis une erreur de droit en homologuant un tarif commun pour la SCGDV et la SOCAN, alors que chacune d'elles avait soumis à son examen un projet de tarif distinct. Cette question touche la SCGDV et l'Association canadienne de télévision par câble (ACTC), qui représente à la grandeur du Canada des entreprises de câblodistribution tenues de verser des redevances relativement aux SSPN. La Commission du droit d'auteur s'est constituée partie intervenante à cet égard parce que cette question met en cause l'interprétation des pouvoirs que lui confère la loi de modifier les modalités afférentes aux redevances lorsqu'elle homologue un tarif. La SOCAN ne défend aucun point de vue à ce sujet.

#### B. LA DÉCISION DE LA COMMISSION DU DROIT D'AUTEUR

[5] La décision de la Commission relative au *Tariff 17* porte à la fois sur le tarif 17.B, proposé par la SOCAN pour les années 1997 à 2002 et sur le tarif 17, proposé par la SCGDV pour les années 1998 à 2002. La Commission a tenu une audience commune malgré l'opposition des parties et elle a homologué un tarif unique, qui est maintenant expiré. La SOCAN et la SCGDV ont soumis à l'examen de la Commission des projets de tarif devant s'appliquer dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003.

[6] Les motifs de la Commission traitent en détail du pourcentage des paiements d'affiliation exigés des entreprises de distribution pour l'utilisation des SSPN qui devrait être versé à titre de redevances à la SOCAN et à la SCGDV. L'évaluation, par la Commission, de la contribution globale des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur économique de la communication de musique enregistrée par les SSPN n'est pas contestée en l'espèce. La Cour n'a donc pas à se pencher sur cette partie de la décision.

[7] La SCGDV a exhorté la Commission à répartir les redevances entre ses membres et ceux de la SOCAN comme elle l'avait fait pour la copie privée de disques compacts: *Copie privée 1999-2000, tarifs des redevances à percevoir par la SCPCP (Re)* (1999), 4 C.P.R. (4th) 15 (C.D.A.) (décision relative à la *Copie privée*). Dans cette affaire, la Commission a réparti les redevances plus ou moins également entre les

rights holders, namely, authors, performers and makers.

[8] The Board rejected this submission in *Tariff 17* (at page 78) because *Private Copying* concerned the mechanical or reproduction right in recorded music. Instead, it adopted the mode of allocation made in respect of the broadcast of recorded music by commercial radio stations in *NRCC Statement of Royalties 1998-2002 (Tariff 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C. Bd.) (*Tariff 1.A*). That decision, like *Tariff 17*, involved the right to communication by telecommunication. In *Tariff 1.A*, the Board awarded the same royalty to NRCC as it had previously awarded to SOCAN, with the result that authors received 50% of the royalties, and performers and makers 25% each.

[9] Even though SOCAN and NRCC proposed separate tariffs in *Tariff 17*, the Board certified a joint tariff. Subsection 68(3) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45] of the *Copyright Act* enables the Board to attach to royalties “the terms and conditions . . . as the Board considers necessary”. In *Tariff 17* (at page 86) the Board identified the advantages of certifying a joint tariff, particularly that it would provide users with “one-stop shopping” with respect to the royalties payable and relieve them of the burden of having to comply with multiple tariffs containing different terms and conditions.

### C. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Was the Board’s allocation of the royalties erroneous in law because it assumed that there is a single statutory right to remuneration for the performers and makers of recorded music, rather than two separate rights?

[10] The provisions of section 19 [as enacted by S.C. 1997 c. 24, s. 14] of the *Copyright Act* relevant to this issue are as follows.

trois groupes de titulaires de droits, soit les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs.

[8] Dans la décision relative au *Tarif 17* (à la page 78), la Commission a refusé de le faire au motif que la décision relative à la *Copie privée* portait sur le droit de reproduction, y compris la reproduction mécanique, afférent à la musique enregistrée. Elle a plutôt adopté le mode de répartition retenu pour la radiodiffusion de musique enregistrée par les stations de radio commerciales dans *Redevances à percevoir par la SCGDV 1998-2002 (Tarif 1.A) (Re)* (1999), 3 C.P.R. (4th) 350 (C.D.A.) (décision relative au *Tarif 1.A*). Tout comme la décision relative au *Tarif 17*, cette décision portait sur le droit de communication par télécommunication. La Commission a accordé à la SCGDV les mêmes redevances que celles accordées précédemment à la SOCAN, de sorte que les auteurs touchaient 50 % des redevances, et les artistes-interprètes et les producteurs y avaient respectivement droit à hauteur de 25 %.

[9] Même si, dans l’affaire relative au *Tarif 17*, la SOCAN et la SCGDV avaient soumis à son examen des projets de tarif distincts, la Commission a homologué un tarif commun. Le paragraphe 68(3) [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 45] de la *Loi sur le droit d’auteur* permet à la Commission d’assortir les redevances des «modalités [. . .] qu’elle estime nécessaires». Dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission fait état (à la page 86) des avantages de l’homologation d’un tarif commun, notamment le fait qu’il en résultera un «guichet unique» pour ce qui est des redevances payables et que les utilisateurs seront dispensés de l’observation de tarifs multiples prévoyant des modalités diverses.

### C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question: La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en tenant pour acquis, pour décider de la répartition des redevances, que la loi ne confère aux artistes-interprètes et aux producteurs de musique enregistrée qu’un seul droit à une rémunération et non deux droits distincts?

[10] Cette question met en cause les dispositions de l’article 19 [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14] de la *Loi sur le droit d’auteur*, dont voici le libellé.

19. (1) Where a sound recording has been published, the performer and maker are entitled, subject to section 20, to be paid equitable remuneration for its performance in public or its communication to the public by telecommunication, except for any retransmission.

(2) For the purpose of providing the remuneration mentioned in subsection (1), a person who performs a published sound recording in public or communicates it to the public by telecommunication is liable to pay royalties

(a) in the case of a sound recording of a musical work, to the collective society authorized under Part VII to collect them; . . .

...

(3) The royalties, once paid pursuant to paragraph (2)(a) or (b), shall be divided so that

(a) the performer or performers receive in aggregate fifty per cent; and

(b) the maker or makers receive in aggregate fifty per cent.

[11] It is common ground between the parties that subsection 19(1) creates two rights: performers and makers of recordings have separate rights to equitable remuneration. The fact that subsection 19(3) provides that, when paid, royalties payable under subsection 19(2) are to be divided equally between performers and makers does not mean that they have a single right to remuneration.

[12] The issue in dispute is whether the reasons of the Board indicate that it allocated the royalties on the erroneous view that performers and makers have only one right to remuneration. SOCAN took the position that, properly read, the reasons of the Board provide no support for the view advanced by NRCC that, when allocating the royalties between SOCAN and NRCC, the Board forgot that makers had their own separate right to remuneration. Since I have concluded that the Board did not interpret subsection 19(1) as creating a single right to remuneration for performers and makers, and the parties agree that subsection 19(1) creates two separate rights, I need not consider the standard of review applicable to the Board's interpretation of this provision.

19. (1) Sous réserve de l'article 20, l'artiste-interprète et le producteur ont chacun droit à une rémunération équitable pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication—à l'exclusion de toute retransmission—de l'enregistrement sonore publié.

(2) En vue de cette rémunération, quiconque exécute en public ou communique au public par télécommunication l'enregistrement sonore publié doit verser des redevances:

a) dans le cas de l'enregistrement sonore d'une œuvre musicale, à la société de gestion chargée, en vertu de la partie VII, de les percevoir;

[ . . . ]

(3) Les redevances versées en application de l'alinéa (2)a) ou b), selon le cas, sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète.

[11] Les parties reconnaissent que le paragraphe 19(1) crée deux droits: l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrements ont chacun un droit distinct à une rémunération équitable. Ce n'est pas parce que le paragraphe 19(3) dispose que les redevances versées en application du paragraphe 19(2) sont partagées par moitié entre le producteur et l'artiste-interprète que ces derniers ont un seul et même droit à une rémunération.

[12] La question en litige est de savoir s'il ressort des motifs de la Commission qu'elle a réparti les redevances en supposant à tort que l'artiste-interprète et le producteur ont un seul et même droit à une rémunération. Selon la SOCAN, si on les interprète correctement, les motifs de la Commission n'appuient pas la prétention de la SCGDV selon laquelle, lorsqu'elle a réparti les redevances entre la SOCAN et la SCGDV, la Commission a oublié que le producteur avait un droit distinct à une rémunération. Puisque j'ai conclu que la Commission n'a pas tenu pour acquis que le paragraphe 19(1) conférait à l'artiste-interprète et au producteur un seul et même droit à une rémunération, et comme les parties conviennent que ce paragraphe crée deux droits distincts, il est inutile de se pencher sur la norme de contrôle applicable à l'interprétation de cette disposition par la Commission.

[13] Counsel for NRCC correctly pointed out that in *Tariff 17* the Board justified allocating the royalties equally between SOCAN and NRCC by relying on its decision in *Tariff 1.A*. Thus, the Board said in *Tariff 17* (at page 78):

For reasons outlined in earlier decisions, the Board finds that all things being equal, authors and composers should get the same as performers and makers.

In relying on *Tariff 1.A*, counsel argued, the Board erred in law in *Tariff 17* for two reasons: *Tariff 1.A* was wrongly decided or, if it was correct, it was inapplicable to *Tariff 17*.

(i) *Tariff 1.A* was wrongly decided

[14] Although no application for judicial review was ever made, counsel for NRCC submitted that the decision in *Tariff 1.A* is legally erroneous because it is based on the view that the performers and makers of recorded music have only one right to remuneration. He supported his argument by referring the Court to passages in the Board's reasons in that case (especially at pages 377-378) where, in discussing the relative value of the contributions by various rights holders, the Board spoke only of authors and performers. The omission of any mention of the makers of recordings indicates, counsel argued, that the Board overlooked the fact that they had a right to equitable remuneration, separate from that of performers, for their contribution to the value of the communication of a recording to the public by telecommunication.

[15] In my view, it would be very surprising if this highly specialized Board made such an elementary error, especially since in *Private Copying*, decided only four months after *Tariff 1.A*, the Board allocated the royalties more or less equally among authors, performers and makers. Indeed, in *Tariff 17* the Board expressly referred (at page 78) to the equal three-way split of the royalties in *Private Copying*.

[13] L'avocat de la SCGDV a fait valoir à juste titre que dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission a réparti les redevances par moitié entre la SOCAN et la SCGDV en se fondant sur la décision rendue relativement au *Tarif 1.A*. Dans sa décision relative au *Tarif 17*, la Commission a donc affirmé (à la page 78):

Pour les raisons indiquées dans des décisions antérieures, la Commission estime que toute chose étant égale, les auteurs et les compositeurs doivent obtenir la même chose que les interprètes et les producteurs.

L'avocat a fait valoir que, en s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A*, la Commission a commis une erreur de droit et ce, pour deux raisons: la décision relative au *Tarif 1.A* était erronée ou, si elle ne l'était pas, elle ne pouvait être prise en considération dans l'affaire relative au *Tarif 17*.

(i) La décision relative au *Tarif 1.A* est erronée

[14] Bien qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune demande de contrôle judiciaire, l'avocat de la SCGDV a prétendu que la décision relative au *Tarif 1.A* était erronée en droit, la Commission ayant tenu pour acquis que l'artiste-interprète et le producteur de musique enregistrée n'ont qu'un seul droit à une rémunération. Il a invoqué à l'appui certains extraits des motifs de la Commission dans cette affaire (en particulier aux pages 377 et 378) où, se penchant sur l'importance relative de la contribution de chacun des différents titulaires de droits, la Commission ne parle que des compositeurs et des artistes-interprètes. Selon l'avocat, l'absence de toute mention des producteurs d'enregistrements indique que la Commission a fait fi de leur droit à une rémunération équitable, un droit distinct de celui des artistes-interprètes, en contrepartie de leur contribution à la valeur de la communication au public par télécommunication d'un enregistrement.

[15] J'estime qu'il serait très étonnant qu'un organisme aussi spécialisé que la Commission commette une erreur aussi fondamentale, surtout que, dans la décision relative à la copie privée, rendue seulement quatre mois après celle relative au *Tarif 1.A*, elle a réparti les redevances à parts plus ou moins égales entre les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs. En effet, dans la décision relative au *Tarif 17*, la

[16] In any event, I am not persuaded that it can be inferred from the extracts to which counsel directed our attention that in *Tariff 1.A* the Board was of the view that there was a single statutory right to remuneration under subsection 19(1) and that makers did not have a right of their own.

[17] As counsel for SOCAN pointed out, the reasons in both *Tariff 1.A* and *Tariff 17* expressly refer to both performers and makers, including a sentence in the paragraph immediately preceding the passage in *Tariff 1.A* (at page 377) on which counsel for NRCC so heavily relied as evidence that the Board thought that subsection 19(1) created only one right. Without detailing all the references to makers and performers in *Tariff 1.A*, I would note the Board's statement (at page 371) that "royalties should account for the rights of both makers and performers" (the emphasis is mine) as clearly indicating that the Board did not regard them as having a single right in which the makers' right to remuneration was somehow subsumed under that of the performers.

[18] Reviewing the reasons as a whole given in both *Tariff 1.A* and *Tariff 17*, I am not satisfied that in either case the Board thought that subsection 19(1) created a single right to remuneration for the performers and makers of recorded music. Rather, the Board was of the view that, in the contexts of those cases (communication rights), unlike that of *Private Copying* (a reproduction right), an equal division of the royalties between SOCAN and NRCC was appropriate.

[19] Moreover, the Board may not always refer separately in its reasons to performers and makers because it does not have to determine how to share the

Commission renvoie expressément (à la page 78) au partage des redevances en trois parts égales établi dans la décision relative à la copie privée.

[16] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas persuadé que l'on puisse inférer des extraits de la décision relative au *Tarif 1.A* cités par l'avocat que la Commission a supposé que le paragraphe 19(1) conférerait un seul droit à une rémunération et que le producteur n'avait pas un droit distinct.

[17] Comme l'a signalé l'avocat de la SOCAN, la décision relative au *Tarif 1.A* et celle relative au *Tarif 17* renvoient expressément aux artistes-interprètes et aux producteurs, y compris dans une phrase du paragraphe précédant immédiatement l'extrait de la décision relative au *Tarif 1.A* (à la page 377) sur lequel l'avocat de la SCGDV a tant insisté pour établir que, selon la Commission, le paragraphe 19(1) ne créait qu'un seul droit. Sans donner le détail de tous les renvois aux producteurs et aux artistes-interprètes dans la décision relative au *Tarif 1.A*, je fais remarquer que l'énoncé de la Commission (à la page 371) selon lequel «les redevances devraient tenir compte tant des droits des producteurs que de ceux des artistes-interprètes» (non souligné dans l'original) indique clairement que la Commission n'a pas considéré qu'ils avaient un seul et même droit à une rémunération et que le droit des producteurs était en quelque sorte compris dans celui des artistes-interprètes.

[18] Après examen de la décision relative au *Tarif 1.A* et de celle relative au *Tarif 17* dans leur ensemble, je ne suis pas convaincu que dans l'un ou l'autre des cas, la Commission croyait que le paragraphe 19(1) créait un droit unique à une rémunération au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de musique enregistrée. La Commission était plutôt d'avis que dans ces affaires portant sur des droits de communication, et non sur un droit de reproduction comme dans l'affaire relative à la copie privée, la répartition des redevances par moitié entre la SOCAN et la SCGDV était appropriée.

[19] En outre, la Commission peut ne pas toujours renvoyer séparément aux artistes-interprètes et aux producteurs dans ses motifs parce qu'elle n'a pas à

royalties between these two rights-holders. Subsection 19(3) effects an automatic equal division between performers and makers when the royalties are paid.

(ii) Tariff 1.A is distinguishable

[20] Counsel for NRCC submitted that, even if *Tariff 1.A* is itself unimpeachable, the Board erred in relying on it to support its decision in *Tariff 17* because the issues in the two cases were quite different. In particular, he said, *Tariff 1.A* was not a royalties allocation case, but one in which the Board had to determine the economic value of the contributions of NRCC's members to the value of the broadcasting of musical recordings for the purpose of assessing the total amount of the royalties payable by commercial radio stations for communicating recordings to the public.

[21] Thus, counsel for NRCC argued, in *Tariff 1.A* the Board fixed the royalty payable to NRCC by reference to the royalty that it already approved for SOCAN and decided that it should be the same. In *Tariff 17*, on the other hand, the Board first fixed the total royalty and then, relying on *Tariff 1.A*, allocated it equally between SOCAN and NRCC.

[22] I am not persuaded that the Board erred in law in *Tariff 17* when it relied on its previous decision in *Tariff 1.A*. A specialized administrative tribunal, such as the Board, is surely entitled to significant deference in the interpretation of its own jurisprudence. How much, I need not decide here. Suffice it to say that I am not persuaded that the Board committed any logical error in applying *Tariff 1.A* to the decision under review.

[23] I agree that *Tariff 1.A* was not an allocation case in the sense that, when NRCC's proposed tariff was considered by the Board, SOCAN's royalty had already

décider de la répartition des redevances entre ces deux catégories de titulaires de droits. Le paragraphe 19(3) opère la répartition automatique des redevances par moitié entre l'artiste-interprète et le producteur.

(ii) Inapplicabilité de la décision relative Tarif 1.A

[20] L'avocat de la SCGDV a fait valoir que même si la décision relative au *Tarif 1.A* est en soi inattaquable, la Commission a eu tort d'en tenir compte pour rendre sa décision relative au *Tarif 17*, les questions soulevées dans les deux affaires étant très différentes. Plus particulièrement, dans la décision antérieure, la répartition des redevances n'était pas en cause, la Commission étant plutôt appelée à décider de la valeur économique de la contribution des membres de la SCGDV à la valeur de la radiodiffusion d'enregistrements de musique afin de déterminer le montant total des redevances payables par les stations de radio commerciales pour la communication au public des enregistrements.

[21] L'avocat de la SCGDV a donc soutenu que, dans l'affaire relative au *Tarif 1.A*, la Commission a décidé des redevances payables à la SCGDV en se fondant sur celles qu'elle avait déjà accordées à la SOCAN et a décidé qu'elles devaient être les mêmes. Or, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la Commission a tout d'abord déterminé le montant total des redevances puis, s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A*, elle l'a réparti à parts égales entre la SOCAN et la SCGDV.

[22] Je ne crois pas que, dans la décision relative au *Tarif 17*, la Commission a commis une erreur de droit en se fondant sur la décision relative au *Tarif 1.A*. À titre de tribunal administratif spécialisé, la Commission a certes droit à une grande déférence lorsqu'elle interprète ses propres décisions. Mais point n'est besoin de déterminer le degré de cette déférence en l'espèce. Je ne suis tout simplement pas persuadé que la Commission a fait preuve d'illogisme en s'appuyant sur la décision relative au *Tarif 1.A* pour rendre la décision contestée.

[23] Je conviens que l'affaire relative au *Tarif 1.A* ne portait pas sur la répartition des redevances en ce sens que, lorsque la SCGDV a soumis le projet de tarif à

been fixed. This was not the case in *Tariff 17*, where both the total amount of the royalties payable to SOCAN and NRCC, and the allocation between them, were decided in the same proceeding. However, in *Tariff 1.A* the Board in effect placed a relative value on the contribution of the members of SOCAN and NRCC by approving a royalty payable to NRCC by reference to that payable to SOCAN. As the Board stated in *Tariff 1.A* (at page 378):

. . . there is no reason to believe that the use of sound recordings on radio stations has any greater value than the use of the underlying works.

[24] Indeed, in *Tariff 1.A* the Board identified (at page 377) the central question before it as whether:

. . . to maintain a one-on-one relationship between the neighbouring rights and the authors' rights or to adjust the rate upwards.

Hence, I am not satisfied that the Board was wrong in law to have regarded *Tariff 1.A* as an appropriate analogy when determining the allocation of the royalties in *Tariff 17*. Incidentally, the Board's reference in the above quotation to the term "neighbouring rights" is another indication that it viewed performers and makers as having separate rights.

[25] Finally, counsel for NRCC submitted that the Board's recent decision in *Reproduction of Musical Works (Re)*, [2003] C.B.D. No. 2 (QL) (hereinafter *SODRAC*) undermines the claim of rationality for the Board's position in *Tariff 17* that it could not determine the relative values of the contributions of authors, performers and makers in a communication right by reference to a reproduction right. Counsel submitted that in *SODRAC* the Board decided to value a reproduction right on the basis of a communication right. This, counsel argued, was inconsistent with the Board's decision in *Tariff 17* to disregard evidence submitted on behalf of NRCC relating to reproduction rights, and to value NRCC's communication right in that case by reference only to another communication right case.

l'examen de la Commission, les redevances auxquelles avait droit la SOCAN avaient déjà été établies. Tel n'était pas le cas en l'espèce, le montant total des redevances payables à la SOCAN et à la SCGDV, et leur répartition entre les deux sociétés de gestion ayant été déterminés dans le cadre de la même instance. Toutefois, dans la décision relative au *Tarif 1.A*, la Commission a en effet accordé une valeur relative à la contribution des membres de la SOCAN et de la SCGDV en approuvant les redevances payables à cette dernière par renvoi à celles devant être versées à la SOCAN. Elle a d'ailleurs dit (à la page 378):

[. . .] il n'y a pas de raison de croire qu'à la radio les enregistrements sonores ont une valeur supérieure aux œuvres enregistrées [. . .]

[24] Elle a en fait ajouté (à la page 377) que la principale question à trancher était la suivante:

[. . .] maintenir la parité entre les deux tarifs ou [a]juster le taux à la hausse.

Partant, je ne suis pas convaincu que la Commission a commis une erreur de droit en considérant que l'affaire relative au *Tarif 1.A* était analogue pour les besoins de la répartition des redevances dans l'affaire relative au *Tarif 17*. Incidemment, le fait que la Commission renvoie aux «droits voisins» dans l'extrait susmentionné donne également à penser que, selon elle, artistes-interprètes et producteurs ont des droits distincts.

[25] Enfin, l'avocat de la SCGDV a fait valoir qu'une décision récente—*Reproduction d'œuvres musicales (Re)*, [2003] D.C.D.A. n° 2 (QL) (décision relative à la *SODRAC*)—fait ressortir l'illogisme de la Commission lorsqu'elle affirme, dans sa décision relative au *Tarif 17*, qu'elle ne pouvait pas déterminer la valeur relative de la contribution des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à un droit de communication en fonction d'un droit de reproduction. L'avocat a soutenu que, dans la décision relative à la *SODRAC*, la Commission a décidé d'évaluer un droit de reproduction comme elle l'avait fait pour un droit de communication. Selon lui, cela était incompatible avec la décision de la Commission, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, de faire abstraction de la preuve présentée pour le compte de la



[26] I am not at all sure that I agree with counsel's characterization of the Board's reasoning in *SODRAC*, nor with his submission that the two decisions proceed on contradictory bases. In *SODRAC*, the Board was dealing with a claim for a royalty in respect of commercial radio stations' copying of recordings onto their computers before broadcasting them. The Board concluded that, in that context, the value of the reproduction right was only one-third that of the communication right.

[27] In any event, an inconsistency between the reasoning in *SODRAC* and *Tariff 17* would not justify the Court in reviewing for correctness the Board's decision in *Tariff 17* to distinguish between a communication right and a reproduction right for the purpose of the present case: *Domtar Inc. v. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pages 795-797. Nor does *SODRAC* demonstrate that it was patently unreasonable for the Board in *Tariff 17* to have adopted the analysis in *Tariff 1.A.*

### (iii) Conclusion

[28] Counsel for NRCC conceded that, but for these alleged errors, the Board's allocation of royalties in *Tariff 17* was not unlawful. Consequently, since in my opinion the Board did not err as alleged by NRCC, I do not agree with NRCC's arguments on Issue 1.

Issue 2: Did the Board err by ignoring NRCC's evidence on the relative values of the contributions made by

SCGDV concernant des droits de reproduction et de déterminer la valeur du droit de communication de la SCGDV, dans cette affaire, en s'appuyant uniquement sur une autre décision portant sur un droit de communication.

[26] Je ne suis pas du tout certain que je puisse être d'accord avec cette interprétation du raisonnement de la Commission dans la décision relative à la *SODRAC*, non plus qu'avec la prétention selon laquelle les deux décisions ont des fondements contradictoires. Dans l'affaire relative à la *SODRAC*, la Commission était saisie d'une demande de versement de redevances pour la reproduction d'enregistrements sur ordinateur, par des stations de radio commerciales, en vue de leur radiodiffusion. La Commission a conclu que, dans ce contexte, la valeur du droit de reproduction équivalait seulement au tiers de la valeur du droit de communication.

[27] De toute manière, même s'il y avait contradiction entre le raisonnement tenu dans la décision relative à la *SODRAC* et celle relative au *Tarif 17*, la Cour ne serait pas justifiée de réviser en fonction de la norme de la décision correcte la décision de la Commission, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, de distinguer entre un droit de communication et un droit de reproduction pour les besoins de la présente espèce: *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, aux pages 795 à 797. La décision relative à la *SODRAC* n'établit pas non plus que, dans l'affaire relative au *Tarif 17*, il était manifestement déraisonnable de reprendre l'analyse adoptée dans l'affaire relative au *Tarif 1.A.*

### (iii) Conclusion

[28] L'avocat de la SCGDV a reconnu que, abstraction faite des erreurs alléguées, la répartition des redevances dans la décision relative au *Tarif 17* n'était pas contraire à la loi. Par conséquent, comme j'estime que la Commission n'a pas commis ces erreurs, je ne fais pas droit aux prétentions de la SCGDV concernant la première question en litige.

Deuxième question: La Commission a-t-elle eu tort de ne pas tenir compte de la preuve présentée par la

authors, performers and makers to the value of the communication to the public by DPA of recorded music?

[29] Counsel for NRCC submitted that the Board committed a reviewable error by ignoring the evidence adduced by NRCC when it determined the relative contributions of authors on the one hand, and performers and makers on the other, to the value of the communication of recorded music to the public by DPA. In the absence of any other evidence on this issue, counsel argued, the Board's determination should be set aside under paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as based on an erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it.

[30] After referring to the extensive evidence on various commercial aspects of DPA provided by witnesses called on behalf of both SOCAN and NRCC, and by objectors to the proposed tariffs, the Board said (at page 72):

As informative as the evidence provided may have been, and for reasons stated below, the analytical framework and the approach used by the Board to derive the tariff rate make it unnecessary to review this evidence in detail.

As I have already noted, the Board adopted its approach in *Tariff I.A.*, also a communication right decision, and divided the royalties equally between SOCAN and NRCC.

[31] I do not agree that the Board "ignored" NRCC's evidence. It is clear from the Board's reasons that it was very well aware of this evidence. However, having decided that *Tariff I.A.* was an appropriate analogy for *Tariff 17*, the Board simply did not accept NRCC's evidence, which was based largely on the sale of recordings, where the royalty share was for the

SCGDV concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur de la communication au public par des services sonores payants numériques de musique enregistrée?

[29] L'avocat de la SCGDV a fait valoir que la Commission a commis une erreur ouvrant droit au contrôle judiciaire en faisant fi de la preuve offerte par la SCGDV pour déterminer la contribution relative des auteurs, d'une part, et des artistes-interprètes et des producteurs, d'autre part, à la valeur de la communication au public par des services sonores payants numériques de musique enregistrée. À défaut de tout autre élément de preuve à cet égard, l'avocat a soutenu que la décision de la Commission devait être annulée en application de l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, parce qu'elle se fonde sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments versés au dossier.

[30] Après avoir fait état des témoignages détaillés présentés par la SOCAN et la SCGDV, de même que par les opposants aux projets de tarif, concernant les divers aspects commerciaux des services sonores payants numériques, la Commission a dit ce qui suit (à la page 72):

Tout éclairants qu'aient pu être les éléments de preuve présentés, et pour les raisons énoncées ci-dessous, le cadre analytique et la méthode utilisés par la Commission pour en arriver à un taux rendent inutile l'examen détaillé de ces éléments.

Comme je l'ai déjà signalé, telle a été la démarche de la Commission dans l'affaire relative au *Tarif I.A.*, où il était également question d'un droit de communication, et les redevances ont été réparties à parts égales entre la SOCAN et la SCGDV.

[31] J'estime que la Commission n'a pas «fait fi» de la preuve de la SCGDV. Il ressort de ses motifs qu'elle l'a bel et bien prise en considération. Cependant, ayant décidé qu'il y avait lieu de faire une analogie avec l'affaire relative au *Tarif I.A.*, la Commission a tout simplement écarté cette preuve, qui se fondait en grande partie sur la vente d'enregistrements, la quote-part des

reproduction right. In *Tariff 17*, NRCC adduced no evidence on the relative contributions of authors, performers and makers to the value of the right respecting the communication to the public by telecommunication of recorded music.

[32] Since I have concluded that the Board did not commit a reviewable error when it based the allocation of royalties on its commercial broadcasting decision, it was entitled to reject NRCC's evidence in favour of its analysis in *Tariff 1.A.*

Issue 3: Did the Board misuse the discretion conferred by subsection 68(3) of the Copyright Act in certifying a single tariff for SOCAN and NRCC when the parties had submitted separate proposed tariffs for the Board's consideration and did not consent to the certification of a single tariff?

[33] It was agreed that subsection 68(3) of the *Copyright Act* is the provision most directly relevant to determining whether the Board erred in law in this respect.

68. . . .

(3) The Board shall certify the tariffs as approved, with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary, having regard to

(a) any objections to the tariffs under subsection 67.1(5); and

(b) the matters referred to in subsection (2). [Underlining added.]

Subsection 68(2) [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 45], referred to in subsection 68(3), provides:

68. . . .

(2) In examining a proposed tariff for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of performer's performances of musical

redevances se rattachant dans ce cas au droit de reproduction. Dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la SCGDV n'a présenté aucun élément de preuve concernant la contribution relative des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs à la valeur du droit afférent à la communication au public par télécommunication de musique enregistrée.

[32] Comme j'estime que la Commission n'a pas commis d'erreur ouvrant droit au contrôle judiciaire en fondant sa répartition des redevances sur sa décision en matière de radiodiffusion commerciale, il lui était loisible de rejeter la preuve de la SCGDV et de privilégier l'analyse sous-jacente à la décision relative au *Tarif 1.A.*

Troisième question: La Commission a-t-elle abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 68(3) de la Loi sur le droit d'auteur en homologuant un seul tarif pour la SOCAN et la SCGDV alors que les parties avaient soumis à son examen des projets de tarif distincts et n'ont pas consenti à l'homologation d'un seul tarif?

[33] Les parties ont convenu que le paragraphe 68(3) de la *Loi sur le droit d'auteur* est la disposition la plus directement applicable pour décider si la Commission a commis une erreur de droit à cet égard.

68. [ . . . ]

(3) Elle homologue les projets de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires compte tenu, le cas échéant, des oppositions visées au paragraphe 67.1(5) et du paragraphe (2). [Soulignement ajouté.]

Le paragraphe 68(2) [mod. par L.C. 1997, ch 24, art. 45], auquel renvoie le paragraphe 68(3), dispose:

68. [ . . . ]

(2) Aux fins d'examen des projets de tarif déposés pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de prestations d'œuvres musicales ou

works, or of sound recordings embodying such performer's performances, the Board

(a) shall ensure that

...

(iii) the payment of royalties by users pursuant to section 19 will be made in a single payment; and

(b) may take into account any factor that it considers appropriate. [Underlining added.]

[34] Although not directly relevant, subsection 66.7(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 12] also illustrates the breadth of the adjectival powers that Parliament has conferred on the Board.

66.7 (1) The Board has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its decisions and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

[35] Counsel for NRCC argued that Parliament has not expressly conferred on the Board the power to certify a single tariff when parties have proposed separate tariffs and do not consent to the certification of a single tariff. He submitted that subsection 68(3) is inapplicable because it only empowers the Board to modify the tariffs proposed by the collective societies, with such alterations to the royalties and the terms and conditions related to the royalties as the Board considers necessary. Converting two separate tariffs into a single tariff is not, he submitted, an alteration to the royalties or to the terms and conditions attached to them.

[36] In order to address this issue, I must decide he following three questions.

(i) Mootness

[37] Counsel for CCTA urged the Court not to decide the validity of the single tariff, on the ground that, since Tariff 17 has now expired, the issue is moot. However, the Court has discretion to decide a moot issue when to do so would be in the interests of justice and would make an appropriate use of scarce judicial resources: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

d'enregistrements sonores constitués de ces prestations, la Commission :

a) doit veiller à ce que:

[. . .]

(iii) le paiement des redevances visées à l'article 19 par les utilisateurs soit fait en un versement unique;

b) peut tenir compte de tout facteur qu'elle estime indiqué. [Soulignement ajouté.]

[34] Bien qu'il ne soit pas directement applicable, le paragraphe 66.7(1) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 10, art. 12] montre l'étendue des pouvoirs que le législateur a conférés à la Commission sur le plan de la procédure.

66.7 (1) La Commission a, pour la comparution, la prestation de serments, l'assignation et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production d'éléments de preuve, l'exécution de ses décisions et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

[35] Selon l'avocat de la SCGDV, le législateur n'a pas expressément investi la Commission du pouvoir d'homologuer un tarif unique lorsque les parties présentent des projets distincts et ne consentent pas à l'homologation d'un seul et même tarif. Aussi, le paragraphe 68(3) serait inapplicable parce qu'il autorise seulement la Commission à modifier le tarif proposé par les sociétés de gestion, et à apporter aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle juge nécessaires. Le regroupement de deux tarifs distincts en un seul n'équivaudrait pas à une modification des redevances ou des modalités afférentes.

[36] Il me faut, pour me prononcer sur ce point, trancher les trois questions suivantes.

(i) Caractère théorique de la question

[37] L'avocat de l'ACTC a exhorté la Cour à ne pas se prononcer sur la validité du tarif unique puisque, le tarif 17 étant maintenant expiré, la question est théorique. Toutefois, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de trancher une question théorique lorsqu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire et qu'il s'agit d'une utilisation appropriée de ressources judiciaires limitées:

342.

[38] In my opinion, this is such a case. First, since new tariffs will be proposed and approved from time to time, and CCTA favours a single tariff and NRCC does not, there is a continuing adversarial relationship between CCTA and NRCC on this issue. Second, since the question of whether the Board may certify a single tariff against the wishes of the parties is likely to resurface, it would be an efficient use of resources to decide it now: it is a question of law that has been fully argued in this application; it is of some importance to the Board in this and other proceedings; and it is not fact-specific. Given the procedural or remedial nature of the issue and its ongoing significance for the parties, it is not “political overreaching” for the Court to decide whether the Board may certify a single tariff when two or more have been submitted, even if, on the facts of this case, the question is moot.

(ii) Standard of review

[39] In order to decide if the Board committed an error of law in certifying a single tariff, it is first necessary to apply a pragmatic and functional analysis to determine the standard of review applicable to this aspect of the Board’s decision.

(a) access to the court

[40] The *Copyright Act* contains neither a right of appeal from the Board to the Court, nor a preclusive clause sheltering the Board’s decisions from judicial review. This factor in the functional and pragmatic analysis is therefore neutral on the applicable standard of review: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 27.

(b) relative expertise of the Board on the issue in dispute

[41] This factor requires an assessment of whether the expertise of the administrative agency on the issue in

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

[38] J’estime que tel est le cas en l’espèce. Premièrement, comme de nouveaux projets de tarif seront proposés et approuvés de temps à autre et que, contrairement à la SCGDV, l’ACTC privilégie un tarif unique, un différend oppose toujours les deux organismes sur ce point. Deuxièmement, puisque la question de savoir si la Commission peut homologuer un seul tarif contre la volonté des parties est susceptible de se poser à nouveau, ce serait employer efficacement les ressources judiciaires que de la trancher maintenant. Cette question de droit a été dûment plaidée en l’espèce, elle revêt une certaine importance pour la Commission dans la présente affaire ainsi que dans d’autres et elle n’est pas liée aux faits de l’espèce. Comme la question ressortit à la procédure ou à la réparation et qu’elle continuera de revêtir une importance pour les parties, la Cour ne dérogerait pas à sa politique en décidant si la Commission peut homologuer un tarif unique lorsque deux projets ou plus sont soumis à son examen même si, en l’espèce, la question est théorique.

(ii) Norme de contrôle

[39] Pour décider si la Commission a commis une erreur de droit en homologuant un seul tarif, une analyse pragmatique et fonctionnelle s’impose tout d’abord pour déterminer la norme de contrôle applicable à ce volet de la décision.

a) Voie de recours

[40] La *Loi sur le droit d’auteur* ne prévoit aucun droit d’appel devant la Cour à l’égard des décisions de la Commission, et aucune clause privative ne met celles-ci à l’abri d’un contrôle judiciaire. Dans le cadre de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, ce facteur est donc neutre quant à la norme de contrôle applicable: *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 27.

b) Expertise relative de la Commission quant à la question en litige

[41] Ce facteur exige que l’on décide si l’expertise de l’organisme administratif en la matière est plus grande

dispute exceeds that of the reviewing court. If it does, a deferential standard of review is indicated. In order to make this assessment, a reviewing court must consider the extent of the expertise of both the agency and the court, and the nature of the problem before the administrative agency.

[42] As for the general scope of the Copyright Board's expertise, it is relevant to note that the Board has no explicit policy-making and legislative powers, but performs its functions on a case-by-case basis. Nonetheless, its function is highly specialized and its subject-matter is of a technical nature. The Board's statutory mandate requires it to set the rates of remuneration payable to the collective societies that represent various copyright holders, and to determine what terms and conditions, if any, should be attached to the royalties. In exercising this broad rate-setting discretion, the Board must balance the competing interests of copyright holders, service providers and the public.

[43] In addition, it is relevant to note that, like other federal regulatory agencies, the Board is an independent specialist administrative tribunal which informs itself through both the evidence adduced and the submissions made on behalf of interested parties at its hearings, and the contributions of its staff.

[44] In contrast, courts have no institutional front-line experience in economic regulation, and lack an understanding of the technical complexity and polycentric policy aspects of the various regulatory contexts in which administrative agencies, including the Copyright Board, operate.

[45] The nature of the problem before the Board in this case, namely, whether to certify a single tariff in *Tariff 17*, is one of law, since it involves the scope of a procedural or remedial provision in the Board's enabling legislation. More particularly, the question is whether the Board's discretion under subsection 68(3) to certify the tariffs submitted, "with such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto", authorizes the Board to issue one tariff when the parties

que celle de la cour chargée du contrôle. Dans l'affirmative, la déférence s'impose. Pour en décider, la cour doit se pencher sur l'étendue de l'expertise de l'organisme et de la sienne, ainsi que sur la nature de la question dont est saisi l'organisme administratif.

[42] En ce qui concerne l'étendue de l'expertise de la Commission du droit d'auteur en général, il convient de signaler que la Commission n'est pas expressément investie du pouvoir d'adopter des politiques et de légiférer, mais qu'elle statue sur des dossiers individuels. Néanmoins, il s'agit d'un organisme très spécialisé appelé à se prononcer sur des questions techniques. La mission légale de la Commission est de fixer la rémunération payable aux sociétés de gestion représentant les divers titulaires du droit d'auteur et d'arrêter les modalités afférentes, s'il en est. Pour ce faire, elle doit soupeser les intérêts opposés des titulaires du droit d'auteur, des fournisseurs de services et du public.

[43] En outre, il convient de signaler que, à l'instar de tout organisme de réglementation fédéral, la Commission est un tribunal administratif spécialisé indépendant qui tire l'information dont il a besoin de la preuve présentée et des observations formulées à ses audiences pour le compte des intéressés et des recherches effectuées par son personnel.

[44] À l'opposé, les cours de justice n'ont aucune expérience institutionnelle directe de la régulation économique et sont peu familiarisées avec la complexité technique et les aspects politiques polycentriques des différents contextes de réglementation dans lesquels évoluent les organismes administratifs, dont la Commission sur le droit d'auteur.

[45] La nature de la question dont était saisie la Commission en l'espèce, soit homologuer ou non un tarif unique dans la décision relative au *Tarif 17*, est une question de droit parce qu'elle met en cause la portée d'une disposition de nature procédurale ou réparatrice de la loi habilitante de la Commission. Plus particulièrement, la question est de savoir si le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 68(3) d'homologuer un projet de tarif «après avoir apporté aux

submitted two separate tariffs for the Board's consideration and did not consent to the certification of a single tariff.

[46] That this question may well arise in other proceedings before the Board, and that the Board's answer to it in *Tariff 17* is likely to have precedential significance, militate towards review for correctness. On the other hand, unlike the question in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2002] 4 F.C. 3 (C.A.), the disputed provision in this application is not one that a court might have to decide in the context of an action for copyright infringement.

[47] Furthermore, the question concerns the Board's power to grant a remedy of a kind that is unfamiliar in litigation conducted in the courts. I would refer in this context to the well-known passage in *Canada Labour Relations Board et al. v. Halifax Longshoremen's Association et al.*, [1983] 1 S.C.R. 245, at page 255, where Laskin C.J. said:

Even more in fashioning a remedy conferred in such broad terms is the Board's discretion to be respected than when it is challenged as exceeding its jurisdiction to determine whether there has been a breach of a substantive provision of the [*Canada Labour*] Code.

[48] Nonetheless, it may be claimed that the question at issue in the present case should be characterized as "jurisdictional" precisely because it concerns the interpretation of a grant of statutory remedial discretion. It is the kind of provision that, in the words of Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at page 420 (*l'Acadie*), "describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal", and hence attracts review on a standard of correctness.

[49] Indeed, in *Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. Canadian Broadcasting Corporation*

redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires» autorise la Commission à établir un tarif lorsque les parties ont soumis à son examen deux projets distincts et n'ont pas consenti à l'homologation d'un tarif unique.

[46] Le fait que la question est susceptible de se poser à nouveau dans d'autres instances devant la Commission et que son règlement dans la décision relative au *Tarif 17* est susceptible de faire jurisprudence milite en faveur de la norme de la décision correcte. Par contre, contrairement à la question en litige dans *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2002] 4 C.F. 3 (C.A.), l'interprétation de la disposition en cause en l'espèce n'est pas une question qu'une cour de justice pourrait avoir à trancher dans le contexte d'une action en violation du droit d'auteur.

[47] En outre, la question touche le pouvoir de la Commission d'accorder une réparation étrangère à celles qu'accorde une cour de justice. Je cite à cet égard l'extrait bien connu de l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail et autre c. Association des débardeurs d'Halifax et autres*, [1983] 1 R.C.S. 245, à la page 255, où le juge en chef Laskin dit:

Dans l'élaboration d'un redressement autorisé en des termes aussi généraux, le pouvoir discrétionnaire du Conseil doit être respecté encore plus lorsque le Conseil est contesté pour avoir excédé son pouvoir de décider s'il y a eu violation d'une disposition importante du Code [canadien du travail].

[48] Quoi qu'il en soit, l'on peut soutenir que la question en litige dans la présente affaire doit être considérée comme une question de «compétence» précisément parce qu'elle a trait à l'interprétation de l'octroi, par le législateur, du pouvoir discrétionnaire de réparation. Il s'agit du genre de disposition qui, pour reprendre les termes employés par le juge Beetz dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la page 420 (*l'Acadie*), «décrit, énumère et limite les pouvoirs d'un tribunal administratif» et qui, de ce fait, commande l'application de la norme de la décision correcte.

[49] En effet, dans *Société des droits d'exécution du Canada Ltée c. Société Radio-Canada* (1986), 7 C.P.R.

(1986), 7 C.P.R. (3d) 433 (F.C.A.) (*Performing Rights*), it was held that whether the predecessor of the Copyright Board, on the basis of statutory provisions somewhat different from those now in force, could merge two tariffs submitted by the applicant was a jurisdictional question, which the Board was found to have decided correctly.

[50] In my opinion, however, a lot of water has gone under the judicial review bridge since Beetz J. formulated the test in *l'Acadie, supra*, for determining which provisions of an enabling statute an administrative agency must interpret correctly if its decision is to withstand judicial review for jurisdictional error when protected by a strong preclusive clause. See, for example, *Professional Association of Foreign Service Officers v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 162; [2003] F.C.J. No. 483 (C.A.) (QL), at paragraph 11 (*per Strayer J.A.*).

[51] That a statutory provision comfortably seems to fit the description of one that “describes, lists and limits the powers of an administrative tribunal” is no longer conclusive of the standard of review, even when the scope of a tribunal’s remedial powers is at issue. For the following reasons, resort to the language of jurisdiction as used in *l'Acadie, supra*, no longer enables a reviewing court to avoid a pragmatic and functional analysis in order to determine the standard of review.

[52] First, the *l'Acadie* test for identifying “jurisdictional” provisions in an agency’s statute predates the emergence of the pragmatic and functional approach for determining the standard of review first propounded in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, by Beetz J., four years after he wrote the reasons for judgment of the Court in *l'Acadie*. In my view, there is a logical incompatibility between a pragmatic and functional analysis for determining the appropriate standard of review, and a formalistic approach that purports to identify certain statutory

(3d) 433 (C.A.F.) (arrêt relatif aux *Droits d'exécution*), la Section d’appel a statué que la question de savoir si, sur le fondement de dispositions législatives quelque peu différentes de celles actuellement en vigueur, l’organisme auquel a succédé la Commission du droit d’auteur pouvait fusionner deux projets de tarif présentés par la partie demanderesse, était une question de compétence et que la Commission l’avait tranchée correctement.

[50] À mon sens, toutefois, la jurisprudence a considérablement évolué en matière de contrôle judiciaire depuis que le juge Beetz a énoncé, dans l’arrêt *l'Acadie*, le critère permettant de déterminer quelles dispositions de sa loi habilitante un organisme administratif doit interpréter correctement pour que sa décision échappe au contrôle judiciaire demandé sur le fondement d’une erreur de compétence en présence d’une clause privative non équivoque. Voir par exemple *Assoc. professionnelle des agents du Service extérieur c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 162; [2003] A.C.F. n° 483 (C.A.) (QL), au paragraphe 11 (le juge Strayer).

[51] Le fait qu’une disposition législative puisse être assimilée sans difficulté à une disposition «qui décrit, énumère et limite les pouvoirs d’un tribunal administratif» n’est plus déterminant quant à la norme de contrôle applicable, même lorsque l’étendue du pouvoir de réparation d’un tribunal est en cause. Pour les raisons qui suivent, l’emploi de termes propres à la délimitation de la compétence selon l’arrêt *l'Acadie* ne permet plus à la cour chargée du contrôle de se soustraire à l’analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable.

[52] Premièrement, le critère dégagé dans cet arrêt pour circonscrire les dispositions de la loi habilitante délimitant la compétence d’un organisme est antérieur à l’adoption de l’analyse pragmatique et fonctionnelle comme moyen de déterminer la norme de contrôle applicable. Cette analyse a été mise de l’avant par le juge Beetz dans *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, quatre ans après qu’il eut rédigé les motifs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *l'Acadie*. Selon moi, il y a incompatibilité logique entre le recours à l’analyse pragmatique et fonctionnelle pour



provisions as attracting correctness review because they describe, define or limit the powers of an administrative agency. The fact of the matter is that every statutory provision that prescribes the circumstances that must exist, or be taken into account, before an agency decides a matter or takes some action can be said to describe, define or limit its powers.

[53] Second, in cases decided after *Bibeault*, the Supreme Court of Canada has indicated that a specialist agency's interpretation of its remedial powers is not necessarily reviewable on a correctness standard: see especially, *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, and *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793 (*CUPE, Local 301*).

[54] However, unlike the labour boards under review in *Royal Oak Mines* and *CUPE, Local 301*, the Copyright Board's decisions are not protected by a preclusive clause. Nonetheless, the grant of discretion to the Board to certify a tariff as approved, with such alterations to the royalties and the terms and conditions attached thereto as it considers necessary, is unusually broad. The matters to which the Board is to have regard in considering the exercise of the power conferred by subsection 68(3) include those referred to in subsection 68(2), which, for NRCC tariffs, include "any factor that [the Board] considers appropriate": paragraph 68(2)(b). The unusual breadth of the Board's statutory discretion indicates a legislative intention that the Board's view of its scope should be given deference: *Dr. Q, supra*, at paragraph 31.

[55] Third, to the extent that the Supreme Court of Canada continues to have regard to a statutory provision's "jurisdictional" nature in the *l'Acadie, supra*,

déterminer la norme de contrôle applicable et l'adoption d'une démarche formaliste visant à circonscrire certaines dispositions législatives justifiant un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte parce qu'elles décrivent, énumèrent ou limitent les pouvoirs d'un organisme administratif. Le fait est que toute disposition législative précisant les conditions devant être réunies ou prises en considération pour qu'un organisme rende une décision ou prenne une mesure peut être considérée comme décrivant, énumérant ou limitant les pouvoirs de l'organisme.

[53] Deuxièmement, dans des arrêts postérieurs à *Bibeault*, la Cour suprême du Canada a indiqué que l'interprétation, par un organisme spécialisé, de ses pouvoirs de réparation n'ouvre pas nécessairement droit à un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte: voir en particulier *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793 (*SCFP, section locale 301*).

[54] Or, contrairement à celles des organismes visés par la demande de contrôle judiciaire dans *Royal Oak Mines* et *SCFP, section locale 301*, les décisions de la Commission du droit d'auteur ne sont pas protégées par une clause privative. Néanmoins, la portée du pouvoir discrétionnaire accordé à la Commission pour homologuer un projet de tarif après avoir apporté aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires, est inhabituellement large. Les éléments dont la Commission doit tenir compte pour décider d'exercer ou non le pouvoir conféré au paragraphe 68(3) comprennent ceux mentionnés au paragraphe 68(2), ce qui, pour les besoins des tarifs de la SCGDV, englobe «tout facteur [que la Commission] estime indiqué»: alinéa 68(2)b). L'étendue inhabituelle du pouvoir discrétionnaire dont la loi investit la Commission traduit l'intention du législateur que les décisions de la Commission concernant l'étendue de ce pouvoir appellent la déférence: *Dr Q, précité*, au paragraphe 31.

[55] Troisièmement, lorsque, pour décider de la norme de contrôle applicable, la Cour suprême du Canada tient compte du fait qu'une disposition législative touche à la

sense when determining the standard of review, it is only as one part of one factor of the pragmatic and functional analysis, namely the nature of the problem before the agency: *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraphs 22 and 24.

[56] Taking into account both the relative expertise of the Board and the Court, and the nature of the problem before it, I have concluded that the Board is better placed than the Court to determine if its powers include the certification of a single tariff when the parties have neither submitted, nor consented to one. This is not a question of law that is relevant to copyright infringement proceedings, but is of a specialized nature that arises in the course of proceedings that Parliament has entrusted to the exclusive jurisdiction of the Board. And, as the Board's reasons in *Tariff 17* indicate, the issue engages the Board's regulatory expertise to a greater extent than any of the general principles of statutory interpretation developed by the courts as the bases on which they interpret legislation.

[57] Thus, the Board explained in its reasons (at pages 85-87) that a single tariff document containing both the amount that service providers must pay to each collective, and one set of terms and conditions, would ease the administrative burden on providers who might otherwise have to consult more than one document to determine both their total liability and the different terms and conditions attaching to the multiple royalties.

[58] The Board considered NRCC's objections, but concluded on the basis of the experience with the single tariff that has been in place for retransmission rights, that a single tariff for DPA was unlikely to cause significant problems for NRCC and that the advantages of a single tariff were considerable. Nonetheless, the Board decided not to designate a single agent to collect the royalties, but to leave it to NRCC and SOCAN to reach an agreement on an integrated royalty payment system.

[59] It seems clear to me from the Board's reasons that whether its broad powers over the royalties and the terms

«compétence» au sens de l'arrêt *l'Acadie*, précité, ce n'est que dans le cadre d'un volet de l'un des facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, soit la nature de la question dont est saisi l'organisme: *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, aux paragraphes 22 et 24.

[56] Compte tenu, d'une part, de l'expertise relative de la Commission et de la Cour et, d'autre part, de la nature de la question à trancher, j'arrive à la conclusion que la Commission est plus à même que la Cour de décider si ses pouvoirs lui permettent d'homologuer un tarif unique que les parties n'ont ni proposé ni accepté. Il ne s'agit pas d'une question de droit intéressant une instance en violation du droit d'auteur, mais d'une question de nature technique soulevée dans le cadre d'une instance sur laquelle le législateur a conféré à la Commission une compétence exclusive. Et comme l'indiquent les motifs de la Commission dans l'affaire relative au *Tarif 17*, la question fait intervenir l'expertise de la Commission en matière de réglementation bien plus que les principaux généraux d'interprétation législative établis par les tribunaux.

[57] Ainsi, aux pages 85 à 87 de ses motifs, la Commission explique qu'un tarif unique fixant le montant que les fournisseurs de services doivent verser à chacune des sociétés de gestion et renfermant un seul ensemble de conditions afférentes facilitera la tâche aux fournisseurs qui, autrement, pourraient devoir consulter plus d'un document pour déterminer leur obligation totale et les différentes modalités afférentes aux multiples redevances.

[58] La Commission a examiné les motifs d'opposition de la SCGDV, mais a conclu que, comme pour le cas des droits de retransmission, l'application d'un tarif unique pour les SSPN ne causera pas de difficultés majeures à la SCGDV et que les avantages d'un tarif unique étaient considérables. Toutefois, elle n'a pas désigné un agent unique pour la perception des redevances, mais a plutôt laissé à la SCGDV et à la SOCAN le soin de convenir d'un système de paiement intégré.

[59] Il ressort selon moi des motifs de la Commission que la question de savoir si ses larges pouvoirs en

and conditions attached to them enable it to certify a single tariff is intimately linked to the performance of its statutory functions, including issues of regulatory efficiency and fairness. Although this question has an importance that extends beyond the facts of this case, and is thus likely to have precedential effect, the Board's understanding of the administration of tariffs and of balancing the competing economic interests at stake, is more relevant than any general knowledge of law or legal principles to determining whether subsection 68(3) authorizes the Board unilaterally to certify a single tariff.

[60] Accordingly, the relative expertise of the agency and the reviewing court on the issue in dispute, often described as the most important factor in the pragmatic and functional analysis (see, for example, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraphs 32-33), indicates a legislative intention that the Court should exercise considerable restraint in reviewing the Board's decision to certify a single tariff.

(c) purpose of the statute

[61] This factor in the pragmatic and functional analysis requires a consideration of the purposes of the statutory scheme as a whole, as well as those of the particular provision in dispute. The purpose of the *Copyright Act* as a whole is to ensure that the creators of literary, musical and other works are compensated for others' use of them. More particularly, the provisions of Part VII of the *Copyright Act* establishing a scheme for the collective administration of the various copyrights that may inhere in a particular work are presumably intended to minimize the costs of enforcement. The Act seeks to balance in the public interest the competing claims of producers, users and consumers.

[62] To this end, Parliament established the Copyright Board to administer the scheme by approving royalties and invested it with the powers necessary for it to discharge its regulatory responsibilities in a complex area. Rapid and profound technological developments

matière d'attribution des redevances et d'établissement des modalités afférentes l'autorisent à homologuer un seul tarif est intimement liée à l'exécution de son mandat légal, y compris l'efficacité et l'équité de la régulation. Même si cette question revêt une importance qui déborde du cadre de la présente espèce et que son règlement est donc susceptible de faire jurisprudence, la manière dont la Commission conçoit l'administration des tarifs et la mise en balance des intérêts économiques opposés qui sont en jeu importe davantage que toute connaissance générale du droit ou des principes juridiques pour déterminer si le paragraphe 68(3) autorise l'homologation unilatérale d'un seul tarif.

[60] L'expertise relative de l'organisme et celle de la cour chargée du contrôle à l'égard de la question en litige, souvent considérée comme le facteur le plus important de l'analyse pragmatique et fonctionnelle (voir par exemple *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 32 à 33), donne donc à penser que l'intention du législateur était que la Cour fasse preuve d'une grande déférence envers la décision de la Commission de n'homologuer qu'un seul tarif.

c) Objet de la loi

[61] Ce facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle exige que l'on examine l'objet du régime législatif dans son ensemble de même que celui de la disposition en cause. L'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* dans son ensemble est de faire en sorte que les créateurs d'œuvres littéraires, musicales et autres soient rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres par autrui. Plus particulièrement, les dispositions de la partie VII établissant le cadre de la gestion collective des divers droits d'auteur que confère une œuvre en particulier visent présumément à limiter le coût d'application. La Loi a pour objectif de pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs.

[62] C'est pourquoi le législateur a mis sur pied la Commission du droit d'auteur et l'a chargée de l'administration du régime par l'approbation des redevances et lui a conféré les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de ses obligations de régulation dans un

are reshaping the market and require sophisticated regulatory responses in order to ensure that all who contribute value to the recording of a musical work are fairly compensated, and that consumers are not prejudiced. In *Dr. Q*, *supra*, at paragraph 31, the Supreme Court recently re-emphasized that deference is indicated by a statutory scheme in which a specialized tribunal is granted broad discretion to balance in the public interest competing rights and economic interests.

[63] As for the purpose of subsection 68(3) itself, Parliament presumably intended it to equip the Board with the powers necessary to enable it to implement its decisions in an effective and efficient manner. Hence, it conferred a very wide discretion on the Board to certify royalties, including, in the case of NRCC tariffs, the power to take into account such factors as it considers appropriate. Review on a standard of correctness would be incompatible with these purposes.

(d) conclusion

[64] On the basis of this analysis, I have concluded that whether the Board may unilaterally merge tariffs is not a question that is reviewable on the correctness standard. I have given particular weight to two factors. First, although the question is ultimately one of statutory interpretation, it also concerns the crafting of appropriate remedial or procedural devices. Hence, the question is very much within the area of the expertise of the Board, which enjoys exclusive jurisdiction over the approval of tariffs submitted by collective societies. Second, the statutory discretion conferred on the Board to enable it to perform its functions is very broad.

[65] Finally, the emergence of the pragmatic and functional analysis for determining the standard of review has overtaken the purely “jurisdictional” approach adopted in *Performing Rights*, *supra*, for

domaine complexe. L'évolution rapide et radicale de la technologie refaçonne le marché et exige la prise de mesures de régulation élaborées afin que tous ceux qui contribuent à la valeur de l'enregistrement d'une œuvre musicale touchent une rémunération équitable et que les consommateurs ne soient pas lésés. Dans *Dr Q*, précité, la Cour suprême du Canada a récemment confirmé (au paragraphe 31) que lorsqu'un tribunal spécialisé est investi d'un grand pouvoir discrétionnaire pour pondérer, dans l'intérêt public, des droits opposés et des droits économiques, ses décisions commandent la déférence.

[63] En ce qui concerne l'objet du paragraphe 68(3) comme tel, l'on peut présumer que le législateur a voulu doter la Commission des pouvoirs nécessaires pour appliquer efficacement ses décisions. Partant, il l'a investie d'un très large pouvoir discrétionnaire dans l'homologation de tarifs de redevances, y compris, dans le cas des tarifs de la SCGDV, du pouvoir de tenir compte de tout facteur qu'elle juge indiqué. Un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte serait incompatible avec ces objectifs.

d) Conclusion

[64] Compte tenu de cette analyse, je conclus que la question de savoir si la Commission peut unilatéralement fusionner deux projets de tarif n'ouvre pas droit au contrôle fondé sur la norme de la décision correcte. J'accorde une importance particulière à deux facteurs. Premièrement, bien qu'il s'agisse en fin de compte d'une question d'interprétation législative, la question soulevée touche également à l'élaboration de mécanismes appropriés en matière de réparation ou de procédure. En conséquence, la question relève tout à fait du domaine d'expertise de la Commission, qui a compétence exclusive pour approuver les projets de tarif que soumettent à son examen les sociétés de gestion. Deuxièmement, le pouvoir discrétionnaire que la loi confère à la Commission pour lui permettre de s'acquitter de son mandat est très étendu.

[65] Enfin, le recours à l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable l'a emporté sur la démarche axée purement sur la «compétence» que l'on a privilégiée dans l'arrêt

determining whether the former Copyright Appeal Board had a power to merge tariffs.

[66] On the other hand, courts seem generally reluctant to select patent unreasonableness as the standard of review applicable to the determination of questions of law by adjudicative tribunals that are not protected by a strong preclusive clause. However, I would make an exception in this case and have concluded that patent unreasonableness is the appropriate standard of review. My reasons are as follows.

[67] First, as I have already noted, subsection 68(3) and, in this case, paragraph 68(2)(b) confer the widest possible regulatory discretion on the Board so that it can balance in the public interest the competing economic interests of copyright holders, service providers and consumers. Writing for the majority in *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraphs 57-58, Binnie J. observed that patent unreasonableness would normally be the appropriate standard for reviewing the exercise of a broad subjective grant of discretion. In this regard, he referred to *Sheehan v. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (Ont. C.A.), where the Board was to “have regard to all such circumstances as it considers relevant”, and, for this reason, would be entitled to “enhanced” deference, that is, its decisions should be reviewed only for patent unreasonableness.

[68] Second, the interpretation of a remedial or procedural power of the Board should be afforded particular latitude because the exercise of the power is integral to a complex regulatory scheme and can have only an indirect and limited effect on individuals’ economic interests.

relatif aux *droits d’exécution* pour décider si l’ancienne Commission d’appel du droit d’auteur avait le pouvoir de fusionner des tarifs.

[66] Par contre, les cours de justice paraissent généralement peu enclines à opter pour le caractère manifestement déraisonnable comme norme de contrôle applicable au règlement d’une question de droit par un tribunal d’arbitrage ne bénéficiant pas d’une clause privative non équivoque. Cependant, je fais une exception en l’espèce et conclus que le caractère manifestement déraisonnable est la norme de contrôle applicable. Voici pourquoi.

[67] Tout d’abord, je le répète, le paragraphe 68(3) et, en l’espèce, l’alinéa 68(2)b), confèrent le pouvoir discrétionnaire le plus large qui soit en matière de régulation, de sorte que la Commission peut, dans l’intérêt public, pondérer les intérêts économiques concurrents des titulaires du droit d’auteur, des fournisseurs de services et des consommateurs. S’exprimant au nom des juges majoritaires dans *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, aux paragraphes 57 et 58, le juge Binnie a fait observer que le caractère manifestement déraisonnable est habituellement la norme qu’il convient d’appliquer pour le contrôle de l’exercice d’un large pouvoir discrétionnaire inféré du libellé de la loi. Il a renvoyé à l’arrêt *Sheehan c. Ontario (Criminal Injuries Compensation Board)* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (C.A. Ont.), où la Commission devait [TRADUCTION] «tenir compte de toutes les circonstances qu’elle considère pertinentes» et où, pour ce motif, sa décision commandait une déférence «plus grande», c’est-à-dire qu’elle ne pouvait faire l’objet d’un contrôle qu’en fonction de la norme du manifestement déraisonnable.

[68] Deuxièmement, l’interprétation du pouvoir de la Commission en matière de réparation ou de procédure doit comporter une certaine marge de manœuvre, parce que l’exercice du pouvoir fait partie intégrante d’un régime de régulation complexe et ne peut avoir qu’une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

(iii) Is it patently unreasonable to interpret subsection 68(3) as authorizing the Board to merge tariffs?

[69] Although the reasons in *Tariff 17* do not expressly refer to the legal basis of the power to certify a single tariff, the Board presumably assumed that subsection 68(3) provided it with the necessary authority to do so. While the reasons do not explicitly engage in an analysis of the relevant statutory provision, they do provide a cogent explanation of why the Board decided to certify a single tariff. In order to satisfy the Court that it is patently unreasonable to conclude that subsection 68(3) confers on the Board the power to certify a single tariff without the consent of the parties, NRCC must establish that it is obvious that the Board's decision lacks any rational basis. This is a very difficult test for an applicant for judicial review to meet and I am not persuaded that NRCC has succeeded.

[70] First, it is not immediately apparent from the language of the statutory provision that altering the proposed tariffs by certifying a single tariff containing the total royalties payable by DPA providers, and the terms and conditions with which they must comply, cannot rationally be considered to be within the Board's broad discretion to make "such alterations to the royalties and to the terms and conditions related thereto as the Board considers necessary". Merging multiple tariffs has the effect of informing DPA providers of their total liability for royalties and of subjecting them to a single set of terms and conditions with which they must comply.

[71] Second, the reasons given by the Board for its decision, namely, lightening the administrative burdens of DPA providers and the absence of any significant prejudice to the collective societies, are rationally related to the Board's discharge of its regulatory function of balancing in the public interest the competing interests of copyright holders and service providers.

[72] Third, while NRCC may find a single tariff inconvenient and may be potentially prejudiced by it, it

(iii) Est-il manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) autorise la Commission à fusionner les tarifs?

[69] Même si les motifs de la décision relative au *Tarif 17* ne renvoient pas expressément au fondement légal du pouvoir d'homologuer un seul tarif, la Commission a vraisemblablement supposé que le paragraphe 68(3) lui conférerait ce pouvoir. Dans ses motifs, la Commission ne procède pas explicitement à l'analyse des dispositions législatives applicables, mais elle explique de manière convaincante sa décision d'homologuer un seul tarif. Pour convaincre la Cour qu'il est manifestement déraisonnable de conclure que le paragraphe 68(3) confère à la Commission le pouvoir d'homologuer un seul tarif sans le consentement des parties, la SCGDV doit établir que, de toute évidence, la décision de la Commission n'a aucun fondement rationnel. Il est très difficile, pour l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire, de faire une telle preuve, et je ne suis pas persuadé que la SCGDV y est parvenue.

[70] Tout d'abord, à première vue, le libellé de la disposition législative ne permet pas de conclure que modifier le projet de tarif en homologuant un seul tarif établissant le total des redevances payables par les fournisseurs de SSPN, ainsi que les modalités qu'ils doivent observer, ne peut rationnellement être considéré comme ressortissant au large pouvoir discrétionnaire de la Commission d'apporter «aux redevances et aux modalités afférentes les modifications qu'elle estime nécessaires». L'existence d'un tarif unique permet aux fournisseurs de SSPN de connaître le montant total des redevances qu'ils doivent verser et les assujettit à un seul ensemble de modalités.

[71] Deuxièmement, les motifs que donne la Commission à l'appui de sa décision, notamment l'allègement des contraintes administratives des fournisseurs de SSPN et l'absence de préjudice important causé aux sociétés de gestion, ont un lien rationnel avec l'accomplissement de sa fonction de régulation qui consiste à pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des titulaires du droit d'auteur et des fournisseurs de services.

[72] Troisièmement, bien qu'un tarif unique puisse paraître peu commode à la SCGDV et susceptible de lui

does not make some startling inroad into highly prized private legal rights. Indeed, the Board's wide power over the amount and allocation of the royalties payable to copyright holders is far more significant for the interested parties than an ancillary power with respect to the form of the tariff certified.

[73] In any event, if NRCC is adversely affected by the certification of a single tariff in *Tariff 17*, any prejudice is likely to be small. Each tariff is of limited duration and the parties are not thereby required to submit a joint tariff for subsequent years in which they must present common evidence on value, propose a tariff for the same number of years and target the same distributors. Indeed, NRCC has already proposed a separate tariff on behalf of its members in respect of the period starting January 1, 2003.

[74] Further, NRCC will be at liberty to argue before the Board that, in light of any actual or potential difficulties caused by a single tariff, the Board should certify separate tariffs next time. The principle that an agency may not fetter the exercise of its discretion prevents the Board from refusing to consider such submissions on the ground that it is unalterably committed to a single tariff policy.

#### D. CONCLUSIONS

[75] For these reasons, I would dismiss the application for judicial review with costs payable by NRCC to SOCAN.

LINDEN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

infliger un préjudice, il n'en résulte pas un empiètement excessif sur des droits privés très prisés. En effet, le pouvoir étendu de la Commission de décider du montant et de la répartition des redevances payables aux titulaires du droit d'auteur revêt une importance beaucoup plus grande pour les intéressés que son pouvoir accessoire de décider de la forme du tarif homologué.

[73] De toute manière, si la SCGDV est lésée par l'homologation d'un seul tarif dans la décision relative au *Tarif 17*, le préjudice est minime. Tout tarif a une durée limitée, et les parties ne sont pas tenues de présenter un projet de tarif conjoint pour les années subséquentes et d'offrir une preuve commune concernant la valeur, de prévoir l'application du tarif pendant le même nombre d'années et de cibler les mêmes distributeurs. En fait, la SCGDV a déjà déposé, pour le compte de ses membres, un projet de tarif distinct pour la période débutant le 1<sup>er</sup> janvier 2003.

[74] De plus, il sera loisible à la SCGDV de préconiser devant la Commission, compte tenu des difficultés actuelles ou éventuelles causées par l'application d'un tarif unique, l'homologation de tarifs distincts. Le principe voulant qu'un organisme ne puisse entraver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire empêche la Commission de refuser d'entendre de tels arguments au motif qu'elle a définitivement opté pour l'homologation de tarifs uniques.

#### D. CONCLUSIONS

[75] Pour ces motifs, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire avec dépens payables par la SCGDV à la SOCAN.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris.

T-626-02  
2003 FC 850

T-626-02  
2003 CF 850

**Preston Sound** (*Applicant*)

v.

**Swan River First Nation, Alberta, Lee Twinn, Charles Chalifoux, John Giroux, Gerald Davis, Leon Chalifoux, Councillors of the Swan River First Nation, Robert Sound, Ray Dupres, Electoral Officer** (*Respondents*)

*INDEXED AS: SOUND v. SWAN RIVER FIRST NATION (F.C.)*

Federal Court, Heneghan J.—Edmonton, April 9; Ottawa, July 10, 2003.

*Native Peoples — Elections — Judicial review of decision of Swan River Election Appeal Committee finding applicant guilty of corrupt election practices, ousting him from Council seat — Person applicant edged out by two votes filing notice of appeal — Band Council elections conducted on family group basis — Voting eligibility depending on Council's recognition of voter's family group membership — Whether eight siblings of applicant's mother properly included on electors' list — Appeal allowed without providing reasons as not required by customary election regulations — F.C.T.D. Judge granted interlocutory injunction restraining by-election — Application allowed, matter sent back to Committee for redetermination — Reasonable apprehension of bias as person whose appeal letter accused applicant of corrupt practices member of Appeal Committee — Breach of procedural fairness (audi alteram partem) — Applicant denied meaningful opportunity to present case — Content of duty of fairness tests laid down by S.C.C. in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) followed — Applicant having been excluded whilst other side gave evidence, not knowing case to be met.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Judicial review of First Nation Election Appeal Committee decision finding applicant guilty of corrupt election practice, ousting him from Council seat — Person whose appeal letter accused applicant of promoting, aiding corrupt election*

**Preston Sound** (*demandeur*)

c.

**Première nation de Swan River (Alberta), Lee Twinn, Charles Chalifoux, John Giroux, Gerald Davis, Leon Chalifoux, Conseillers de la Première nation de Swan River, Robert Sound, Ray Dupres, Président des élections** (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: SOUND c. PREMIÈRE NATION DE SWAN RIVER (C.F.)*

Cour fédérale, juge Heneghan—Edmonton, 9 avril; Ottawa, 10 juillet 2003.

*Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire de la décision du comité d'appels en matières d'élections de Swan River, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et annulé son élection comme conseiller — La personne que le demandeur a battu par deux voix a déposé un avis d'appel — Les élections au conseil de bande se tiennent en fonction des groupes familiaux — Le droit de vote dépend de la reconnaissance par le conseil du fait que la personne voulant voter est membre d'un groupe familial — L'inscription de huit des frères et sœurs de la mère du demandeur sur la liste électorale est-elle valable? — Appel accueilli sans motifs, le Règlement n'exigeant pas leur divulgation — Un juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a accordé une injonction interlocutoire empêchant la tenue de l'élection partielle — Demande accueillie, l'affaire étant renvoyée au comité pour nouvelle décision — Crainte raisonnable de partialité de la part d'un membre du comité d'appels qui avait accusé le demandeur de manœuvres électorales frauduleuses dans sa propre lettre d'appel — Manquement à l'équité procédurale (audi alteram partem) — Le demandeur n'a pas reçu une possibilité valable de présenter son affaire — La C.S.C. a énoncé les facteurs pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), appliqué — Le demandeur n'étant pas présent pour entendre les allégations de la partie adverse à son sujet, il ne pouvait connaître les assertions qu'il devait réfuter.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Contrôle judiciaire de la décision du comité d'appels en matières d'élections de la Première nation, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et annulé son élection comme conseiller — Une*



*practices sat on Appeal Committee — Reasonable apprehension of bias under test in Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board — Procedural fairness (audi alteram partem) breached as applicant excluded from appeal hearing whilst Committee heard evidence against him — Applicant not knowing case to be met — Content of duty of fairness tests in S.C.C. decision Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) followed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Election Appeal Committee, Swan River First Nation that applicant was guilty of corrupt election practices, contrary to the Customary Election Regulations of the Swan River First Nation.

The applicant won a council election, defeating respondent, Robert Sound, by a margin of two votes. The latter filed a notice of appeal. The Regulations had been amended following the Supreme Court of Canada decision in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* to provide for voting by off-reserve members and removing the requirement that an elector be resident on the reserve for at least three months prior to election day. Band Council elections were conducted on the basis of family groups, of which there were just six. Eligibility to vote depends upon recognition by Council of a potential voter's membership in a particular family group. Robert Sound's notice of appeal questioned the propriety of applicant's involvement in the process by which eight siblings of his mother were included on the electors' list as members of the Sound family group. The Regulations provide that only electors registered to a family group may vote and then only for a candidate from his own group.

Robert Sound's appeal was sustained by majority decision without reasons being given as not required under the customary election regulations. As results of that decision, applicant was removed from Council and could not stand as a candidate in the by-election. Preston Sound launched this application and also sought an interlocutory injunction to restrain holding of the by-election. The latter was granted by order of Blanchard J.

Applicant says that the procedure followed by the Election Appeal Committee breached natural justice in two respects. (1)

*personne ayant déposé un avis d'appel qui accusait le demandeur d'encourager la perpétration de manœuvres électorales frauduleuses a siégé au comité d'appels — Crainte raisonnable de partialité au vu du critère établi dans l'arrêt Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie — Manquement à l'équité procédurale (audi alteram partem) du fait que le demandeur n'a pu entendre les allégations présentées contre lui à l'audience du comité d'appels — Le demandeur ne pouvait connaître les assertions qu'il devait réfuter — La C.S.C. a énoncé les facteurs pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), appliqué.*

La demande de contrôle judiciaire porte sur la décision du comité d'appels en matière d'élections de la Première nation de Swan River, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses, contrairement au Customary Election Regulations of the Swan River First Nation.

Le demandeur a été élu conseiller de bande par une majorité de deux voix sur Robert Sound, le défendeur. Ce dernier a déposé un avis d'appel. Le Règlement a été modifié suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, pour accorder le droit de vote aux membres hors réserve et radier la disposition qui prévoyait que le droit de vote n'était accordé qu'aux personnes résidant sur la réserve depuis au moins trois mois avant le jour de l'élection. Les élections au conseil de bande se tiennent en fonction des groupes familiaux, qui sont au nombre de six. Le droit de vote dépend de la reconnaissance par le conseil du fait que la personne voulant voter est membre d'un groupe familial. L'avis d'appel déposé par Robert Sound soulève des questions au sujet de l'implication du demandeur dans le processus qui a mené à l'inscription de huit des frères et sœurs de sa mère sur la liste électorale, en qualité de membres du groupe familial Sound. Le Règlement prévoit que seuls les électeurs inscrits à un groupe familial peuvent exercer leur droit de vote, et uniquement pour un candidat qui fait partie de leur groupe familial.

L'appel de Robert Sound a été accueilli par une décision majoritaire sans motifs, le Règlement n'exigeant pas leur divulgation. Suite à cette décision, le demandeur a perdu son poste de conseiller et il ne pouvait présenter sa candidature à l'élection partielle. Preston Sound a introduit la présente demande. Il a aussi sollicité une injonction interlocutoire pour empêcher la tenue de l'élection partielle, qui lui a été accordée par le juge Blanchard.

Le demandeur soutient que la procédure adoptée par le comité d'appels en matière d'élections viole les principes de la

There was a reasonable apprehension of bias in that Leon Chalifoux, who had appealed applicant's election, alleging corrupt practices, was a member of the Election Appeal Committee. (2) There was a lack of procedural fairness in the conduct of the hearing in that he was excluded when Robert Sound and other family members gave evidence against him. Nor was he afforded an opportunity of cross-examination. In addition, it was submitted that the Committee exceeded jurisdiction by basing its decision on irrelevant considerations and no evidence. Applicant relied upon the admission of Leon Chalifoux that he was unaware of any evidence that applicant had bribed or threatened voters. In reliance upon the Supreme Court of Canada's judgment in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, applicant submitted that the nature of the impugned decision was such as to dictate that reasons be provided. The decision cost him his job and harmed his reputation.

Respondents made reference to a Supreme Court of Canada decision—*Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*—as authority for the proposition that true impartiality does not require that a judge be devoid of existing opinions or sympathies. Respondents further argued that Chalifoux's appeal letter concerned the Regulations amendments and a case before the Alberta Court of Queen's Bench rather than applicant's election. Respondents noted that applicant had failed to seek *mandamus* to compel the Electoral officer to produce the Committee record. In respondents' submission, it is a corrupt election practice to arrange for persons to vote who are not entitled to vote; if the number improperly allowed to vote exceeds the margin of victory, the election has to be overturned. Bribery, threats and intimidation are merely examples of corrupt election practices; causing an ineligible person to vote is also an illegal practice.

*Held*, the application should be allowed and the matter returned to the Committee for redetermination in accordance with the reasons herein.

The Court was persuaded by applicant's procedural fairness arguments. There was a reasonable apprehension of bias resulting from the participation of Leon Chalifoux in the Committee decision and conduct of the appeal hearing was such as to breach the *audi alteram partem* principle.

Since the Regulations were silent as to the procedure to be followed in Committee hearings, the common law duty of

justice naturelle de deux façons. 1) Il soulève une crainte raisonnable de partialité de la part de Leon Chalifoux, un membre du comité qui a déposé un avis d'appel contre son élection, faisant notamment état de manœuvres électorales frauduleuses. 2) La conduite de l'audition n'a pas respecté l'équité procédurale, puisqu'il n'était pas présent pour entendre les allégations de Robert Sound à son sujet, non plus que les témoignages des membres de la famille. Il n'a pas non plus pu contre-interroger les témoins. Ensuite, il soutient que le comité a excédé sa compétence, en fondant sa décision sur des éléments non pertinents et sur une absence de preuve. Le demandeur s'appuie sur l'aveu de Leon Chalifoux qu'il ne connaissait l'existence d'aucune preuve voulant que le demandeur aurait corrompu ou menacé des électeurs. S'appuyant sur l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, il soutient que la nature de la décision exige qu'elle soit motivée. Suite à la décision il a perdu son emploi et sa réputation dans la communauté a été diminuée.

Les défendeurs invoquent l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, où la Cour suprême du Canada a conclu que la véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Les défendeurs soutiennent aussi que la lettre d'avis d'appel de M. Chalifoux ne portait que sur les modifications au Règlement et sur des questions qui sont en litige devant la Cour de Banc de la Reine de l'Alberta, et non sur l'élection du demandeur. Les défendeurs font remarquer que le demandeur n'a pas sollicité de bref de *mandamus* pour contraindre le président des élections à déposer le dossier du comité. Les défendeurs soutiennent que le fait d'obtenir le droit de vote pour des personnes qui ne devraient pas l'avoir constitue une manœuvre électorale frauduleuse. Si le nombre de personnes ayant voté de façon irrégulière est supérieur à la différence des votes entre deux candidats, alors l'élection doit être annulée. La corruption, les menaces et l'intimidation ne sont que des exemples de manœuvres électorales frauduleuses; le fait de permettre à une personne qui ne peut avoir qualité d'électeur de voter constitue aussi une pratique illégale.

*Jugement*: la demande est accueillie et le comité doit trancher la question à nouveau en conformité de ces motifs.

La Cour a accepté les arguments du demandeur au sujet des violations de l'équité procédurale. On trouve à la fois une crainte raisonnable de partialité suite à la participation de Leon Chalifoux à la décision du comité et une violation du principe *audi alteram partem* dans la façon dont l'appel du demandeur a été entendu.

Comme le Règlement ne précise pas quelle procédure précise doit être suivie par le comité lors d'une audition,

procedural fairness came into play. The central question in determining whether the duty to provide procedural fairness has been met is whether the individual was accorded a meaningful opportunity to fully and fairly present his case. In the *Baker* case, the Supreme Court set out a non-exhaustive list of factors for consideration in determining the content of the duty of fairness: (1) nature of the decision and the process followed; (2) nature of the statutory scheme and terms of the legislation pursuant to which the body operates; (3) importance of the decision to the individual affected; (4) legitimate expectations of person challenging the decision; and (5) procedural choices made by the agency.

The notice of appeal letter provided insufficient information for applicant to have known the case he had to meet.

In considering the five points listed in *Baker*, the following observations were made. (1) The decision was regulatory and adversarial. The purpose of the appeal process was to discover improper election practices and to punish the guilty by stripping away their elected status. It is also aimed at preserving the integrity of the Swan River Nation's election process. (2) The regulatory scheme governs all aspects of elections and the holding of elected office and is intended to reflect the Nation's customary election practices. A degree of fairness is inherent in the provision for a hearing before the Committee. (3) The decision would have a significant impact upon applicant's employment and financial condition. Of even greater significance may be the damage to his reputation within the community. (4) It was not apparent that applicant had a legitimate expectation that the Committee would follow any procedure not stated in the Regulations. (5) The procedure chosen by the Committee herein was to permit interested parties to make oral submissions but not to hear what was said by the other side.

Applicant ought to have been granted an opportunity to hear, or have in written form, Robert Sound's specific allegations. In failing to provide a fair procedure, the Committee breached the duty of fairness to both applicant and Robert Sound.

Upon an application of the test in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, it had to be concluded that an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, would come to the conclusion that Leon Chalifoux would not decide the appeal fairly. There was, accordingly, a reasonable apprehension of bias. While Leon Chalifoux's appeal letter did question the amendments that had been made

l'obligation d'équité procédurale de la *common law* intervient. La question centrale à la détermination du respect de l'obligation d'équité procédurale consiste à savoir si la personne en cause a reçu une possibilité valable de présenter son affaire de façon complète et équitable. Dans l'arrêt *Baker*, la Cour suprême a énoncé une liste non-exhaustive de facteurs à examiner pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité: 1) la nature de la décision et le processus suivi; 2) la nature du régime législatif et les termes de la loi en vertu de laquelle agit le décideur; 3) l'importance de la décision pour les personnes visées; 4) les attentes légitimes des personnes qui contestent la décision; et 5) les choix de procédure que l'organisme fait.

La lettre contenant l'avis d'appel ne donne pas assez de renseignements pour que le demandeur puisse connaître la nature exacte des assertions qu'il doit réfuter.

Voici les observations liées aux cinq facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*. 1) La décision est de nature réglementaire et contradictoire. L'objectif du processus d'appel est d'identifier une conduite irrégulière dans le cadre d'une élection et de punir les coupables en les privant de leur statut de personnes élues. Un autre objectif est d'assurer l'intégrité du processus électoral établi par la nation de Swan River. 2) Le Règlement régit tous les aspects liés aux élections et au fait de détenir un poste électif et il a pour but de refléter la coutume électorale de la nation. Le fait de prévoir une audition par le comité indique déjà un certain degré d'équité dans le processus. 3) La décision aura un impact significatif sur l'emploi du demandeur et sur sa stabilité financière. Encore plus important peut-être, l'impact de cette décision est lourd de conséquences pour la réputation du demandeur dans sa communauté. 4) Il ne ressort pas que le demandeur avait une attente légitime quant à l'utilisation par le comité d'une procédure non prévue dans le Règlement. 5) En l'espèce, la procédure choisie par le comité prévoyait que les parties intéressées devaient avoir l'occasion de présenter de vive voix leurs points de vue, sans qu'on leur accorde l'occasion d'entendre le point de vue de la partie adverse.

Le demandeur aurait dû avoir l'occasion d'entendre, ou de recevoir par écrit, les allégations spécifiques avancées par Robert Sound. N'ayant pas établi une procédure équitable, le comité a violé l'obligation d'équité qu'il avait envers le demandeur, ainsi qu'envers Robert Sound.

En utilisant le critère énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, on arrive à la conclusion qu'une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique arriverait à la conclusion que Leon Chalifoux ne rendrait pas une décision juste. Il existait donc une crainte raisonnable de partialité. L'avis d'appel de Leon Chalifoux démontre que même s'il s'attaquait aux

to the Regulations, it also disclosed his belief in applicant's guilt of corrupt election practices and that his election should be vacated.

The argument about applicant not having sought *mandamus* was not well taken: in applicant's notice of application for judicial review he asked that the Committee provide minutes of meetings, pursuant to *Federal Court Rules, 1998*, rule 317. It was no fault of applicant that the tribunal record was not before this Court.

Furthermore, as held in *Baker*, this was a case in which procedural fairness required that a written explanation of the Committee decision should have been provided even though the Regulations fail to state that reason should be given.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

##### DISTINGUISHED:

*Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

##### CONSIDERED:

*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851; (1999), 201 Nfld. & P.E.I.R. 1; 267 N.R. 386;

modifications faites au Règlement, il croyait aussi que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et que son élection devait être annulée.

L'affirmation que le demandeur n'a pas sollicité un bref de *mandamus* est contraire à ce que l'on trouve dans son avis de demande de contrôle judiciaire, où il demande que le comité dépose les procès-verbaux de toutes les réunions, en conformité de la règle 317 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. On ne peut trouver le demandeur en faute parce que le dossier du comité n'est pas devant la Cour.

De plus, comme le précise l'arrêt *Baker*, en l'espèce l'obligation d'équité procédurale exigeait une explication écrite de la décision du Comité, même si le Règlement ne précise pas cette exigence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781; (2001), 204 D.L.R. (4th) 33; [2001] 10 W.W.R. 1; 93 B.C.L.R. (3d) 1; 34 Admin. L.R. (3d) 1; 274 N.R. 116; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; (1997), 161 N.S.R. (2d) 241; 151 D.L.R. (4th) 193; 1 Admin. L.R. (3d) 74; 118 C.C.C. (3d) 353; 10 C.R. (5th) 1; 218 N.R. 1; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851; (1999), 201 Nfld. & P.E.I.R. 1; 267 N.R. 386;

*Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221; (2001), 194 D.L.R. (4th) 385; 26 Admin. L.R. (3d) 171; 265 N.R. 2; 140 O.A.C. 201.

*Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221; (2001), 194 D.L.R. (4th) 385; 26 Admin. L.R. (3d) 171; 265 N.R. 2; 140 O.A.C. 201.

## REFERRED TO:

*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Sound v. Swan River First Nation*, 2002 FCT 602; [2002] F.C.J. No. 790 (T.D.) (QL); *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; (1996), 137 D.L.R. (4th) 142; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Mercer v. Homuth* (1924), 55 O.L.R. 245 (S.Ct.).

APPLICATION for judicial review of a decision of a First Nation Election Appeal Committee, that applicant was guilty of corrupt election practices and vacating his election as councillor. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Anne S. de Villars, Q.C.* for applicant.  
*James K. McFadyen* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*de Villars Jones*, Edmonton, for applicant.  
*Parlee McLaws, LLP*, for respondents.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

HENEGHAN J.:

## INTRODUCTION

[1] Mr. Preston Sound (the applicant) seeks judicial review of the decision made by the Election Appeal Committee, Swan River First Nation on March 26, 2002. In its decision the Election Appeal Committee (the Committee) decided that the applicant was guilty of corrupt election practices and pursuant to the Customary Election Regulations of the Swan River First Nation (the

## DÉCISIONS CITÉES:

*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Sound c. Première nation de Swan River*, 2002 CFPI 602; [2002] A.C.F. n° 790 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; (1996), 137 D.L.R. (4th) 142; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Mercer v. Homuth* (1924), 55 O.L.R. 245 (C.S.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du comité d'appels en matière d'élections d'une Première nation, qui a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et annulé son élection comme conseiller. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Anne S. de Villars, c.r.*, pour le demandeur.  
*James K. McFadyen* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*de Villars Jones*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Parlee McLaws, LLP*, pour les défendeurs.

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

LE JUGE HENEGHAN:

## INTRODUCTION

[1] M. Preston Sound (le demandeur) sollicite le contrôle judiciaire de la décision rendue le 26 mars 2002 par le comité d'appels en matière d'élections de la Première nation de Swan River. Dans cette décision, le comité d'appels en matière d'élections (le comité) a conclu que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et, conformément au Customary

Regulations), his election as councillor was vacated.

Election Regulations of the Swan River First Nation (le Règlement), son poste de conseiller a été déclaré vacant.

#### FACTS

[2] The applicant is a member of the Swan River First Nation, Alberta. He was first elected a Band councillor in 1996 for a three-year term. He was re-elected in 1999 and upon the expiry of that term, ran as a candidate in the council elections held on March 8, 2002. He was re-elected in 2002, defeating the respondent, Robert Sound, by a two-vote margin.

[3] Mr. Robert Sound, a respondent in this application, filed a notice of appeal against this result. The notice of appeal was filed pursuant to the Regulations.

[4] Mr. Leon Chalifoux, Mr. Gerald Davis, Mr. Lee Twinn, and Mr. Charles Chalifoux were also elected as Band councillors for the Swan River First Nation on March 8, 2002. They are respondents in this application.

[5] Mr. Ray Dupres was the Electoral Officer appointed by the Band Council to conduct the March 2002 election in accordance with the Regulations. Although a respondent to this application, he did not participate in it.

[6] Swan River First Nation is a customary Band. Its election procedures are governed by the Regulations. The Regulations were first adopted in 1993 and were intended to express the customary election practices of the Band. Among other things, the Regulations address eligibility to vote, inclusion on the voters' list, conduct of elections and appeals against election results.

[7] Amendments to the Regulations must be made by Band Council Resolution. The Regulations were amended in 1996 and again in 2002. The latter amendments were made in response to the decision of the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. These amendments were passed pursuant to a Band Council Resolution, dated January 28, 2002.

[8] The 2002 amendments provided for voting by off-reserve members, the giving of notice of an election

#### LES FAITS

[2] Le demandeur est membre de la Première nation de Swan River (Alberta). Il a d'abord été élu conseiller de bande en 1996, pour un mandat de trois ans. Réélu en 1999, il a présenté sa candidature aux élections du conseil tenues le 8 mars 2002. Il a été réélu en 2002, par une majorité de deux voix sur Robert Sound, le défendeur.

[3] M. Robert Sound, l'un des défendeurs en l'espèce, a déposé un avis d'appel contestant le résultat. L'avis d'appel a été déposé conformément au Règlement.

[4] MM. Leon Chalifoux, Gerald Davis, Lee Twinn et Charles Chalifoux ont aussi été élus conseillers de bande de la Première nation de Swan River le 8 mars 2002. Ils sont défendeurs en l'espèce.

[5] M. Ray Dupres était le président des élections nommé par le conseil de bande pour la tenue de l'élection de mars 2002, conformément au Règlement. Bien que défendeur en l'espèce, il n'a pas participé aux procédures.

[6] La Première nation de Swan River est régie par la coutume. Ses procédures électorales sont régies par le Règlement. Le Règlement a d'abord été adopté en 1993, afin d'énoncer la coutume électorale de la bande. Le Règlement traite notamment du droit de vote, de l'inscription sur la liste électorale, de la tenue des élections et des appels des résultats.

[7] Toute modification au Règlement doit faire l'objet d'une résolution du conseil de bande. Le Règlement a été modifié en 1996, et à nouveau en 2002. Ces dernières modifications faisaient suite à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Ces modifications ont été adoptées par une résolution du conseil de bande, en date du 28 janvier 2002.

[8] Les modifications de 2002 accordaient le droit de vote aux membres hors réserve et prévoyaient l'avis à

to off-reserve members, the location of polling stations, the use of mail-in ballots, as determined by the Council, and the counting of ballots and mail-in ballots. The 2002 amendments also changed the definition of “elector”, removing the requirement that an elector be resident on the reserve for at least three months prior to election day.

[9] Elections for the Band Council (the Council) are conducted on the basis of family groups. According to the evidence of the applicant, there are six main family groups for the Band. These main family groups include the Chalifoux and Sound families. Eligibility to vote depends upon recognition by the Council of a potential voter’s membership in a particular family group, pursuant to section 7 of the Regulations. A person who disputes the inclusion of another person on the list of electors may appeal such inclusion pursuant to section 7.3. An appeal in this regard is dealt with by the Council pursuant to section 7.5.

[10] The notice of appeal filed by the respondent Robert Sound against the election of the applicant as a councillor on March 8, 2002, raised issues about the propriety of the applicant’s involvement in the process by which eight siblings of his mother were included on the electors’ list as members of the Sound family group.

[11] Pursuant to section 8.10 of the Regulations, only electors who are registered to a family group may vote in an election. Furthermore, an elector may only vote for candidates from his or her family group and may vote for only one such candidate.

[12] Other appeals were filed following the election on March 8, 2002. The respondent Leon Chalifoux filed a notice of appeal, challenging the results of the election of certain councillors, including the applicant and raising, among other things, improprieties in the manner in which the Regulations were amended in January 2002. The respondent Mr. Chalifoux also raised an allegation of corrupt election practices in his notice of appeal.

leur donner de la tenue d’une l’élection, l’emplacement des bureaux de scrutin, le vote par la poste, selon ce qui était fixé par le conseil, ainsi que le décompte des votes sur place et par la poste. Les modifications de 2002 ont aussi amené une nouvelle définition de «l’électeur», en radiant la disposition qui prévoyait que le droit de vote n’était accordé qu’aux personnes résidant sur la réserve depuis au moins trois mois avant le jour de l’élection.

[9] Les élections au conseil de bande (le conseil) se tiennent en fonction des groupes familiaux. Selon la preuve présentée par le demandeur, la bande regroupe six grands groupes familiaux. Parmi ces grands groupes familiaux, on trouve les familles Chalifoux et Sound. Le droit de vote dépend de la reconnaissance par le conseil du fait que la personne voulant voter est membre d’un groupe familial, conformément à l’article 7 du Règlement. Toute personne qui conteste l’inscription de quelqu’un sur la liste électorale peut en appeler en vertu de l’article 7.3. C’est le conseil qui entend un tel appel, en vertu de l’article 7.5.

[10] L’avis d’appel déposé par le défendeur Robert Sound contestant l’élection du demandeur comme conseiller le 8 mars 2002 soulève des questions au sujet de l’implication du demandeur dans le processus qui a mené à l’inscription de huit des frères et sœurs de sa mère sur la liste électorale, en qualité de membres du groupe familial Sound.

[11] L’article 8.10 du Règlement prévoit que seuls les électeurs inscrits à un groupe familial peuvent exercer leur droit de vote dans une élection. De plus, un électeur ne peut voter que pour les candidats qui font partie de son groupe familial, et seulement pour l’un d’entre eux.

[12] D’autres appels ont été déposés suite à l’élection du 8 mars 2002. Le défendeur Leon Chalifoux a déposé un avis d’appel, contestant le résultat de l’élection de certains conseillers, y compris celle du demandeur, et soulevant notamment des irrégularités dans le processus de modification du Règlement en janvier 2002. Le défendeur M. Chalifoux a aussi allégué l’existence de manœuvres électorales frauduleuses dans son avis d’appel.

[13] The appeals were heard by the Committee on March 21, 2002. Pursuant to section 12.5(a) of the Regulations, the Committee was composed of the elected Council excluding the councillor who was the subject of an appeal. The applicant was a member of the Committee that heard the appeals of the respondent Leon Chalifoux and Mr. Dwain Davis. In the hearings held on March 21, 2002, it appears that the appellants made allegations and submissions before the Committee in the absence of the person affected, that is, the councillor whose election was under appeal.

[14] In the case of the respondent Leon Chalifoux, his appeal was not heard on its merits. An objection was raised that Mr. Chalifoux was seeking to appeal the election of councillors not in his family group. Pursuant to section 8 of the Regulations, Mr. Chalifoux had no standing to bring such an appeal. His appeal was withdrawn.

[15] The final appeal heard on March 21 was that of the respondent Robert Sound against the election of the applicant. The Committee for the purposes of that appeal, was composed of respondents Lee Twinn, Charles Chalifoux, John Giroux, Gerald Davis and Leon Chalifoux.

[16] Robert Sound appeared before the Committee in the absence of the applicant. He made his submissions. He was accompanied by approximately ten family members, including elders. It appears that submissions were made to the Committee by these family members, in addition to those made by Robert Sound.

[17] The applicant then appeared before the Committee in the absence of Robert Sound. According to his evidence, the applicant advised the Committee that he did not know what to say since he did not know the allegations against him. It appears from the cross-examination of the applicant on his affidavit filed in this proceeding that he was provided with a copy of the notice of appeal filed by the respondent Robert Sound prior to the Committee hearing.

[18] On March 26, 2002, the Committee met to consider the disposition of the appeal against the

[13] Le comité a entendu les appels le 21 mars 2002. Conformément à l'alinéa 12.5a) du Règlement, le comité était formé des membres élus du conseil, à l'exception du conseiller visé par l'appel. Le demandeur était membre du comité qui a entendu les appels des défendeurs Leon Chalifoux et Dwain Davis. Lors de l'audition tenue le 21 mars 2002, il appert que les appelants ont présenté des allégations et exprimé leurs points de vue devant le comité hors de la présence de la personne en cause, savoir le conseiller dont l'élection était contestée.

[14] L'appel du défendeur Leon Chalifoux n'a pas été entendu au fond. On a soulevé une objection du fait que M. Chalifoux voulait en appeler de l'élection d'un conseiller qui ne faisait pas partie de son groupe familial. Au vu de l'article 8 du Règlement, M. Chalifoux n'avait pas qualité pour loger un tel appel. Son appel a été retiré.

[15] Le dernier appel entendu le 21 mars a été celui du défendeur Robert Sound, qui porte sur l'élection du demandeur. Aux fins de cet appel, le comité était composé des défendeurs Lee Twinn, Charles Chalifoux, John Giroux, Gerald Davis et Leon Chalifoux.

[16] Robert Sound a comparu devant le comité hors de la présence du demandeur. Il a présenté son point de vue. Il était accompagné d'à peu près dix membres de sa famille, y compris des anciens. Il ressort que ces membres de la famille ont aussi présenté leurs points de vue au comité.

[17] Le demandeur a ensuite comparu devant le comité hors de la présence de Robert Sound. Selon sa preuve, le demandeur a déclaré au comité qu'il ne savait pas comment réagir puisqu'il ne connaissait pas la nature des allégations le visant. Il ressort du contre-interrogatoire du demandeur sur son affidavit en l'espèce qu'on lui a fourni, avant la tenue de l'audition par le comité, copie de l'avis d'appel déposé par le défendeur Robert Sound.

[18] Le 26 mars 2002, le comité s'est réuni pour prendre une décision sur l'appel visant le demandeur. Il



applicant. It upheld the appeal and notified the applicant first by telephone, followed by a letter written on March 26, 2002, and signed by Leon Chalifoux. That letter provides as follows:

To Preston Sound  
 This letter is notifying you pursuant to 12.10 that the appeal brought forth by Robert Sound has been upheld pursuant to 12.9(c) II, 12.1(c) (corrupt election practices) and that a by-election be called pursuant to 12.9 (c) II.

Thank you,

Leon Chalifoux  
 Spokesperson

[19] Paragraph 12.1(c) and section 12.9 of the Regulations provide as follows:

12.1 Within five (5) consecutive days of and including the Election Day, or in the event of a Councillor elected by acclamation, within five (5) days of and including the day nominations close, any Elector within a Family Group may appeal the results of an Election, By-election or Run-off Election of a Councillor for their Family Group if, on reasonable and probable grounds they believe:

...

- (c) A Candidate was guilty of promoting or aiding corrupt Election practices including but not limited to, bribery, threats and intimidation of Candidates, Electors, the Electoral Officer or Polling Clerks.

...

12.9 Within five (5) days of the meeting, the Committee will promptly make one of the following decisions:

- (a) To deny the appeal on the basis the evidence presented did not fully and properly establish the necessary grounds for an appeal;
- (b) To uphold the grounds for an appeal but allow the results of the Election in question to stand as the infraction did not materially or directly affect the result of the Election; or
- (c) To uphold the appeal and call for:

a accueilli l'appel et avisé le demandeur par téléphone, et ensuite par lettre écrite le 26 mars 2002 et portant la signature de Leon Chalifoux. Voici cette lettre:

[TRADUCTION]

À Preston Sound  
 Cette lettre constitue un avis en vertu du paragraphe 12.10 que l'appel de Robert Sound a été accueilli en vertu des alinéas 12.9c) II, 12.1c) (manœuvres électorales frauduleuses) et qu'une élection partielle a été annoncée en vertu de l'alinéa 12.9c) II.

Merci.

Leon Chalifoux  
 Porte-parole

[19] Voici ce que prévoient l'alinéa 12.1c) et l'article 12.9 du Règlement:

[TRADUCTION]

12.1 Dans les cinq (5) jours de l'élection, y compris le jour même de l'élection, ou, si un conseiller a été élu par acclamation, dans les cinq (5) jours de la fermeture des nominations, y compris le jour même de la fermeture des nominations, tout électeur membre d'un groupe familial peut faire appel des résultats d'une élection, élection partielle ou élection par ballottage d'un conseiller pour leur groupe familial, s'il a des motifs raisonnables et probables de croire que:

[. . .]

- c) Un candidat est coupable d'avoir encouragé la perpétration de manœuvres électorales frauduleuses, ce qui comprend la corruption, les menaces et l'intimidation des candidats, des électeurs, du président des élections et des agents scrutateurs, sans que cette liste soit exhaustive.

[. . .]

12.9 Dans les cinq (5) jours de la réunion, le comité doit prendre l'une des décisions suivantes:

- a) Rejeter l'appel au motif que la preuve présentée ne vient pas confirmer pleinement et correctement les motifs essentiels d'appel;
- b) Accueillir les motifs de l'appel, mais maintenir le résultat de l'élection en cause si l'infraction n'a pas directement ou essentiellement affecté le résultat; ou
- c) Accueillir l'appel et déclencher:

- ...  
 ii) a new Election, By-election or Run-off Election for only those offices materially and directly affected; or

- [. . .]  
 ii) une nouvelle élection, une élection partielle ou une élection par ballottage pour les postes directement et essentiellement affectés; ou

[20] On March 29, 2002, Mr. Chalifoux wrote another letter in which he indicated that there would be no reasons given for the decision. In part, the letter of March 29 provides as follows:

A majority decision was reached march 26, 2002 in upholding the appeal brought forth by Robert Sound (prior to the resigning of the electoral officer) based on his oral presentation to the election appeal committee held on march 21, 2002, . . .

The committee stands by this decision, The customary election regulations do not require that the committee disclose any of the reasons for their decision to anyone, nor does it require that a motion be passed to make this a decision. A decision is a decision!

[21] As the result of the decision of the Committee, the applicant was removed as councillor. A by-election was to be called and the applicant, pursuant to section 17.3 of the Regulations, was ineligible to stand as a candidate in that by-election.

[22] The by-election was scheduled for May 30, 2002. On April 18, 2002, the applicant commenced this application for judicial review. He also sought an interlocutory injunction to prevent the holding of the by-election pending the outcome of this application. By order dated May 27, 2002 [2002 FCT 602; [2002] F.C.J. No. 790 (T.D.) (QL)], Justice Blanchard issued an interlocutory injunction in favour of the applicant.

#### APPLICANT'S SUBMISSIONS

[23] The applicant argues that the procedure before the Election Appeal Committee breached the principles of natural justice in two respects. First, he raises the question of a reasonable apprehension of bias on the part of the respondent Leon Chalifoux. He says that because Mr. Leon Chalifoux filed a notice of appeal against his election alleging, among other things, corrupt election practices, that Mr. Chalifoux lacked an open mind relative to the applicant. The applicant says Mr. Chalifoux should not have been a member of the

[20] Le 29 mars 2002, M. Chalifoux a envoyé une autre lettre dans laquelle il faisait savoir que la décision ne serait pas motivée. Voici un extrait de la lettre du 29 mars:

[TRADUCTION] Le 26 mars 2002, une décision majoritaire a accueilli l'appel de Robert Sound (avant la démission du président des élections), le tout fondé sur le témoignage de Robert Sound devant le comité d'appels en matière d'élections le 21 mars 2002 [. . .]

Le comité maintient sa décision. Le Règlement sur les élections coutumières n'exige pas que le comité divulgue à qui que ce soit les motifs de sa décision, non plus qu'il n'exige que la décision fasse l'objet d'une motion. Une décision est une décision!

[21] Suite à la décision du comité, le demandeur a perdu son poste de conseiller. Une élection partielle a été annoncée, à laquelle le demandeur ne pouvait présenter sa candidature en vertu de l'article 17.3 du Règlement.

[22] L'élection partielle devait avoir lieu le 30 mai 2002. Le 18 avril 2002, le demandeur a introduit sa demande de contrôle judiciaire. Il a aussi demandé une injonction interlocutoire pour empêcher la tenue de l'élection partielle jusqu'à ce qu'il soit statué sur la présente demande. Dans une ordonnance datée du 27 mai 2002 [2002 CFPI 602; [2002] A.C.F. n° 790 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)], le juge Blanchard a délivré une injonction interlocutoire en faveur du demandeur.

#### LE POINT DE VUE DU DEMANDEUR

[23] Le demandeur soutient que la procédure adoptée par le comité d'appels en matière d'élections viole les principes de la justice naturelle de deux façons. Premièrement, il soulève une crainte raisonnable de partialité de la part du défendeur Leon Chalifoux. Il déclare que comme Leon Chalifoux a déposé un avis d'appel contre son élection, faisant notamment état de manœuvres électorales frauduleuses, ce dernier n'avait pas un esprit ouvert à son égard. Le demandeur déclare que M. Chalifoux n'aurait pas dû être membre du comité

Committee and his presence on the Committee as a decision maker gives rise to a reasonable apprehension of bias which taints the proceeding.

[24] The second issue raised under the heading of natural justice by the applicant is a lack of procedural fairness in the conduct of the hearing. He says that the process followed by the Committee was unfair since he was not present to hear the allegations raised by Robert Sound against him, nor the evidence submitted by family members and others on behalf of Mr. Sound. As well, the applicant argues that the lack of an opportunity to cross-examine the witnesses is another aspect of a lack of procedural fairness in the conduct of the hearing. The applicant relies on *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 in support of this argument.

[25] Next, the applicant argues that the Committee abused its discretion and thereby exceeded its jurisdiction. In this regard, the applicant submits that the Committee based its decision on irrelevant considerations and no evidence.

[26] The applicant argues that reliance on evidence relating to the manner in which the Regulations were amended, in compliance with the decision in *Corbiere, supra*, constitutes reliance on an irrelevant consideration. Likewise, he says that any evidence relating to the manner in which the electors' list was amended to include members of his mother's family is an irrelevant consideration. The applicant says that the respondent Robert Sound had already pursued an unsuccessful appeal against the amendment of the electors' list, in accordance with section 8 of the Regulations, and his appeal was unsuccessful.

[27] The applicant says that these matters are irrelevant to his election as a councillor and his conduct in running as a candidate. He also argues that these matters are irrelevant to a determination of whether he was guilty of corrupt election practices.

et que sa présence au comité en tant que décideur soulève une crainte raisonnable de partialité qui rend le processus suspect.

[24] La deuxième question soulevée par le demandeur sous la rubrique de la justice naturelle est que la conduite de l'audition n'a pas respecté l'équité procédurale. Il déclare que le processus adopté par le comité n'était pas équitable, puisqu'il n'était pas présent pour entendre les allégations de M. Robert Sound à son sujet, non plus que les témoignages des membres de la famille et d'autres personnes qui appuyaient M. Sound. De plus, le demandeur soutient que le fait qu'il n'a pu contre-interroger les témoins indique aussi un manque d'équité procédurale dans la conduite de l'audition. Le demandeur fonde cet argument sur l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

[25] Ensuite, le demandeur soutient que le comité a fait une utilisation abusive de son pouvoir discrétionnaire et qu'il a donc excédé sa compétence. À ce sujet, le demandeur soutient que le comité a fondé sa décision sur des éléments non pertinents et sur une absence de preuve.

[26] Le demandeur soutient que le fait de s'appuyer sur une preuve relative à la façon dont le Règlement a été modifié pour se conformer à l'arrêt *Corbiere*, précité, constitue l'utilisation d'un élément non pertinent. Il déclare aussi que la preuve relative à la façon dont la liste électorale a été modifiée pour y inclure des membres de la famille de sa mère est un élément non pertinent. Le demandeur déclare que le défendeur Robert Sound avait déjà logé un appel contre la modification de la liste électorale, en vertu de l'article 8 du Règlement, appel qui a été rejeté.

[27] Le demandeur déclare que ces questions ne sont pas pertinentes à son élection comme conseiller et à sa conduite lors de la campagne électorale. Il soutient aussi que ces questions ne sont pas pertinentes parce qu'il s'agit de déterminer s'il était coupable de manœuvres électorales frauduleuses.

[28] As well, the applicant argues that there is no evidence to support a finding that he was guilty of corrupt election practices. He relies on the cross-examination of Mr. Leon Chalifoux in which the latter admitted that he was unaware of any evidence that the applicant had bribed or threatened voters or committed acts of intimidation.

[29] Finally, the applicant submits that the absence of reasons for the decision of the Committee voids its decision. Again relying on the decision in *Baker, supra*, he argues that the nature of the decision requires that reasons be provided. As a result of the decision of the Committee, he lost his job and suffered harm to his reputation in the community. He also does not know why the decision was made.

#### RESPONDENTS' SUBMISSIONS

[30] The respondents argue that there was no evidence of a breach of the principles of natural justice resulting from an alleged failure to provide details of the allegations against the applicant. They say the notice of appeal submitted by Robert Sound adequately provided the basis of the charges against the applicant. The respondents rely upon the cross-examination conducted of the applicant in which he acknowledged that he had received a copy of the notice of appeal.

[31] Secondly, the respondents submit the applicant has failed to show a reasonable apprehension of bias. Relying on *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, the respondents argue that an allegation of bias must be reasonable and related to the circumstances of the case. They also rely on *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851, where the Supreme Court of Canada held that true impartiality does not require that a judge be devoid of existing opinions or sympathies. By analogy, the respondents submit that this case also applies to administrative decision-makers.

[32] The respondents rely on *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623,

[28] Le demandeur soutient aussi qu'il n'y a aucune preuve pour appuyer la conclusion qu'il était coupable de manœuvres électorales frauduleuses. Il s'appuie sur le contre-interrogatoire de Leon Chalifoux, au cours duquel ce dernier a admis qu'il ne connaissait l'existence d'aucune preuve voulant que le demandeur aurait corrompu ou menacé des électeurs, non plus qu'il se serait livré à de l'intimidation.

[29] Finalement, le demandeur soutient qu'en l'absence de motifs, la décision du comité n'a aucune valeur. S'appuyant à nouveau sur l'arrêt *Baker*, précité, il soutient que la nature de la décision exige qu'elle soit motivée. Suite à la décision du comité, il a perdu son emploi et sa réputation dans la communauté a été diminuée. Il ne sait pas non plus pourquoi la décision a été prise.

#### LE POINT DE VUE DES DÉFENDEURS

[30] Les défendeurs soutiennent qu'il n'y a aucune preuve d'une violation des principes de la justice naturelle qui découlerait du défaut prétendu de fournir le détail des allégations contre le demandeur. Ils déclarent que l'avis d'appel déposé par Robert Sound indique de façon adéquate quel est le fondement des accusations contre le demandeur. Les défendeurs s'appuient sur le contre-interrogatoire du demandeur, au cours duquel il a reconnu avoir reçu copie de l'avis d'appel.

[31] Deuxièmement, les défendeurs soutiennent que le demandeur n'a pas démontré une crainte raisonnable de partialité. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, les défendeurs soutiennent qu'une allégation de partialité doit être raisonnable et qu'elle doit être liée aux circonstances de l'affaire. Ils s'appuient aussi sur l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851, où la Cour suprême du Canada a conclu que la véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Par analogie, les défendeurs soutiennent que ce dernier arrêt s'applique aussi aux personnes responsables de décisions administratives.

[32] Les défendeurs s'appuient sur l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623,

as setting the standard for what constitutes a reasonable apprehension of bias.

[33] The respondents argue that there is no evidence that Leon Chalifoux had formed any pre-judgment or opinion that the applicant's election involved irregularities or corrupt election practices. Mr. Chalifoux withdrew his appeal without making any statements and his appeal letter itself related entirely to the amendments of the Regulations and to matters at issue in the action that is before the Court of Queen's Bench in Alberta, not to the specific election of the applicant. The respondents also say that Leon Chalifoux and the rest of the Committee listened carefully to the presentations of both Robert Sound and the applicant.

[34] The respondents submit that the applicant has failed to demonstrate any breach of the *audi alteram partem* principle or any other breach of procedural fairness. They rely on *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [2001] 1 S.C.R. 221, where it was held by the Supreme Court of Canada that an actual breach of the *audi alteram partem* principle must be demonstrated by an applicant.

[35] The respondents argue that the applicant was present at the hearing before the Committee and he submitted evidence which was fully considered by the Committee. Further, they argue that the applicant fully understood the reasons why the appeal was brought by Robert Sound and that he responded to all the issues raised in Robert Sound's appeal before the Committee at the hearing on March 21, 2002. The respondents state that the cross-examinations of Leon Chalifoux and the applicant support this claim.

[36] The respondents submit that the applicant has not requested the record of the Committee from the Electoral Officer, other than by letter, and the applicant has not sought *mandamus* to compel the Electoral Officer to produce the record of the Committee. The respondents argue that this suggests that the applicant is not interested in having the record put before the Court.

comme norme s'appliquant à la question de savoir ce qui constitue une crainte raisonnable de partialité.

[33] Les défendeurs soutiennent que rien ne démontre que Leon Chalifoux avait des préjugés quant à savoir si l'élection du demandeur était irrégulière ou s'il y avait eu des manœuvres électorales frauduleuses. M. Chalifoux a retiré son appel sans faire aucune déclaration et la lettre d'avis d'appel ne portait que sur les modifications au Règlement et sur des questions qui sont en litige devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, et non sur l'élection du demandeur lui-même. Les défendeurs déclarent aussi que Leon Chalifoux et les autres membres du comité ont écouté avec attention les présentations de Robert Sound et du demandeur.

[34] Les défendeurs soutiennent que le demandeur n'a pas démontré qu'il y aurait eu violation du principe *audi alteram partem*, ou toute autre violation de l'équité procédurale. Ils s'appuient sur l'arrêt *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [2001] 1 R.C.S. 221, où la Cour suprême du Canada a conclu que dans le cas d'une présumée violation de la règle *audi alteram partem*, le demandeur doit démontrer l'existence d'une violation réelle.

[35] Les défendeurs soutiennent que le demandeur était présent à l'audition devant le comité et qu'il a présenté une preuve qui a été pleinement examinée par le comité. De plus, ils soutiennent que le demandeur comprenait tout à fait les motifs d'appel de Robert Sound et qu'à l'audition devant le comité le 21 mars 2002, il a répondu à toutes les questions soulevées par l'appel de Robert Sound. Les défendeurs déclarent que les contre-interrogatoires de Leon Chalifoux et du demandeur viennent appuyer leur point de vue.

[36] Les défendeurs soutiennent que le demandeur n'a envoyé qu'une lettre pour obtenir le dossier du comité du président des élections, et qu'il n'a pas sollicité de bref de *mandamus* pour contraindre le président des élections à déposer le dossier du comité. Les défendeurs soutiennent que ceci donne à penser que le demandeur n'est pas intéressé à ce que le dossier soit déposé devant la Cour.

[37] Furthermore, the respondents submit that the applicant has not presented any evidence in this judicial review from the two members of the Committee who voted against upholding Robert Sound's appeal of the applicant's election.

[38] The respondents argue that the standard of review in this case is reasonableness and rely on the majority judgment in *Ellis-Don Ltd.*, *supra*, in support of this. They say that the Committee made a reasonable decision without taking irrelevant considerations into account. Robert Sound alleged that eight people were improperly added to the Sound family group's list of electors. The applicant knew that his mother's siblings were challenged as being members of the Sound family group.

[39] The respondents argue that it is a corrupt election practice to arrange for persons to vote who are not entitled to vote. If the number of persons who were improperly allowed to vote exceeds the difference in votes between two candidates, then the election must be overturned: see *Mercer v. Homuth* (1924), 55 O.L.R. 245 (S.Ct.).

[40] The respondents submit that causing an ineligible person to vote is an illegal practice and fits within the definition of a corrupt election practice in paragraph 12.1(c) of the Regulations. Bribery, threats and intimidation are merely examples of corrupt election practices and are not an exhaustive list. The respondents submit, relying on *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, that the right of a council to expel a councillor found to have participated in a corrupt election practice is not subject to judicial review and is a requirement of democratic governance.

#### ANALYSIS

[41] In my opinion, the applicant's arguments regarding breaches of procedural fairness are persuasive. There exist both a reasonable apprehension of bias

[37] De plus, les défendeurs soutiennent que le demandeur n'a présenté, dans le cadre du contrôle judiciaire, aucune preuve qui proviendrait des deux membres du comité qui étaient dissidents lorsque l'appel de Robert Sound de l'élection du demandeur a été accueilli.

[38] Les défendeurs soutiennent que la norme de contrôle en l'espèce est celle de la décision raisonnable et ils appuient cette déclaration sur le jugement de la majorité dans l'arrêt *Ellis-Don Ltd.*, précité. Ils déclarent que le comité a pris une décision raisonnable sans prendre en considération des éléments non pertinents. Robert Sound a soutenu que huit personnes avaient été ajoutées à la liste des électeurs du groupe familial Sound de façon inappropriée. Le demandeur savait qu'on contestait le statut de membres du groupe familial Sound accordé aux frères et sœurs de sa mère.

[39] Les défendeurs soutiennent que le fait d'obtenir le droit de vote pour des personnes qui ne devraient pas l'avoir constitue une manœuvre électorale frauduleuse. Si le nombre de personnes ayant voté de façon irrégulière est supérieur à la différence des votes entre deux candidats, alors l'élection doit être annulée: voir *Mercer v. Homuth* (1924), 55 O.L.R. 245 (C.S.).

[40] Les défendeurs soutiennent que le fait de permettre à une personne qui ne peut avoir qualité d'électeur constitue une pratique illégale et tombe sous la définition d'une manœuvre électorale frauduleuse que l'on trouve à l'alinéa 12.1c) du Règlement. La corruption, les menaces et l'intimidation ne sont que des exemples de manœuvres électorales frauduleuses, ils n'en constituent pas une liste exhaustive. Les défendeurs s'appuient sur l'arrêt *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur Général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, pour soutenir que le droit d'un conseil d'expulser un de ses membres trouvé coupable d'une manœuvre électorale frauduleuse échappe au contrôle judiciaire et constitue un élément essentiel de toute gouvernance démocratique.

#### ANALYSE

[41] Selon moi, les arguments du demandeur au sujet des violations de l'équité procédurale sont convaincants. On trouve à la fois une crainte raisonnable de partialité

through the involvement of Leon Chalifoux in the decision of the Committee and a breach of the *audi alteram partem* principle in the way the applicant's appeal hearing was conducted.

[42] The Regulations in this case have codified the Swan River First Nation's customs regarding elections. These Regulations provide an appeal mechanism for a challenge to perceived election improprieties. They provide that the person whose election is disputed must receive a copy of the notice of the appeal and that within 14 days of receipt, the Committee will convene a meeting for the purpose of hearing the appeal (paragraph 12.4(a) and section 12.6.)

[43] Section 12.8 of the Regulations allows the person appealing the election result, the candidate whose election is being appealed and other interested parties or their representatives to present oral or written submissions to the Committee at the meeting. Within five days of the meeting, the Regulations provide that the Committee will make a decision and the Electoral Officer will notify affected parties of the decision (sections 12.9 and 12.10 of the Regulations).

[44] The Regulations are silent as to the exact procedure to be followed at Committee hearings held pursuant to sections 12.6 and 12.8. In such a situation, it is well established that the common law duty of procedural fairness is triggered where an administrative decision affects "the rights, privileges or interests of an individual" (see *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653; and *Baker, supra*, at paragraph 20), and that silence in legislation is to be interpreted in line with the duty of fairness. As stated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, by Chief Justice McLachlin, at paragraphs 21-22:

Confronted with silent or ambiguous legislation, courts generally infer that Parliament or the legislature intended the tribunal's process to comport with principles of natural justice: *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, at p. 503; *Law Society of Upper Canada v. French*, [1975] 2 S.C.R. 767, at pp. 783-84. In such circumstances, administrative tribunals may be bound by the

suite à la participation de Leon Chalifoux à la décision du comité et une violation du principe *audi alteram partem* dans la façon dont l'appel du demandeur a été entendu.

[42] Le Règlement en cause ici vient codifier la coutume électorale de la Première nation de Swan River. Ce Règlement comprend une procédure d'appel permettant la contestation en cas d'allégations d'irrégularités au cours d'une élection. Il porte que la personne dont l'élection est contestée doit recevoir copie de l'avis d'appel, et que le comité doit convoquer une réunion pour entendre l'appel dans les 14 jours de la réception de l'avis (alinéa 12.4a) et article 12.6).

[43] L'article 12.8 du Règlement porte que la personne qui fait appel du résultat de l'élection, le candidat dont l'élection est contestée et les autres parties intéressées, ou leurs représentants, peuvent présenter leurs arguments par écrit ou de vive voix au comité à cette réunion. Dans les cinq jours de la réunion, le Règlement porte que le comité doit rendre sa décision et que le président des élections doit en aviser toutes les parties en cause (articles 12.9 et 12.10 du Règlement).

[44] Le Règlement ne précise pas quelle procédure précise doit être suivie par le comité lors d'une audition tenue en vertu des articles 12.6 et 12.8. Dans une telle situation, il est bien établi que l'obligation d'équité procédurale de la common law intervient lorsqu'une décision administrative touche «les droits, privilèges ou biens d'une personne» (voir *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653; et *Baker*, précité, au paragraphe 20), et qu'en l'absence de précisions dans la législation, on doit l'interpréter conformément à l'obligation d'équité. Comme le juge en chef McLachlin le précise aux paragraphes 21 et 22 de l'arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781:

Confrontés à des lois muettes ou ambiguës, les tribunaux judiciaires infèrent généralement que le Parlement ou la législature voulait que les procédures du tribunal administratif soient conformes aux principes de justice naturelle: *Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, p. 503; *Law Society of Upper Canada c. French*, [1975] 2 R.C.S. 767, p. 783-784. En pareilles circonstances, les

requirement of an independent and impartial decision maker, one of the fundamental principles of natural justice: *Matsqui*, *supra* (per Lamer C.J. and Sopinka J.); *Régie*, *supra*, at para. 39; *Katz v. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 S.C.R. 405. Indeed, courts will not lightly assume that legislators intended to enact procedures that run contrary to this principle, although the precise standard of independence required will depend “on all the circumstances, and in particular on the language of the statute under which the agency acts, the nature of the task it performs and the type of decision it is required to make”: *Régie*, at para. 39.

However, like all principles of natural justice, the degree of independence required of tribunal members may be ousted by express statutory language or necessary implication. See generally: *Innisfil (Corporation of the Township of) v. Corporation of the Township of Vespra*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Brosseau v. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 S.C.R. 301; *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 S.C.R. 814; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105.

[45] In *Baker*, *supra*, the Supreme Court of Canada emphasized that the duty of procedural fairness is flexible and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. As for the participation of an individual affected by a decision, the Supreme Court held that an individual is to have a meaningful opportunity to fully and fairly present his or her case. Whether that occurred is a central question to be asked in determining if the duty to provide procedural fairness has been met.

[46] In order to answer this, and determine whether procedural fairness has been breached in a particular case, the Supreme Court in *Baker*, *supra*, set out a non-exhaustive list of factors to be considered in determining the content of the duty of fairness:

- (1) the nature of the decision being made and the process followed in making it;
- (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates;
- (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected;

tribunaux administratifs peuvent être liés par l'exigence d'un décideur indépendant et impartial, un des principes fondamentaux de la justice naturelle: *Matsqui*, précité (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka); *Régie*, précité, par. 39; *Katz c. Vancouver Stock Exchange*, [1996] 3 R.C.S. 405. De fait, les tribunaux hésiteront à présumer que les législateurs avaient l'intention d'édicter des procédures contraires à ce principe, bien que le degré précis d'indépendance requis dépendra «de l'ensemble des circonstances, et notamment des termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme agit, de la nature de la tâche qu'il accomplit et du type de décision qu'il est appelé à rendre»: *Régie*, par. 39.

Toutefois, comme pour tous les principes de justice naturelle, le degré d'indépendance requis des membres du tribunal administratif peut être écarté par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire. Voir de façon générale: *Innisfil (Municipalité du canton d') c. Municipalité du canton de Vespra*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Brosseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 R.C.S. 301; *Ringrose c. College of Physicians and Surgeons (Alberta)*, [1977] 1 R.C.S. 814; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105.

[45] Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour suprême du Canada a souligné que l'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. S'agissant de la participation de la personne touchée par la décision, la Cour suprême a conclu que celle-ci doit avoir une possibilité valable de présenter son affaire de façon complète et équitable. La question de savoir si ce principe a été respecté est centrale lorsqu'il s'agit de déterminer si l'obligation d'équité procédurale a été respectée.

[46] Afin d'arriver à cette réponse, et de déterminer s'il y a eu violation de l'équité procédurale dans un cas particulier, la Cour suprême a énoncé, dans l'arrêt *Baker*, précité, une liste (qui n'est pas exhaustive) de facteurs pertinents à la détermination du contenu de l'obligation d'équité procédurale:

- 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir;
- 2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme;
- 3) l'importance de la décision pour les personnes visées;



(4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and

(5) the choices of procedure made by the agency itself.

[47] When these factors are considered in the present case, I conclude that the duty of fairness was breached by the Committee. The applicant did not know the specific allegations made against him by Robert Sound, or the evidence submitted by Robert Sound to support such allegations. The notice of appeal letter provides only a brief glimpse of the allegations. In my opinion, this letter does not provide enough information about the alleged improprieties in election practices that would enable the applicant to know the exact nature of the evidence against him and the case to be met.

[48] First, the nature of the decision being made is regulatory and adversarial. The purpose of the appeal process and the Committee's decision is to discover improper conduct in elections and punish individuals accordingly, by stripping them of their elected official status. Another purpose is to protect the integrity of the election process established by the Swan River Nation. The Committee must decide, on the evidence presented, whether it could be fully and properly established that the applicant was guilty of corrupt election practices, pursuant to paragraph 12.1(c) of the Regulations.

[49] Second, the regulatory scheme governs all aspects of elections and the holding of elected office for the Swan River First Nation. The scheme is intended to reflect the customary election practices of the Swan River First Nation and was first adopted in 1993 after a community consultation process. The process to be followed in an appeal, as required by the Regulations, is through a hearing convened by the Committee. At the hearing, the appellant, the candidate whose election is being appealed and other interested parties are permitted to present oral or written submission to the Committee. A degree of openness and fairness is already inherent in this process by the provision of a hearing before the Committee.

4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et

5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même.

[47] Si je tiens compte de ces facteurs en l'espèce, j'arrive à la conclusion que le comité n'a pas respecté son obligation d'équité. Le demandeur n'était pas saisi des allégations précises de Robert Sound, ou de la preuve soumise par Robert Sound à l'appui de ces allégations. La lettre contenant l'avis d'appel ne donne qu'un bref aperçu des allégations. Selon moi, cette lettre ne donne pas assez de renseignements au sujet des prétendues irrégularités dans les pratiques électorales pour que le demandeur puisse connaître la nature exacte de la preuve à son encontre et des assertions qu'il doit réfuter.

[48] Premièrement, la décision en cause est de nature réglementaire et contradictoire. L'objectif du processus d'appel et de la décision du comité est d'identifier une conduite irrégulière dans le cadre d'une élection et de punir les coupables en conséquence, en les privant de leur statut de personnes élues. Un autre objectif est d'assurer l'intégrité du processus électoral établi par la nation de Swan River. Au vu de la preuve qui lui est présentée, le comité doit décider, en vertu de l'alinéa 12.1c) du Règlement, si on peut pleinement et correctement démontrer que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses.

[49] Deuxièmement, le Règlement régit tous les aspects liés aux élections et au fait de détenir un poste électif au sein de la Première nation de Swan River. Le régime a pour but de refléter la coutume électorale de la Première nation de Swan River. Son adoption date de 1993, suite à un processus de consultation de la communauté. Le processus suivi en matière d'appels est celui d'une audition par le comité, comme l'exige le Règlement. Lors de cette audition, la personne qui fait appel, le candidat dont l'élection est sujette à l'appel, et toutes les autres parties intéressées peuvent présenter leurs arguments par écrit ou de vive voix au comité. Le fait de prévoir une audition par le comité indique déjà un certain degré de transparence et d'équité dans le processus.

[50] Third, the decision under review is one which can be expected to have a significant impact on the applicant's employment and financial stability. The cross-examination of Leon Chalifoux reveals that band councillors receive a monthly salary and expenses for travel. Perhaps more importantly, the impact of this decision is significant on the applicant's reputation in the community. Furthermore, the respondent, Robert Sound, also has an important stake in the Committee's decision as he apparently believes the allegations of corrupt election practice set out in his notice of appeal and desires to participate in a by-election for the position held by the applicant for the Sound family group.

[51] Fourth, it is not apparent that the applicant had a legitimate expectation that any particular procedure, beyond that expressly stated in the Regulations, was to be followed by the Committee. The applicant, as an elected Band councillor at the time, had sat on the Committee hearing of an appeal of a Mr. Dwain Davis. Mr. Davis had appealed against the "whole election". The fact that the applicant did not complain of the procedure followed in the Davis appeal is not a ground, in my opinion, to find that he should be precluded from now claiming that the principles of natural justice were denied during the hearing of Robert Sound's appeal against the applicant's own election.

[52] Fifth, the procedure chosen by the Committee itself in this case was that both the appellant and the candidate whose election was being appealed, as well as other interested parties, such as elders and members of Robert Sound's family, had a chance to present their submissions to the Committee, orally, without having an opportunity to hear the other side. Neither side was provided with written representations of the other side prior to the hearing. The applicant had been provided only with the brief notice of appeal filed by Robert Sound.

[53] Considering all the above "*Baker* factors", the appeal process provided in the Regulations contemplates respect for the participatory rights of the appellant and the candidate whose election is being appealed. The decision would have a significant impact on the applicant

[50] Troisièmement, la décision soumise à l'examen en est une qui aura un impact significatif sur l'emploi du demandeur et sur sa stabilité financière. Le contre-interrogatoire de Leon Chalifoux indique que les conseillers de bande reçoivent un salaire mensuel et sont remboursés de leurs dépenses de voyage. Encore plus important peut-être, l'impact de cette décision est lourd de conséquences pour la réputation du demandeur dans sa communauté. De plus, le défendeur Robert Sound a aussi un intérêt important dans la décision du comité, puisqu'il semble croire aux allégations de manœuvres électorales frauduleuses qu'il expose dans son avis d'appel et qu'il désire participer à une élection partielle pour le poste détenu par le demandeur pour le groupe familial Sound.

[51] Quatrièmement, il ne ressort pas que le demandeur avait une attente légitime quant à l'utilisation par le comité d'une procédure donnée, sauf ce qui est exprimé expressément dans le Règlement. En tant que conseiller de bande à l'époque, le demandeur a siégé au comité qui a entendu l'appel de Dwain Davis. M. Davis en appelait de [TRADUCTION] «toute l'élection». Selon moi, on ne peut se fonder sur le fait que le demandeur ne s'est pas opposé à la procédure suivie dans l'appel Davis pour conclure qu'il ne peut maintenant prétendre que les principes de justice naturelle n'ont pas été respectés lors de l'audition de l'appel de Robert Sound visant l'élection du demandeur.

[52] Cinquièmement, en l'espèce la procédure choisie par le comité lui-même prévoyait que la personne faisant appel et le candidat dont l'élection était sujette à l'appel, ainsi que d'autres parties intéressées, comme les anciens et les membres de la famille de Robert Sound, devaient avoir l'occasion de présenter de vive voix leurs points de vue au comité, sans qu'on leur accorde l'occasion d'entendre le point de vue de la partie adverse. Aucune des parties n'a reçu de prétentions écrites avant l'audition. Le demandeur n'a reçu qu'un bref avis d'appel déposé par Robert Sound.

[53] Au vu des «facteurs *Baker*» dont je viens de faire état, le processus d'appel prévu au Règlement suppose le respect du droit de la personne qui fait appel et de celle dont l'élection fait l'objet de l'appel de participer. La décision aura un impact significatif sur le demandeur,

both economically, through a loss of salary and personally, on his integrity and reputation in the community.

[54] In my opinion, the Committee should have allowed the applicant an opportunity to hear, or receive in writing, the specific allegations made by the respondent, Robert Sound. Ideally, this should have been done prior to the hearing, allowing a reasonable amount of time for the applicant to prepare a response to the allegations. Further, the respondent Robert Sound, should then have been provided with a copy of the applicant's representations, prior to the hearing of the Committee. However, this also could have been afforded at the hearing itself, by permitting the applicant to hear the allegations and evidence tendered by Robert Sound and allowing Robert Sound the same in respect to the applicant's evidence. In failing to provide a fair procedure, the Committee breached the duty of fairness which should have been afforded to the applicant and to the respondent, Robert Sound, as well.

[55] The more specific issue of an administrative agency permitting cross-examination of the evidence will not be addressed by this Court. The Swan River First Nation can decide whether cross-examination is required in order to afford the parties involved in the election appeal process a meaningful opportunity to participate in a full and fair manner.

[56] As for the issue of a biased decision-maker, the test for reasonable apprehension of bias is set out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369. Would an informed person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude that the respondent, Leon Chalifoux, either consciously or unconsciously would not decide the appeal of the applicant fairly? In my opinion, applying this test, a reasonable apprehension of bias does exist, based on the allegations against the applicant made in Leon Chalifoux's notice of appeal.

[57] *Newfoundland Telephone, supra*, is not analogous to the present case. The different "open mind" test for elected officials in making policy decisions is not applicable here. In *Newfoundland Telephone, supra*, the

tant sur le plan économique, par suite de la perte de son salaire, que sur le plan personnel, savoir sur son intégrité et sa réputation dans la communauté.

[54] Selon moi, le comité aurait dû donner au demandeur l'occasion d'entendre, ou de recevoir par écrit, les allégations spécifiques avancées par le défendeur Robert Sound. Idéalement, il aurait fallu procéder ainsi avant l'audition, en accordant une période de temps raisonnable au demandeur pour qu'il prépare sa réponse aux allégations. De plus, le défendeur Robert Sound aurait dû alors obtenir copie des prétentions du demandeur, avant l'audition devant le comité. Toutefois, ceci aurait pu être fait à l'audition elle-même, en autorisant le demandeur à entendre les allégations et la preuve présentées par Robert Sound et en autorisant Robert Sound à faire de même pour la preuve du demandeur. N'ayant pas établi une procédure équitable, le comité a violé l'obligation d'équité qu'il avait envers le demandeur, ainsi qu'envers le défendeur Robert Sound.

[55] La Cour ne traitera pas de la question qui porte sur la possibilité qu'un organisme administratif autorise la tenue de contre-interrogatoires. La Première nation de Swan River peut décider s'il y a lieu d'autoriser les contre-interrogatoires afin de donner aux parties impliquées dans l'appel d'une élection une possibilité valable de participer de façon complète et équitable.

[56] Quant à la question de la partialité du décideur, le critère applicable à la crainte raisonnable de partialité est énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369. Une personne bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique arriverait-elle à la conclusion que le défendeur, Leon Chalifoux, consciemment ou non, ne rendrait pas une décision juste dans l'appel du demandeur? Selon moi, au vu de ce critère il existe une crainte raisonnable de partialité fondée sur les allégations visant le demandeur que l'on trouve dans l'avis d'appel de Leon Chalifoux.

[57] L'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, n'est pas analogue à l'affaire présente. Le critère différent de «l'esprit ouvert» pour les élus dans la prise de décisions de politique ne s'applique pas ici. Dans l'arrêt

pay and benefits package of the utility company's executives was under investigation by a Board responsible for its regulation. The company objected to the participation of Mr. Wells, the Commissioner of the Board, in making the decision due to a reasonable apprehension of bias.

[58] The nature of the decision in the present case, involving allegations against an individual for engaging in corrupt election practices, is very different from the decision in *Newfoundland Telephone, supra*. The decision presently under review is more individually focussed and adversarial, than policy-related. Moreover, in the present case, one of the decision-makers on the Committee, Leon Chalifoux, had actually launched his own appeal claiming that the applicant had been improperly elected due to corrupt election practices. This is also distinguishable from *Newfoundland Telephone, supra*, where the allegation of bias against Mr. Wells involved statements he made to the media.

[59] The respondents argue that Leon Chalifoux's appeal letter, dated March 13, 2002, relates wholly to the amendments of the Regulations and was not related to the specific election of the Sound family group. However, in my opinion, a reading of Leon Chalifoux's notice of appeal shows that, although he was taking issue with the amendments made to the Regulations by Band Council Resolution signed January 28, 2002, he also believed that the applicant was guilty of corrupt election practices and his election as a Band councillor should be vacated. It is important to remember that the heading at the top of this letter states "Notice of appeal I am forewording [*sic*] appeal to the election of councillors". Further, this letter refers to paragraph 12.1(c) of the Regulations which only relates to appealing the results of an election, by-election or run-off election of a councillor. This letter states, in part:

12.1(c)—A candidate was guilty of promoting or aiding corrupt election practices, NAMELY, Charlie Chalifoux, Preston Sound, John Giroux— These candidates knowingly submitted [f]he invalid petitions to amend the Custom Election Regulations.

*Newfoundland Telephone*, précité, la Commission qui réglementait une entreprise de services publics enquêtait sur la rémunération et les avantages consentis aux cadres de l'entreprise. L'entreprise s'est opposée à la participation au processus de décision de M. Wells, un des commissaires, au motif d'une crainte raisonnable de partialité.

[58] La nature de la décision en l'espèce, qui porte sur l'allégation qu'un individu s'est livré à des manœuvres électorales frauduleuses, est très différente de ce qu'on trouve dans l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité. La décision soumise au contrôle judiciaire en l'espèce est plus individuelle et contradictoire que liée à des questions de politique. De plus, en l'espèce l'un des décideurs membres du comité, Leon Chalifoux, avait en fait déposé son propre appel au motif que l'élection du demandeur était irrégulière par suite de manœuvres électorales frauduleuses. On peut donc distinguer la présente espèce de l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, du fait que l'allégation de partialité visant M. Wells portait sur des déclarations faites aux médias.

[59] Les défendeurs soutiennent que la lettre d'avis d'appel de Leon Chalifoux, datée du 13 mars 2002, ne porte que sur les modifications au Règlement et qu'elle n'est pas liée précisément à l'élection du groupe familial Sound. Selon moi, toutefois, la lecture de l'avis d'appel de Leon Chalifoux démontre que même s'il s'attaquait aux modifications faites au Règlement par la résolution du conseil de bande signée le 28 janvier 2002, il croyait aussi que le demandeur était coupable de manœuvres électorales frauduleuses et que son élection au conseil de bande devait être annulée. Il est important de rappeler que l'intitulé de cette lettre est rédigé comme suit: [TRADUCTION] «Avis d'appel: j'envoie appel de l'élection des conseillers». De plus, sa lettre mentionne l'alinéa 12.1c) du Règlement, qui ne traite que des appels des résultats d'une élection, d'une élection partielle ou d'une élection par ballottage d'un conseiller. On trouve notamment ceci dans la lettre:

[TRADUCTION] 12.1c)—Un candidat est coupable d'avoir encouragé ou aidé à la perpétration de manœuvres électorales frauduleuses, SAVOIR: Charlie Chalifoux, Preston Sound, John Giroux— C'est en toute connaissance de cause que ces candidats ont présenté les pétitions invalides visant la modification du Règlement sur les élections coutumières.

[60] There is no need to address the arguments regarding the standard of review of breaches of procedural fairness, as the standard of review is not engaged when looking at the process followed by a decision-maker, but only when looking at the substance, or reasons for, a decision.

[61] The respondents argue that applicant has not requested the record from the Committee and is therefore not interested in having the record of the Committee produced before the Court. However, this flies in the face of the applicant's notice of application for judicial review where he requested that the Committee provide all material relevant to the application in its possession, including all minutes of any meetings relevant to the application, pursuant to rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19] of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106.

[62] There is nothing on the Court file to indicate that the respondents have provided any minutes of the Committee's deliberations relative to the decision under review. The respondents' evidence, in the form of the affidavit from Leon Chalifoux, that the Committee believed that the Electoral Officer, Ray Dupres, was taking minutes of the hearing and that Mr. Dupres resigned on March 26, 2002, does not mean that the applicant somehow should be faulted for the lack of a tribunal record before this Court.

[63] The applicant has also argued that the reasons of the Committee are inadequate, given the nature of the decision and its significance to him. He relies on *Baker*, *supra*, and says that reasons should have been provided. At paragraph 43 of *Baker*, *supra*, Justice L'Heureux-Dubé stated as follows:

In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances

[60] Il n'est pas nécessaire de traiter des arguments portant sur la norme de contrôle des violations de l'équité procédurale, la norme de contrôle n'étant pas en cause lorsqu'on examine le processus du décideur, mais seulement lorsqu'on examine la substance ou les motifs d'une décision.

[61] Les défendeurs soutiennent que le demandeur n'a pas cherché à obtenir le dossier du comité et, par conséquent, qu'il n'est pas intéressé à ce que ce dossier soit déposé devant la Cour. Toutefois, cette affirmation est contraire à ce que l'on trouve dans l'avis de demande de contrôle judiciaire du demandeur, où il demande que le comité dépose tous les documents pertinents à la demande de contrôle qu'il a en sa possession, y compris tous les procès-verbaux de toutes les réunions pertinentes, le tout en conformité de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19] des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106.

[62] Rien dans le dossier de la Cour n'indique que les défendeurs aient présenté des procès-verbaux des délibérations du comité relatives à la décision soumise au contrôle. La preuve des défendeurs, sous forme d'un affidavit de Leon Chalifoux, qui veut que le comité croyait que le directeur des élections, Ray Dupres, tenait un procès-verbal de l'audience et que ce dernier a démissionné le 26 mars 2002, ne veut pas dire qu'on peut de ce fait trouver le demandeur en faute parce que le dossier du comité n'est pas devant la Cour.

[63] Le demandeur soutient aussi que les motifs du comité ne sont pas adéquats, étant donné la nature de la décision et son impact sur lui. Il s'appuie sur l'arrêt *Baker*, précité, pour dire qu'il fallait que des motifs soient présentés. Voici ce que déclare à ce sujet le juge L'Heureux-Dubé, au paragraphe 43 de l'arrêt *Baker*, précité:

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les

of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski*, *Cunningham*, and *Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached.

[64] In my opinion, the Committee should have provided reasons as to why it concluded that the applicant was guilty of promoting or aiding corrupt election practices, contrary to paragraph 12.1(c) of the Regulations. Here, the applicant simply received notice that the appeal brought by Robert Sound had been upheld. A few days later he received a letter which stated that the decision had been made based on the oral presentations to the Committee and that the Regulations do not require the Committee to disclose any of its reasons for decision. Since this decision made such an important finding for an individual, impugning the applicant's conduct and removing him from elected office, reasons for the decision should have been provided, despite the fact the regulations do not expressly say that reasons should be given.

[65] The disposition which may be rendered by the Committee is set out in section 12.9 of the Regulations. Paragraphs 12.9(a) and (b) of the Regulations establish the standard required in order for an appeal to be denied. Paragraph 12.9(a) states that an appeal is to be denied where "the evidence presented did not fully and properly establish the necessary grounds for an appeal" and paragraph 12.9(b) states that the results of an election will not be changed if, despite the grounds for an appeal being upheld, "the infraction did not materially or directly affect the result of the Election". This wording indicates, in my opinion, that reasons are required to say why the evidence presented "fully and properly established" that the applicant was implicated in corrupt election practices and how this conduct materially or directly affected the election result.

[66] In light of the preceding analysis, this application for judicial review will be allowed. The process followed by the Committee prevented the applicant from

circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski*, *Cunningham* et *Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise.

[64] Selon moi, le comité aurait dû donner les motifs pour lesquels il est arrivé à la conclusion que le demandeur était coupable d'avoir encouragé la perpétration de manœuvres électorales frauduleuses, en contravention de l'alinéa 12.1c) du Règlement. En l'espèce, le demandeur a tout simplement reçu un avis que l'appel de Robert Sound était accueilli. Quelques jours plus tard il a reçu une lettre lui déclarant que la décision avait été prise au vu des présentations faites verbalement au comité et que le Règlement n'exigeait pas que le comité divulgue quelques raisons que ce soit pour sa décision. Étant donné que cette décision avait une importance si grande pour une personne, sanctionnant sa conduite et l'excluant de son poste électif, les motifs de la décision auraient dû être présentés même si le Règlement ne précise pas expressément cette exigence.

[65] La décision que peut prendre le comité est précisée à l'article 12.9 du Règlement. Les alinéas 12.9a) et b) du Règlement énoncent la norme requise pour qu'un appel soit rejeté. L'alinéa 12.9a) porte qu'un appel doit être rejeté au motif que «la preuve présentée ne vient pas confirmer pleinement et correctement les motifs essentiels d'un appel», et l'alinéa 12.9b) porte que les résultats d'une élection seront maintenus malgré qu'on accueille les motifs d'appel, si «l'infraction n'a pas directement ou essentiellement affecté le résultat». Selon moi, cette formulation indique qu'il faut donner des motifs énonçant pourquoi la preuve présentée «vient [. . .] confirmer pleinement et correctement» que le demandeur était impliqué dans des manœuvres électorales frauduleuses et de quelle manière cette conduite a affecté directement ou essentiellement le résultat de l'élection.

[66] Au vu de l'analyse qui précède, j'accueille la demande de contrôle judiciaire. Le processus adopté par le comité a empêché le demandeur de participer de façon

meaningful participation in a decision which would have a great impact not only on his employment, but on his reputation in the community.

[67] The decision of the Committee is quashed, with costs to the applicant. The appeal of the applicant's election as Band councillor is to be redetermined in accordance with these reasons. The applicant is to be made aware of the evidence and allegations made against him and afforded an opportunity to respond to them. Leon Chalifoux is not to constitute part of the Committee. The request for publication of a notice that the applicant is duly elected and that he is not guilty of corrupt election practices is denied, as this is a matter to be determined by the Committee in the future, and not by this Court.

#### ORDER

This application for judicial review is allowed and the decision dated March 26, 2002 of the Election Appeal Committee of the Swan River First Nation, allowing the appeal of the respondent, Robert Sound, against the election of the applicant is quashed. The Committee is to redetermine the matter in accordance with these reasons. councillor Leon Chalifoux is not to form part of the Committee on this redetermination. The applicant is to have his costs.

valable à une décision qui aurait un impact considérable non seulement sur son emploi, mais sur sa réputation dans la communauté.

[67] La décision du comité est annulée, avec dépens au demandeur. L'appel de l'élection du demandeur comme conseiller de bande doit être réexaminé et tranché à nouveau en conformité de ces motifs. Le demandeur doit être informé de la preuve et des allégations faites contre lui et obtenir l'occasion d'y répondre. Leon Chalifoux ne peut faire partie du comité. La demande visant la publication d'un avis que le demandeur est régulièrement élu et qu'il n'est pas coupable de manœuvres électorales frauduleuses est rejetée, puisque ce n'est pas la Cour mais bien le comité qui doit en décider à l'avenir.

#### ORDONNANCE

La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision du 26 mars 2002 du Comité d'appels en matière d'élections de la Première nation de Swan River accueillant l'appel du défendeur, Robert Sound, à l'encontre de l'élection du demandeur est annulée. Le comité doit trancher la question à nouveau en conformité de ces motifs. Le conseiller Leon Chalifoux ne doit pas participer au comité lors de ce nouvel examen. Le demandeur a droit à ses dépens.

T-1321-97  
2003 FC 978

T-1321-97  
2003 CF 978

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.**  
*(Plaintiffs) (Defendants by Counterclaim)*

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.**  
*(demanderesses) (défenderesses reconventionnelles)*

v.

c.

**Apotex Inc. (Defendant) (Plaintiff by Counterclaim)**

**Apotex Inc. (défenderesse) (demanderesse reconventionnelle)**

and

et

**Apotex Inc. (Defendant) (Plaintiff by Counterclaim)**

**Apotex Inc. (défenderesse) (demanderesse reconventionnelle)**

v.

c.

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.**  
*(Plaintiffs) (Defendants by Counterclaim)*

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.**  
*(demanderesses) (défenderesses reconventionnelles)*

and

et

**Shionogi & Co. Ltd. (Defendant by Counterclaim)**

**Shionogi & Co. Ltd. (défenderesse reconventionnelle)**

**INDEXED AS: ELI LILLY AND CO. v. APOTEX INC. (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: ELI LILLY AND CO. c. APOTEX INC. (C.F.)**

Federal Court, Aronovitch P.—Ottawa, April 30, and August 18, 2003.

Cour fédérale, protonotaire Aronovitch—Ottawa, 30 avril et 18 août 2003.

*Practice — Pleadings — Amendments — Amendment of statement of claim to ask solicitor-and-client costs, exemplary damages — Plaintiffs say defendant withheld documents, not meeting discovery obligations — Amendment denied — As defendant did eventually disclose evidence, no shifting of burden of proof — Defendant's conduct not attracting exemplary damages award — No part of cause of action — Disclosure delay could be compensated by costs award — Ontario case Bonner v. Day notwithstanding, better view of law pleading disallowed if relevant only to costs — Costs not part of lis between parties — Inexpedient, procedurally unjust to allow matters unrelated to lis to detract from issues for decision at trial — Such pleadings could cause delay, expand discoveries.*

*Pratique — Actes de procédure — Modifications — Modification de la déclaration pour demander des dépens avocat-client et des dommages-intérêts exemplaires — Les demanderesses prétendent que la défenderesse a retenu des documents pertinents et a manqué à ses obligations de communication préalable — Modification refusée — Comme la défenderesse a fini par communiquer sa preuve, il n'y a pas eu déplacement du fardeau de la preuve — La conduite de la défenderesse ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts exemplaires — Elle ne fait pas partie de la cause d'action — Le retard dans la communication peut donner lieu à une indemnisation par l'attribution de dépens — Malgré la décision ontarienne Bonner v. Day, la position correcte en droit est que les actes de procédure ne se rapportant qu'aux dépens doivent être radiés — Les dépens ne font pas partie du litige entre les parties — Il n'est ni juste ni efficace sur le plan de la procédure de se laisser détourner, par des questions non reliées au litige, des questions de fond à trancher au procès — De tels actes de procédure peuvent engendrer des retards et élargir la portée de l'enquête préalable.*



*Practice — Costs — Application to amend statement of claim to ask award of solicitor-and-client costs — Solicitor-and-client costs may be awarded in addition to exemplary damages: Orkin, Law of Costs — Double recovery potential not ground to strike pleadings — Whether conduct merely giving rise to costs may be pleaded — Conflicting case law on point reviewed — To permit pleading relevant only to costs dangerous precedent — Costs not part of lis between parties, determined only when trial over — Pleading costs procedurally unjust, inexpedient — Could cause delay, expansion of discoveries.*

The issue herein was whether plaintiffs should be permitted to amend their statement of claim in a patent infringement action to ask for an award of solicitor-and-client costs and exemplary damages. Plaintiffs say that defendant, Apotex, had withheld relevant documents and failed to live up to its obligations at discovery. Apotex resisted the amendment, arguing that the allegations did not disclose a reasonable cause of action and were irrelevant, frivolous and vexatious.

*Held*, the amendment should be denied.

Plaintiffs made reference to the common law principle that, if a party best situated to prove or disprove a fact fails to present relevant evidence, an inference adverse to that party can be made. Plaintiffs have pleaded that information regarding the synthetic processes used by Apotex are within its knowledge but beyond plaintiffs' power to discover so that the burden is on Apotex to prove that a non-infringing process is being used. Plaintiffs accordingly submit that defendant's failure to disclose documents is relevant to its plea of the common law burden.

Apotex suggested that, unlike costs, exemplary damages are awarded to sanction a party's vicious conduct in committing the legal wrong that is the subject of the litigation. Inappropriate conduct of the litigation could justify an increased costs award but not exemplary or punitive damages. In addition, it was defendant's submission that a party may not have both exemplary damages and solicitor-and-client costs in respect of the same conduct as that would amount to double recovery. On this last point, the Court could not agree. In his work *The Law of Costs*, Orkin notes that "courts have not hesitated to award solicitor-and-client costs in addition to an award of exemplary, or aggravated, or punitive damages". So the potential for double recovery was not, in itself, a valid ground to strike the pleadings in question. Even so,

*Pratique — Frais et dépens — Modification de la déclaration pour demander les dépens avocat-client — Les dépens avocat-client peuvent s'ajouter aux dommages-intérêts exemplaires: Orkin, Law of Costs — Le risque de double réparation ne justifie pas la radiation d'actes de procédure — Peut-on plaider une conduite uniquement susceptible d'entraîner l'attribution de dépens? — Examen de décisions contradictoires sur ce point — L'autorisation d'allégations ne concernant que les dépens créerait un dangereux précédent — Les dépens ne font pas partie du litige entre les parties, ils ne sont attribués que lorsque l'instruction est terminée — L'autorisation d'un débat sur les dépens serait injuste et inefficace procéduralement — Elle pourrait entraîner des retards et l'élargissement de la portée de l'enquête préalable.*

La Cour devait déterminer s'il y avait lieu d'autoriser les demanderesse à modifier leur déclaration afférente à une action en contrefaçon de brevet pour demander les dépens avocat-client et des dommages-intérêts exemplaires. Les demanderesse prétendaient que la défenderesse, Apotex, avait retenu des documents pertinents et manqué à ses obligations de communication préalable. Apotex leur opposait que les allégations de la déclaration ne révélaient pas une cause d'action valable et qu'elles étaient sans pertinence, frivoles et vexatoires.

*Jugement*: la modification est refusée.

Les demanderesse ont invoqué le principe de *common law* selon lequel le défaut de la partie la mieux placée pour établir ou contredire un fait de présenter une preuve pertinente peut mener à une déduction qui lui est défavorable. Elles ont fait valoir que les renseignements concernant les procédés de synthèse utilisés par Apotex font partie de ses connaissances particulières, que les demanderesse ne peuvent les découvrir et qu'il incombe à Apotex d'établir qu'elle emploie un procédé non contrefaisant. Les demanderesse ont donc soutenu que le défaut de la défenderesse de communiquer des documents se rapporte à leur allégation relative au fardeau de la preuve en *common law*.

Apotex a fait valoir que, contrairement aux dépens, les dommages-intérêts exemplaires sont attribués pour punir le comportement abusif d'une partie dans la commission de la faute juridique qui fait l'objet du litige. Un comportement inapproprié dans le cours d'un procès peut justifier l'attribution de dépens élevés, mais il ne peut servir à justifier des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs. Elle a soutenu en outre qu'une partie ne peut avoir droit à la fois à des dommages-intérêts exemplaires et à des dépens avocat-client pour le même comportement, car cela constituerait une double réparation. La Cour ne lui a pas donné raison sur ce dernier point. Dans son traité *The Law of Costs*, Orkin indique que «les tribunaux n'ont pas hésité à attribuer des dépens avocat-client en plus de dommages-intérêts exemplaires,

defendant's alleged misconduct was not such as to attract an award of exemplary damages as it did not constitute an aggravation of the original injury to plaintiff and form part of the cause of action. Actions claiming damages for defamation or where there was "high-handed and subversive" conduct and in which punitive damages were awarded, were distinguished from the case at bar. Any additional expense suffered by plaintiff as a result of defendant's failure to disclose could be compensated by an award of costs. This was not a matter for an award of punitive or exemplary damages.

As for pleadings containing a claim for solicitor-and-client costs, the Ontario High Court decision in *Bonner v. Day* has been relied upon for the proposition that conduct merely giving rise to costs may be pleaded. But the issue in that case was actually whether pleadings might contain facts relevant to prejudgment interest. And, in *A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong*, another Ontario case, it was said by McRae J. that "to permit a pleading which is only relevant to the issue of costs, whether it be solicitor-and-client costs, or party-and-party costs, would be a dangerous precedent. Costs are not an issue and are not part of the *lis* between the parties" *A.I. Macfarlane* has been followed rather than *Bonner* in numerous Ontario cases. In *Imperial Tobacco Ltd. v. Rothmans, Benson & Hedges Inc.*, Reed J. of this Court acknowledged that the case law on pleading costs was somewhat unsettled" but she also made reference to a Federal Court decision wherein pleadings raising issues relevant only to costs were disallowed. The "result of the proceeding" is a factor considered by the Court in awarding costs, a matter determined only when the trial is over. Costs is an issue properly dealt with in the aftermath of the adjudication of the case on its merits. *A.I. Macfarlane* is the correct view of the law. It is neither expedient nor procedurally just to permit matters unrelated to the *lis*, but going exclusively to costs, to detract from the substantive issues for decision at trial. If such pleadings were allowed to stand, the result might be delay and an expansion of discoveries.

majorés ou punitifs». La perspective d'une double réparation n'est donc pas en soi un motif valide de radiation de l'acte de procédure visé. De toute façon, l'inconduite prétendue de la défenderesse n'était pas de nature à justifier l'attribution de dommages-intérêts exemplaires, car elle ne constituait pas une aggravation du préjudice initial causé au demandeur et elle ne formait pas partie intégrante de la cause d'action. La Cour a distingué la présente espèce des actions en diffamation ou des instances marquées par une conduite «désinvolte et subversive» qui avaient donné lieu à l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Toute dépense supplémentaire occasionnée aux demandresses par suite du défaut de divulgation de la défenderesse pouvait être indemnisée par l'attribution de dépens. Il ne s'agissait pas d'un cas où l'attribution de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires se justifiait.

Relativement aux actes de procédure demandant des dépens avocat-client, la décision *Bonner c. Day* de la Haute Cour de l'Ontario a été citée à l'appui de la position qu'on peut plaider un comportement justifiant uniquement des dépens, mais il s'agissait, dans cette affaire, de savoir si les actes de procédure pouvaient inclure des faits touchant les intérêts antérieurs au jugement. Dans un autre arrêt ontarien, *A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong*, le juge McRae a déclaré «qu'autoriser un acte de procédure qui ne concerne que les dépens, qu'il s'agisse des dépens avocat-client ou des dépens partie-partie, créerait un dangereux précédent. Les dépens ne sont pas une question et ne forment pas partie du litige». Une abondante jurisprudence ontarienne a suivi cet arrêt plutôt que la décision *Bonner*. Dans la décision *Imperial Tobacco Ltd. c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* de notre Cour, la juge Reed a noté que la jurisprudence relative aux actes de procédure concernant les dépens était «quelque peu flottante», mais elle a également signalé une décision de la Cour où des actes de procédure qui soulevaient des questions portant exclusivement sur les dépens ont été radiés. Le «résultat de l'instance» est un facteur pris en considération par la Cour dans l'attribution des dépens, mais il n'intervient qu'au moment où les questions de fond du procès ont été réglées. Les questions relatives aux dépens sont normalement réglées après la décision sur les allégations de fond. L'arrêt *A.I. Macfarlane* constitue la jurisprudence correcte. Il n'est ni juste ni efficace sur le plan de la procédure de se laisser détourner, par des questions non reliées au litige et portant exclusivement sur le droit aux dépens, des questions de fond à trancher au procès. Autoriser ces actes de procédure pourrait engendrer des retards et inutilement élargir la portée de l'enquête préalable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 221(1), 400(3).  
*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, R. 57.01(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 221(1), 400(3).  
*Règles de procédure civile*, Règl. Ont. 560/84, R. 57.01(1).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong* (1986), 55 O.R. (2d) 89; 10 C.P.C. (2d) 25 (H.C.); *Imperial Tobacco Ltd. v. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 378 (F.C.T.D.).

## NOT FOLLOWED:

*Apotex Inc. v. Glaxo Group Ltd.*, 2001 FCT 1351; [2001] F.C.J. No. 1863 (T.D.) (QL); *Bonner v. Day* (1985), 49 O.R. (2d) 268; 47 C.P.C. 278; [1985] I.L.R. 7167 (H.C.); *Royal Bank of Canada v. Fogler, Rubinoff* (1985), 3 C.P.C. (2d) 248 (Ont. H.C.).

## DISTINGUISHED:

*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84; 145 D.L.R. (3d) 270; 71 C.P.R. (2d) 20 (H.C.); affd (1984), 47 O.R. (2d) 287; 11 D.L.R. (4th) 320; 1 C.P.R. (3d) 507 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1985] 1 S.C.R. v; *Ross v. Lamport*, [1957] O.R. 402; (1957), 9 D.L.R. (2d) 585 (C.A.); *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 54 O.R. (3d) 612; 6 C.C.L.T. (3d) 97; 147 O.A.C. 317 (C.A.); *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 184 N.R. 1; *Atlas Janitorial Services Co. v. Germanis* (1994), 53 C.P.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.); *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [1999] F.C.J. No. 296 (T.D.) (QL).

## CONSIDERED:

*Starline Agencies Inc. v. MacIntosh Graphics Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 263; 26 F.T.R. 159 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 360 (F.C.T.D.); *Olson v. (New Home Certification Program) Alberta* (1986), 69 A.R. 356; 44 Alta. L.R. (2d) 207 (Q.B.); *Waters v. MTI Canada Ltd.* (1996), 19 C.C.E.L. (2d) 24 (Ont. Gen. Div.); *Millar v. General Motors of Canada Ltd.* (2002), 27 B.L.R. (3d) 300 (Ont. S.C.); *Delray Development Corp. v. Rexe* (1986), 13 C.P.C. (2d) 133 (Ont. H.C.); *Wood Gundy Inc. v. Financial Trustco Capital Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 274 (Ont. H.C.); *Drexler v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1995] O.J. No. 899 (Gen. Div.) (QL); *Rundle v. Kruspe* (1998), 67 O.T.C. 296 (Ont. Gen. Div.); *Four Twenty-Seven Investments Ltd. (Trustee*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong* (1986), 55 O.R. (2d) 89; 10 C.P.C. (2d) 25 (H.C.); *Imperial Tobacco Ltd. c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 378 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Apotex Inc. c. Glaxo Group Ltd.*, 2001 FCT 1351; [2001] F.C.J. n° 1863 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bonner v. Day* (1985), 49 O.R. (2d) 268; 47 C.P.C. 278; [1985] I.L.R. 7167 (H.C.); *Royal Bank of Canada v. Fogler, Rubinoff* (1985), 3 C.P.C. (2d) 248 (H.C. Ont.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84; 145 D.L.R. (3d) 270; 71 C.P.R. (2d) 20 (H.C.); conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 287; 11 D.L.R. (4th) 320; 1 C.P.R. (3d) 507 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *Ross v. Lamport*, [1957] O.R. 402; (1957), 9 D.L.R. (2d) 585 (C.A.); *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 54 O.R. (3d) 612; 6 C.C.L.T. (3d) 97; 147 O.A.C. 317 (C.A.); *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; (1995), 126 D.L.R. (4th) 129; 25 C.C.L.T. (2d) 89; 184 N.R. 1; *Atlas Janitorial Services Co. v. Germanis* (1994), 53 C.P.R. (3d) 1 (Div. gén. Ont.); *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [1999] A.C.F. n° 296 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Starline Agencies Inc. c. MacIntosh Graphics Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 263; 26 F.T.R. 159 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (C.A.F.); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 360 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Olson v. (New Home Certification Program) Alberta* (1986), 69 A.R. 356; 44 Alta. L.R. (2d) 207 (B.R.); *Waters v. MTI Canada Ltd.* (1996), 19 C.C.E.L. (2d) 24 (Div. gén. Ont.); *Millar v. General Motors of Canada Ltd.* (2002), 27 B.L.R. (3d) 300 (C.S. Ont.); *Delray Development Corp. v. Rexe* (1986), 13 C.P.C. (2d) 133 (H.C. Ont.); *Wood Gundy Inc. v. Financial Trustco Capital Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 274 (H.C. Ont.); *Drexler v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1995] O.J. No. 899 (Div. gén.) (QL); *Rundle v. Kruspe* (1998), 67 O.T.C. 296 (Div. gén. Ont.); *Four Twenty-Seven Investments Ltd. (Trustee of) v. Ryan*,

*of v. Ryan*, [1988] O.J. No. 244 (H.C.) (QL); *Norac Systems International Inc. v. Massload Technologies Inc.* (1996), 70 C.P.R. (3d) 88; 115 F.T.R. 289 (F.C.T.D.); *Nolan v. Silix International Chemical Systems Inc.*, [1994] F.C.J. No. 1599 (T.D.) (QL).

## AUTHORS CITED

Orkin, M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.

APPLICATION to amend a statement of claim to ask for solicitor and client costs and exemplary damages for defendant's failure to discharge certain obligations regarding discoveries. Application denied.

## APPEARANCES:

*Patrick S. Smith* and *Kristi Rowe* for plaintiffs (defendants by counterclaim) Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.  
*David Scrimger* for defendant (plaintiff by counterclaim).  
*David Morrow* and *Colin B. Ingram* for defendant by counterclaim Shionogi & Co. Ltd.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for plaintiffs (defendants by counterclaim) Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.  
*Goodmans LLP*, Toronto, for defendant (plaintiff by counterclaim).  
*Smart & Biggar*, Ottawa, for defendant by counterclaim Shionogi & Co. Ltd.

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

[1] ARONOVITCH P.: The plaintiffs, (Lilly) wish to amend their statement of claim in the context of a patent infringement suit relating to the antibiotic drug cefaclor. Apotex manufactures and sells its own product, Apo-Cefaclor, in Canada. The bulk active ingredient in Apotex' cefaclor is said to be infringing by the use of the intermediate compounds or processes claimed in the eight patents at issue. It is fair to summarize the substantive matters in dispute between the parties as

[1988] O.J. No. 244 (H.C.) (QL); *Norac Systems International Inc. c. Massload Technologies Inc.* (1996), 70 C.P.R. (3d) 88; 115 F.T.R. 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nolan c. Silix International Chemical Systems Inc.*, [1994] F.C.J. n° 1599 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DOCTRINE

Orkin, M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003.

DEMANDE de modification d'une déclaration afin de demander les dépens avocat-client et des dommages-intérêts exemplaires au motif que la défenderesse avait manqué à certaines obligations en matière de communication préalable. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Patrick S. Smith* et *Kristi Rowe* pour les demandresses (défenderesses reconventionnelles) Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.  
*David Scrimger* pour la défenderesse (demanderesse reconventionnelle).  
*David Morrow* et *Colin B. Ingram* pour la défenderesse reconventionnelle Shionogi & Co. Ltd.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour les demandresses (défenderesses reconventionnelles) Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.  
*Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse (demanderesse reconventionnelle).  
*Smart & Biggar*, Ottawa, pour la défenderesse reconventionnelle Shionogi & Co. Ltd.

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

[1] LE PROTONOTAIRE ARONOVITCH: Les demandresses (Lilly) souhaitent modifier leur déclaration dans le cadre d'une poursuite en contrefaçon de brevet visant le médicament antibiotique appelé céfaclo. Apotex fabrique et vend au Canada son propre produit, l'Apo-Céfaclo. Le principe actif en vrac du céfaclo d'Apotex serait contrefaisant parce qu'il utilise les composés ou procédés intermédiaires revendiqués dans les huit brevets visés. On peut résumer correctement les

involving, the infringement and invalidity of the subject patents, and the alleged anti-competitive conduct of Lilly, and Shionogi, the holder of patent rights in four of the eight patents in suit.

[2] For the most part, the proposed amendments are not contentious. The disputed amendment, is to the effect that Lilly is entitled to an award of solicitor-and-client costs, and exemplary damages, as a consequence of Apotex having allegedly withheld relevant documents, and failed in its discovery obligations, in the course of this proceeding. The focus of the controversy between the parties is the following paragraph sought to be added to the claim.

33. Moreover, Apotex withheld documents and details in its possession concerning the processes used by Apotex' suppliers including, but not limited to, the documents contained in its New Drug Submission for Apo-cefador or documents filed with the Minister of Health. Apotex' failure to disclose relevant documents prolonged the prosecution of this action and needlessly caused the Plaintiffs to incur expense. The Plaintiffs claim that Apotex is responsible for the Plaintiffs' costs that flow from Apotex' failure to disclose relevant process documents on a solicitor and client scale and such conduct justifies an award of exemplary damages.

[3] Lilly says that the amendment ought to be allowed as the conduct complained of is relevant to pleadings in respect of the burden of proof, as well as Lilly's claim to exemplary damages, and solicitor-and-client costs. Apotex opposes the amendment, arguing that the allegations contained therein do not disclose a reasonable cause of action, are irrelevant, frivolous and vexatious and will therefore not withstand a motion to strike.

[4] It is well settled, and common ground between the parties, that amendments may be made to pleadings at any time, so long as the amendment does not give rise to prejudice that is not compensable by an award of costs. In addition, the proposed amendment is meant to be subjected to the same test as applies on a motion to strike (*Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19

questions de fond qui sont litigieuses entre les parties en disant qu'elles portent sur la contrefaçon et l'invalidité des brevets visés et sur le comportement de Lilly, et de Shionogi, titulaire des droits de brevet à l'égard de quatre des huit brevets litigieux, dont on prétend qu'il serait anti-concurrentiel.

[2] Pour la majorité, les modifications proposées ne sont pas litigieuses. La modification contestée touche le droit de Lilly à l'attribution des dépens avocat-client et de dommages-intérêts exemplaires, en réparation du fait qu'Apotex aurait retenu des documents pertinents et manqué à ses obligations de communication préalable au cours de la procédure. Le cœur du litige entre les parties est le paragraphe suivant que Lilly demande d'ajouter à la déclaration.

[TRADUCTION] 33. De plus, Apotex a retenu des documents et des précisions en sa possession au sujet des procédés utilisés par ses fournisseurs, notamment les documents figurant dans sa présentation de drogue nouvelle visant l'Apo-Céfador ou les documents déposés auprès du ministre de la Santé. Le défaut d'Apotex de communiquer les documents pertinents a prolongé la poursuite de l'action et occasionné des dépenses indues aux demanderesse. Les demanderesse prétendent qu'Apotex est responsable des dépens sur la base avocat-client des demanderesse issus du refus de communiquer les documents pertinents relatifs aux procédés et que ce comportement justifie l'attribution de dommages-intérêts exemplaires.

[3] Lilly dit que la modification devrait être autorisée du fait que le comportement reproché touche les actes de procédure en ce qui a trait au fardeau de la preuve, de même que la demande de Lilly relative aux dommages-intérêts exemplaires et aux dépens avocat-client. Apotex s'oppose à la modification et fait valoir que les allégations contenues dans la requête ne révèlent pas de cause d'action valable, ne sont pas pertinentes, sont frivoles et vexatoires et ne fondent pas une requête en radiation.

[4] Il est bien établi et convenu entre les parties que des modifications peuvent être apportées en tout temps aux actes de procédure, dans la mesure où elles ne causent pas un préjudice qui ne serait pas réparable par l'attribution de dépens. En outre, la modification proposée doit répondre au même critère que celui de la requête en radiation (*Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72

(F.C.A.), at paragraph 16; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 360 (F.C.T.D.), at paragraphs 20-27). Indeed, pleadings may be struck on the basis of each of the enumerated grounds under subsection 221(1) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106]. These include pleadings that disclose no reasonable cause of action, are immaterial, frivolous or vexatious, or are such as to prejudice and delay the fair trial of the action. Apotex, as we have seen, invokes a number of these grounds to preclude the amendment.

### Burden of Proof

[5] Lilly refers to the common law principle that, if a party that is best situated to prove or disprove a fact fails to present relevant evidence, it can lead to an inference adverse to that party. Lilly has pleaded, at paragraph 32 of its statement of claim, that information relating to the synthetic processes used by Apotex are particularly within its knowledge, are beyond the power of the plaintiffs to discover, and that the common law burden therefore falls on Apotex to prove that a non-infringing process is being used. Lilly maintains in this motion, that Apotex's alleged failure to disclose documents is relevant to its plea of the common law burden.

[6] In support of this proposition, Lilly relies on *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84 (H.C.), aff'd (1984), 47 O.R. (2d) 287 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied, [1985] 1 S.C.R. v. In that case, counsel for Apotex instructed its supplier in Italy not to divulge certain relevant information. The Court held that Apotex was best situated to present that evidence, and that its failure to disclose the evidence led to an inference unfavourable to Apotex. In other words, the burden of proof shifted to Apotex, and Apotex failed to discharge it. Lilly relies on the below comment of the Court in *Hoffmann-La Roche* having to do with Apotex's instructions to its supplier not to divulge information [at page 89]:

Therefore, in a case such as this where the plaintiff holds a process patent and the defendant is granted a compulsory

C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.), au paragraphe 16; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 360 (C.F. 1<sup>o</sup> inst.), aux paragraphes 20 à 27). En fait, les actes de procédure peuvent être radiés pour tous les motifs énumérés au paragraphe 221(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], notamment s'ils ne révèlent aucune cause d'action valable, sont futiles, frivoles et vexatoires, ou risquent de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder. Apotex, nous l'avons vu, invoque plusieurs de ces motifs pour exclure la modification.

### Le fardeau de la preuve

[5] Lilly renvoie au principe de common law selon lequel, dans le cas où la partie qui est la mieux placée pour établir ou contredire un fait ne présente pas la preuve pertinente, ce défaut peut mener à une déduction qui lui est défavorable. Lilly a fait valoir, au paragraphe 32 de sa déclaration, que les renseignements concernant les procédés de synthèse utilisés par Apotex font partie de ses connaissances particulières, que les demanderesse ne peuvent les découvrir et que le fardeau de la preuve en common law incombe à Apotex, tenue d'établir l'usage d'un procédé non contrefaisant. Lilly maintient dans sa requête que le défaut d'Apotex de communiquer des documents concerne l'argument invoqué du fardeau de la preuve en common law.

[6] À l'appui de cette position, Lilly cite l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1983), 41 O.R. (2d) 84 (H.C.), conf. par (1984), 47 O.R. (2d) 287 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée, [1985] 1 R.C.S. v. Dans cette affaire, l'avocat d'Apotex a donné instruction au fournisseur d'Apotex en Italie de ne pas communiquer certains renseignements pertinents. La Cour a conclu qu'Apotex était la mieux placée pour produire cet élément de preuve et que son refus de le faire justifiait une déduction défavorable à son endroit. En d'autres termes, le fardeau de la preuve a été transféré à Apotex, qui ne s'en est pas acquittée. Lilly s'appuie sur l'observation de la Cour dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, donnée ci-dessous, qui traite des instructions d'Apotex à son fournisseur de ne pas communiquer de renseignements [à la page 89]:

[TRADUCTION] Par conséquent, dans une affaire comme la présente où la demanderesse est titulaire d'un brevet de

licence, the onus shifts to the defendant to show that the supplier he selects abroad does not use the plaintiff's patented process. The defendant of the two parties involved is the only one having any real opportunity of determining the actual foreign process being employed. This is particularly so as the defendant and its solicitor instructed the foreign supplier not to divulge any information on its manufacturing process to the plaintiff's solicitor. [Emphasis added.]

[7] *Hoffmann-La Roche* does not have the effect suggested by Lilly, in this case. First, assuming that Apotex is best situated to present certain evidence and that the burden of proof should shift accordingly, it would do so on the basis of the unavailability of the evidence and Apotex's special knowledge of the process at issue, not on the basis of its conduct. To the extent that the Court, in *Hoffmann-La Roche*, took into account the instructions of Apotex's solicitor not to disclose information, the present case is distinguishable, as in this case, Apotex did eventually disclose the evidence in question. I fail to see how the former unavailability of the process information can be taken into account in shifting the burden of proof. I conclude therefore, that there is not a subsisting legal issue related to the burden of proof left to which Apotex's failure to disclose may be relevant.

#### Exemplary Damages

[8] Apotex submits that, unlike costs, exemplary damages are awarded to sanction, the malicious, vicious or oppressive conduct of a party in the course of committing the legal wrong that is the subject-matter of the litigation. Inappropriate conduct in the course of litigation may justify an elevated award of costs, says Apotex, but it cannot be used as a basis for claiming exemplary or punitive damages. Such damages are awarded to sanction a party's egregious conduct giving rise to the litigation. In support of these propositions, Apotex relies on numerous cases, including *Olson v. (New Home Certification Program) Alberta* (1986), 69 A.R. 356 (Q.B.); *Waters v. MTI Canada Ltd.* (1996), 19 C.C.E.L. (2d) 24 (Ont. Gen. Div.); and *Millar v. General Motors of Canada Ltd.* (2002), 27 B.L.R. (3d) 300 (Ont.

procédé et la défenderesse titulaire d'une licence obligatoire, le fardeau de la preuve est transféré à la défenderesse, qui doit établir que le fournisseur étranger qu'elle a choisi n'utilise pas le procédé breveté de la demanderesse. La défenderesse est la seule des deux parties qui est vraiment en mesure d'établir le procédé étranger effectivement utilisé. C'est particulièrement vrai dans la mesure où la défenderesse et son avocat ont donné ordre au fournisseur étranger de ne communiquer à l'avocat de la demanderesse aucun renseignement sur le procédé de fabrication de la défenderesse. [Non souligné dans l'original.]

[7] L'arrêt *Hoffmann-La Roche* n'a pas, en l'espèce, l'effet que suggère Lilly. D'abord, si Apotex était la mieux placée pour présenter certains éléments de preuve et que le fardeau de preuve lui était transféré en conséquence, il le serait en raison de la non-disponibilité de la preuve et des connaissances spéciales que possède Apotex du procédé en question, et non en raison de son comportement. Dans la mesure où la Cour, dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, a tenu compte des instructions de l'avocat d'Apotex de ne pas communiquer les renseignements, l'espèce se distingue de l'arrêt en ce qu'Apotex a finalement communiqué les éléments de preuve visés. Je ne vois pas comment la non-disponibilité passée des renseignements sur le procédé peut être prise en considération pour transférer le fardeau de la preuve. Je conclus donc que le fardeau de la preuve ne soulève plus de question juridique à l'égard de laquelle le refus de communication d'Apotex pourrait être pertinent.

#### Les dommages-intérêts exemplaires

[8] Apotex soutient que, contrairement aux dépens, les dommages-intérêts exemplaires sont attribués pour punir un comportement malveillant, abusif ou opprimant d'une partie dans la commission de la faute juridique qui fait l'objet du litige. Un comportement inapproprié dans le cours d'un procès peut justifier l'attribution de dépens élevés, dit Apotex, mais il ne peut servir à justifier des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs. Ces dommages-intérêts sont attribués pour punir le comportement exceptionnel d'une partie qui a donné lieu au litige. À l'appui de ces propositions, Apotex renvoie à une jurisprudence abondante, notamment les décisions *Olson v. (New Home Certification Program) Alberta* (1986), 69 A.R. 356 (B.R.); *Waters v. MTI Canada Ltd.* (1996), 19 C.C.E.L. (2d) 24 (Div. gén. Ont.); et *Millar*

S.C.). Apotex further urges that a party cannot be entitled to both exemplary damages and solicitor-and-client costs for the same alleged conduct, it constituting an impermissible double recovery.

[9] On the matter of double recovery, I take Lilly's point that it may be justifiable to award both exemplary damages and solicitor-and-client costs on the same factual basis. As M. Orkin explains in his treatise, *The Law of Costs*, 2nd ed. (Aurora: Canada Law Book, 2003) at pages 2-172, 2-173:

... the two issues are legally distinct or, putting it another way, the issue of indemnifying a plaintiff for legal costs is sufficiently distinct from punishing a defendant for misconduct. . . . Consequently, depending on the circumstances, courts have not hesitated to award solicitor-and-client costs in addition to an award of exemplary, or aggravated, or punitive damages. Conversely, to deny a plaintiff punitive damages does not justify a denial of solicitor-and-client costs: the issues are distinct. [Footnotes omitted.]

[10] Orkin's view is confirmed in the Ontario Court of Appeal decisions in *Ross v. Lamport*, [1957] O.R. 402 (C.A.) (*Ross*) and *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.) (*Leenen*). I am satisfied that a potential for double recovery is not in itself a valid ground to strike the pleadings in question.

[11] That said, I conclude on a review of the jurisprudence, that Apotex's alleged misconduct in the discovery process, is not of a kind or character to attract an award of exemplary damages. Such damages were indeed awarded in *Ross*, and *Leenen*, *inter alia*, for the defendants' conduct in the course of the litigation. The cases however are clearly distinguishable. Both were libel cases, where the award of punitive or "aggravated damages" reflected the Court's strong condemnation of the defendant's conduct. In *Leenen* [at paragraph 28], there "was never an apology or withdrawal of the libel; rather to the very end and throughout the trial, there was an uncompromising defence of the activities of the

*v. General Motors of Canada Ltd* (2002), 27 B.L.R. (3d) 300 (C.S. Ont.). Apotex fait également valoir qu'une partie ne peut avoir droit à la fois à des dommages-intérêts exemplaires et à des dépens avocat-client pour des allégations portant sur le même comportement, ce qui constituerait une double réparation non permise.

[9] S'agissant de la double réparation, je comprends que la position de Lilly est qu'il peut être justifié d'attribuer à la fois des dommages-intérêts exemplaires et des dépens avocat-client pour les mêmes faits. Comme l'explique M. Orkin dans son traité *The Law of Costs*, 2<sup>e</sup> éd. (Aurora: Canada Law Book, 2003) aux pages 2-172 et 2-173:

[TRADUCTION] [. . .] les deux questions sont distinctes sur le plan juridique ou, en d'autres termes, la question d'indemniser le demandeur pour ses dépens se distingue suffisamment de celle de punir le défendeur pour une inconduite [. . .] Par conséquent, selon les circonstances, les tribunaux n'ont pas hésité à attribuer des dépens avocat-client en plus de dommages-intérêts exemplaires, majorés ou punitifs. Réciproquement, refuser à un demandeur des dommages-intérêts punitifs ne justifie pas le rejet des dépens avocat-client: il s'agit de questions distinctes. [Renvois omis.]

[10] La position d'Orkin est confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *Ross v. Lamport*, [1957] O.R. 402 (C.A.) (*Ross*) et *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.) (*Leenen*). Je suis persuadée que la perspective d'une double réparation n'est pas en soi un motif valide de radiation de l'acte de procédure visé.

[11] Cela étant dit, je conclus après examen de la jurisprudence que l'inconduite prétendue d'Apotex au cours de l'enquête préalable n'est pas de nature ou de caractère à justifier l'attribution de dommages-intérêts exemplaires. De tels dommages-intérêts ont effectivement été attribués dans les arrêts *Ross* et *Leenen* notamment, en raison du comportement des défendeurs au cours du procès. Ces affaires se distinguent clairement de l'espèce. Ces deux affaires étaient des actions en diffamation, où l'attribution de dommages-intérêts punitifs ou majorés traduisait la vive condamnation de la Cour à l'égard du comportement du défendeur. Dans l'arrêt *Leenen* [au paragraphe 28], il n'y [TRADUCTION]



defendants”. The Court found [at paragraph 30] that, the defendants in the course of the proceedings, conducted themselves in a manner to “heighten Dr. Leenen’s anxiety and delay his opportunity to clear his name”. As with *Ross*, this conduct constituted an aggravation of the original injury to the plaintiff and essentially formed part of the cause of action.

[12] The factual situation in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, resembles that in *Ross*. The defendants in that case persisted in their defamatory statements throughout the trial. The Supreme Court justified an award of aggravated damages, explaining the applicable principles as follows (at paragraph 191):

There are a number of factors that a jury may properly take into account in assessing aggravated damages. For example, was there a withdrawal of the libellous statement made by the defendants and an apology tendered? . . . The jury may also consider whether there was a repetition of the libel, conduct that was calculated to deter the plaintiff from proceeding with the libel action, a prolonged and hostile cross-examination of the plaintiff or a plea of justification which the defendant knew was bound to fail.

[13] It is evident, that where the cause of action is grounded in the defendant’s libellous statements, the defendant’s conduct during litigation, may continue, or aggravate the original injury, increasing the humiliation and anxiety suffered as a result of being defamed. In those cases the assessment of aggravated damages, which are compensatory in nature, “requires consideration by the jury of the entire conduct of the defendant prior to the publication of the libel and continuing through to the conclusion of the trial” (*Hill*, at paragraph 189). The same factors are present and were persuasive to the Court in *Atlas Janitorial Services Co v. Germanis* (1994), 53 C.P.R. (3d) 1 (Ont. Gen. Div.) on which Lilly relies. Punitive damages were awarded in that case, for “high-handed and subversive” conduct, that aggravated the breach of a restrictive covenant on which the plaintiff

«a jamais eu d’excuses ou de retrait des propos diffamatoires; au contraire, on a continué jusqu’à la fin et tout au long du procès à défendre avec intransigeance les actes des défendeurs». La Cour a conclu [au paragraphe 30] que les défendeurs, dans le cours de la procédure, s’étaient conduits de manière à [TRADUCTION] «augmenter l’anxiété du D<sup>r</sup> Leenen et retarder sa chance de laver sa réputation». Comme dans le cas de l’arrêt *Ross*, ce comportement constituait une aggravation du préjudice initial causé au demandeur et formait partie intégrante de la cause d’action.

[12] Les faits de l’arrêt *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, ressemblent à ceux de l’arrêt *Ross*. Dans cette affaire, les défendeurs avaient persisté dans leurs déclarations diffamatoires tout au long du procès. La Cour suprême a justifié l’attribution de dommages-intérêts majorés en exposant comme suit les principes applicables (au paragraphe 191):

Un jury est fondé à considérer plusieurs facteurs en vue de fixer les dommages-intérêts majorés. Par exemple, les défendeurs ont-ils retiré la déclaration diffamatoire, ont-ils présenté des excuses? Dans l’affirmative, cela peut contribuer à établir l’absence, chez les défendeurs, d’un comportement malveillant justifiant des dommages-intérêts majorés. Le jury peut également considérer si le défendeur a répété le libelle, s’il s’est comporté de façon à empêcher le demandeur d’introduire l’action en libelle, s’il a fait subir au demandeur un contre-interrogatoire long et hostile, ou s’il a invoqué un plaidoyer de justification qu’il savait voué à l’échec.

[13] À l’évidence, dans le cas où la cause d’action repose sur les déclarations diffamatoires du défendeur, le comportement du défendeur au cours du procès peut faire durer ou aggraver le préjudice initial, en intensifiant l’humiliation et l’anxiété résultant de la diffamation. Dans ces cas, pour évaluer les dommages-intérêts majorés, qui sont de nature compensatoire, «le jury doit considérer l’ensemble du comportement du défendeur avant la publication du libelle et pendant tout le déroulement du procès, jusqu’à la fin» (*Hill*, au paragraphe 189). Les mêmes facteurs ont persuadé la Cour dans l’affaire *Atlas Janitorial Services Co v. Germanis* (1994), 53 C.P.R. (3d) 1 (Div. gén. Ont.), que Lilly invoque. Dans cette affaire, des dommages-intérêts punitifs ont été attribués pour une conduite [TRADUCTION] «désinvolte et subversive», qui aggravait

had sued.

[14] Such is not the case at bar. The underlying action, is on account of patent infringement. Apotex's alleged failure to disclose relevant documents such as to needlessly prolong the prosecution of this action and cause the plaintiffs to incur expense, is not a means, aggravation or continuation, of the alleged infringement. Any delay and additional expense Lilly incurred in prosecuting the action can be compensated by an award of costs. This is not conduct that can ground an award of punitive or exemplary damages.

[15] I would add that *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [1999] F.C.J. No. 296 (T.D.) (QL), does not assist Lilly. In that case, Reed J. allowed an amendment to the statement of defence to add a counterclaim to plead violation by Apotex of an injunction earlier imposed by the Court, in another proceeding. The Court accepted, in that case, that the breach of the injunction was relevant to properly asserted claims for a declaration and exemplary damages.

#### Solicitor-and-Client Costs

[16] In contrast to the issue of damages, it is not disputed that the allegations contained in paragraph 33, may be relevant to the issue of costs. The further question is whether such relevance, is sufficient to justify the presence of this paragraph in the pleadings.

[17] The defendant maintains that pleadings should not contain allegations which are only relevant to the issue of costs, as facts and allegations related to the parties' conduct during litigation, do not form part of the subject-matter that gives rise to the litigation, in other words, do not form part of the *lis* between the parties but are a matter for determination following adjudication of the substantive issues on the merits.

[18] Lilly, on the other hand, contends that pleadings related to costs are not unnecessary or inappropriate:

le manquement à la clause restrictive ayant donné lieu à la poursuite de la demanderesse.

[14] Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'action sous-jacente concerne la contrefaçon d'un brevet. Le prétendu refus d'Apotex de communiquer des documents pertinents de manière à prolonger sans raison la poursuite de l'action et à occasionner des dépenses aux demanderessees n'est ni un moyen, ni une aggravation ni une prolongation de la violation prétendue. Tout retard et toute dépense supplémentaire occasionnés à Lilly dans la poursuite de l'action peuvent être indemnisés par l'attribution de dépens. Il ne s'agit pas d'un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

[15] J'ajouterais que la décision *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [1999] A.C.F. n° 296 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), n'est d'aucun secours à Lilly. Dans cette décision, M<sup>me</sup> la juge Reed a accueilli une modification de la défense qui ajoute une demande reconventionnelle visant l'inobservation par Apotex d'une injonction imposée précédemment par la Cour dans une autre procédure. Dans cette affaire, la Cour a accepté que l'inobservation de l'injonction était pertinente à l'égard de prétentions fondées en vue d'obtenir une déclaration et des dommages-intérêts exemplaires.

#### Les dépens avocat-client

[16] Contrairement à la question des dommages-intérêts, nul ne conteste que les allégations du paragraphe 33 puissent être pertinentes à l'égard des dépens. La question qui se pose alors est de savoir si cette pertinence suffit à justifier la présence du paragraphe dans les actes de procédure.

[17] La défenderesse maintient que les actes de procédure ne devraient pas inclure des allégations se rapportant exclusivement à la question des dépens, puisque les faits et les allégations reliés au comportement des parties au cours du procès ne font pas partie de l'objet du procès ou, en d'autres termes, du litige entre les parties, mais sont une question à trancher une fois la décision rendue sur le fond du litige.

[18] De son côté, Lilly soutient que les actes de procédure qui concernent les dépens ne sont ni inutiles

where costs are claimed by a party, it becomes one of the issues to be decided in the proceedings. By including the relevant facts in the pleadings, Lilly says it is putting Apotex on notice that its conduct during litigation will be the basis for Lilly's claim for costs. Moreover, Lilly submits that the appropriateness of pleadings relevant to costs may be regarded as a contentious legal issue, and as such should not be determined on a motion to strike. (*Apotex Inc. v. Glaxo Group Ltd.*, 2001 FCT 1351; [2001] F.C.J. No. 1863 (T.D.) (QL)).

[19] As to whether the issue is truly contentious, on close scrutiny, I find the conflict in the jurisprudence more apparent than real. The following judgments are fundamental to the debate. *Bonner v. Day* (1985), 49 O.R. (2d) 268 (H.C.) (*Bonner*); *Royal Bank of Canada v. Fogler, Rubinoff* (1985), 3 C.P.C. (2d) 248 (Ont. H.C.) (*Royal Bank of Canada*); and *A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong* (1986), 55 O.R. (2d) 89 (H.C.) (*A.I. Macfarlane*).

[20] *Bonner*, has been relied upon to support the proposition that conduct merely giving rise to costs may be pleaded. Interestingly, the issue in that case was as to whether the pleadings could include facts relevant to prejudgment interest. Rosenberg J. decided that the plaintiffs' entitlement to prejudgment interest was a material issue in dispute, and therefore pleadings relevant to it should be allowed to stand. This was followed by the *Royal Bank of Canada*, where the defendant was trying to plead facts related to the plaintiff's motive in bringing the action, as relevant to the issue of solicitor-and-client costs. Potts J. affirmed the decision of Master Sandler to allow such pleadings. *Bonner* was cited as the only helpful precedent.

[21] In *A.I. Macfarlane*, the issue was the same as in *Royal Bank of Canada*: the defendant's pleadings contained an allegation of the plaintiff's motive in

ni inappropriés: quand une partie réclame des dépens, les dépens deviennent l'une des questions à trancher au cours de la procédure. En intégrant les faits pertinents dans les actes de procédure, Lilly dit qu'elle donne avis à Apotex que le comportement de cette dernière au cours du procès donnera lieu à une demande d'attribution de dépens de la part de Lilly. En outre, Lilly fait valoir que la justification des actes de procédure touchant les dépens peut être considérée comme une question de droit litigieuse et qu'à ce titre, elle ne doit pas être décidée dans le cadre d'une requête en radiation (*Apotex Inc. c. Glaxo Group Ltd.*, 2001 CFPI 1351; [2002] F.C.J. n° 1863 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)).

[19] S'agissant de savoir si la question est véritablement litigieuse, je conclus au terme d'un examen attentif que les contradictions de la jurisprudence sont plus apparentes que réelles. Les décisions suivantes sont fondamentales pour débattre de la question. *Bonner v. Day* (1985), 49 O.R. (2d) 268 (H.C.) (*Bonner*); *Royal Bank of Canada v. Fogler, Rubinoff* (1985), 3 C.P.C. (2d) 248 (H.C. Ont.) (*Royal Bank of Canada*); et *A.I. Macfarlane & Associates Ltd. v. Delong* (1986), 55 O.R. (2d) 89 (H.C.) (*A.I. Macfarlane*).

[20] L'arrêt *Bonner* est cité à l'appui de la position qu'on peut plaider qu'un comportement seulement justifie des dépens. Il est intéressant de noter que la question, dans cette affaire, était de savoir si les actes de procédure pouvaient inclure des faits touchant les intérêts antérieurs au jugement. Le juge Rosenberg a décidé que le droit des demandeurs à des intérêts antérieurs au jugement était une question importante en litige et que les actes de procédure correspondants devaient être autorisés. Cet arrêt a été suivi par l'arrêt *Royal Bank of Canada*, où le défendeur cherchait à plaider des faits reliés au motif de la demanderesse pour intenter l'action, parce que pertinents à l'égard des dépens avocat-client. Le juge Potts a confirmé la décision du protonotaire Sandler d'autoriser ces actes de procédure. L'arrêt *Bonner* a été cité comme seul précédent utile.

[21] Dans l'arrêt *A.I. Macfarlane*, la question était la même que dans l'arrêt *Royal Bank of Canada*: les actes de procédure du défendeur contenaient une allégation du

bringing the action and a related claim for solicitor-client costs. McRae J. did not feel bound by *Royal Bank of Canada*, and struck the offending pleadings, explaining his rationale as follows (at page 90):

It seems to me that to permit a pleading which is only relevant to the issue of costs, whether it be solicitor-and-client costs, or party-and-party costs, would be a dangerous precedent. Costs are not an issue and are not part of the lis between the parties but are a separate matter to be decided after all of the issues have been settled.

[22] The Court's preference for the reasoning of McRae J. in *A.I. Macfarlane* was subsequently confirmed in numerous decisions including: *Delray Development Corp. v. Rexe* (1986), 13 C.P.C. (2d) 133 (Ont. H.C.); *Wood Gundy Inc. v. Financial Trustco Capital Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 274 (Ont. H.C.), at page 290; *Drexler v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1995] O.J. No. 899 (Gen. Div.) (QL) and most recently in *Rundle v. Kruspe* (1998), 67 O.T.C. 296 (Ont. Gen. Div.). Having discussed the conflicting authorities the Court also preferred to follow *A.I. Macfarlane* in *Four Twenty-Seven Investments Ltd. (Trustee of) v. Ryan*, [1988] O.J. No. 244 (H.C.) (QL). Notably, the Judge in that case was Rosenberg J., who did not consider it helpful to refer to his own decision in *Bonner*.

[23] The jurisprudence of this Court references the two lines of cases. In *Starline Agencies Inc. v. MacIntosh Graphics Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 263 (F.C.T.D.), Giles A.S.P. noted that he was unable to reconcile the holdings in *Royal Bank of Canada* and *A.I. Macfarlane*, but nevertheless struck the pleadings at issue before him, not convinced that they were relevant even to the issue of costs. In *Imperial Tobacco Ltd. v. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 378 (F.C.T.D.), Reed J. noted that the jurisprudence relating to pleadings regarding costs was "somewhat unsettled" (at paragraph 9) and struck the pleadings in that case, on the basis the Court was not persuaded that the alleged facts could be properly pleaded at that stage, even if they were relevant to the issue of costs. In that judgment, Reed J. alludes to two decisions of this Court

motif de la demandresse pour intenter l'action et une demande consécutive de dépens avocat-client. Le juge McRae ne s'est pas considéré lié par l'arrêt *Royal Bank of Canada* et a radié l'acte de procédure irrégulier, expliquant son raisonnement dans les termes suivants (à la page 90):

[TRADUCTION] Il me semble qu'autoriser un acte de procédure qui ne concerne que les dépens, qu'il s'agisse des dépens avocat-client ou des dépens partie-partie, créerait un dangereux précédent. Les dépens ne sont pas une question et ne forment pas partie du litige; ils sont une affaire distincte à trancher une fois que toute les questions soulevées ont été réglées.

[22] Le raisonnement du juge McRae dans l'arrêt *A.I. Macfarlane* a été suivi par une abondante jurisprudence, notamment: *Delray Development Corp. v. Rexe* (1986), 13 C.P.C. (2d) 133 (H.C. Ont.); *Wood Gundy Inc. v. Financial Trustco Capital Ltd.* (1988), 26 C.P.C. (2d) 274 (H.C. Ont.), à la page 290; *Drexler v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*, [1995] O.J. n° 899 (Div. gén.) (QL) et plus récemment *Rundle v. Kruspe*, (1998), 67 O.T.C. 296 (Div. gén. Ont.). Ayant examiné la jurisprudence contradictoire, la Cour a également préféré suivre l'arrêt *A.I. Macfarlane* dans la décision *Four Twenty-Seven Investments Ltd. (Trustee of) v. Ryan*, [1988] O.J. n° 244 (H.C.) (QL). Fait à noter, cette dernière affaire était instruite par le juge Rosenberg, qui n'a pas cru bon renvoyer à son propre arrêt dans l'affaire *Bonner*.

[23] La jurisprudence de notre Cour reprend les deux courants jurisprudentiels. Dans la décision *Starline Agencies Inc. c. MacIntosh Graphics Inc.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 263 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le protonotaire adjoint Giles a noté qu'il était incapable de réconcilier les conclusions des arrêts *Royal Bank of Canada* et *A.I. Macfarlane*, mais a néanmoins radié les actes de procédure en question devant lui, n'étant pas convaincu qu'ils étaient pertinents, même sur la question des dépens. Dans la décision *Imperial Tobacco Ltd. c. Rothmans, Benson & Hedges Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 378 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed a noté que la jurisprudence relative aux actes de procédure concernant les dépens était «quelque peu flottante» (au paragraphe 9) et a radié les actes de procédure dans cette affaire, au motif qu'elle n'était pas persuadée que les faits avancés

which, without reference to the two lines of cases, nevertheless disallowed pleadings, as improper, that alleged the motive of the plaintiff, or raised issues that were relevant only to costs (*Norac Systems International Inc. v. Massload Technologies Inc.* (1996), 70 C.P.R. (3d) 88 (F.C.T.D.); *Nolan v. Silex International Chemical Systems Inc.*, [1994] F.C.J. No. 1599 (T.D.) (QL)). In the latter decision, Richard J. as he then was, made the point that the issue was best left to be dealt with by the Court following determination of the issues in the action.

[24] Costs are typically awarded to compensate parties for the costs of the litigation. As with Rule 57.01(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, [O. Reg. 560/84] referred to by Master Donkin in *Delray Development Corp.*, subsection 400(3) of the *Federal Court Rules, 1998*, describes the factors to be taken into consideration by the Court in awarding costs. They include, “the result of the proceeding”, “the amounts claimed and the amounts recovered” and “the apportionment of liability”—matters that can only be determined when the substantive part of the trial is over. This fortifies the presumption against pleadings relating exclusively to costs, in that these are not matters for trial, but are properly dealt with in the aftermath of the adjudication of the substantive allegations on their merits.

[25] Considering these authorities in their totality, and being mindful of the specific context of the *Federal Court Rules, 1998* and the broader principles governing their practice, I conclude that the judgment in *A.I. Macfarlane* is the prevailing and correct view of the law, and that allegations of facts that are relevant only to costs, and are immaterial to the substantive issues in dispute, are not appropriate for pleading. Indeed while cases still reference *Bonner*, and the conflicting opinions expressed in *Royal Bank of Canada* and *A.I. Macfarlane*, the preponderance have resoundingly resolved the conflict in favour of the latter.

pouvaient à juste titre être invoqués à cette étape de l’instance, bien que pertinents à l’égard des dépens. Dans cette décision, le juge Reed fait allusion à deux décisions de notre Cour qui, sans faire référence aux deux courants de la jurisprudence, ont néanmoins radié des actes de procédure comme incorrects, qui invoquaient le motif de la partie demanderesse ou soulevaient des questions portant exclusivement sur les dépens. (*Norac Systems International Inc. c. Massload Technologies Inc.* (1996), 70 C.P.R. (3d) 88 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nolan c. Silex International Chemical Systems Inc.*, [1994] F.C.J. n<sup>o</sup> 1599 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)). Dans cette dernière décision, le juge Richard, tel était alors son titre, a fait valoir qu’il valait mieux laisser à la Cour le soin de trancher la question des dépens une fois la décision rendue sur les questions soulevées par l’action.

[24] Les dépens sont normalement attribués pour compenser les coûts du procès. Comme la Règle 57.01(1) des *Rules of Civil Procedure* de l’Ontario [Règl. Ont. 560/84], auquel renvoie le protonotaire Donkin dans l’arrêt *Delray Development Corp.*, le paragraphe 400(3) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* expose les facteurs dont la Cour doit tenir compte dans l’attribution des dépens. Ces facteurs comprennent notamment «le résultat de l’instance», «les sommes réclamées et les sommes recouvrées» et «le partage de la responsabilité», questions qui ne peuvent être tranchées qu’au moment où les questions de fond du procès ont été réglées. Ces dispositions confirment la présomption jouant contre les actes de procédure reliés exclusivement aux dépens, dans la mesure où ces questions ne sont pas l’objet du procès, mais sont normalement réglées après la décision sur les allégations de fond.

[25] Compte tenu de l’ensemble de la jurisprudence, du contexte particulier des *Règles de la Cour fédérale (1998)* et des principes plus larges qui régissent leur application, je conclus que l’arrêt *A.I. Macfarlane* constitue la jurisprudence correcte qui fait autorité et que les allégations de faits qui ne concernent que les dépens et sont sans importance par rapport aux questions de fond du litige, ne sont pas appropriées dans les actes de procédure. Même si la jurisprudence continue de citer l’arrêt *Bonner* et les opinions contradictoires exprimées dans les arrêts *Royal Bank of Canada* et *A.I. Macfarlane*, elle privilégie de manière fortement prépondérante le dernier arrêt.

[26] I share the view that it is not procedurally just or expedient to allow matters unrelated to the *lis*, and going exclusively to an entitlement of costs to detract from the substantive issues to be decided at trial. To allow such pleading to stand, is to invite grievances as to a party's conduct, to become a basis to amend allegations of fact, as these grievances arise, thereby engendering delays and potentially, needlessly, expanding the ambit of discoveries.

#### Conclusion

[27] In sum, I find that the allegations contained in paragraph 33 of Lilly's proposed statement of claim are not relevant or material to the legal burden of proof in the underlying action. Nor are the allegations sufficient to ground a claim for exemplary damages. While the allegations may be relevant to costs, I conclude that leave should be denied as it pertains to the impugned allegations. They are immaterial to the substantive issues for determination at trial, will only serve to colour the pleadings, and will detract from, and delay the disposition of the proceeding on the merits. An order will go accordingly.

[26] Je partage cette opinion. Il n'est ni juste ni efficace sur le plan de la procédure de se laisser détourner, par des questions non reliées au litige et portant exclusivement sur le droit aux dépens, des questions de fond à trancher au procès. Autoriser ces actes de procédure incite une partie à se plaindre du comportement de l'autre partie pour justifier la modification des allégations de faits au fur et à mesure des plaintes, ce qui engendre des retards et pourrait inutilement élargir la portée de l'enquête préalable.

#### Conclusion

[27] En résumé, je conclus que les allégations du paragraphe 33 de la déclaration proposée par Lilly ne sont ni pertinentes ni importantes à l'égard du fardeau de la preuve dans l'action sous-jacente. Ces allégations ne suffisent pas non plus à fonder une demande de dommages-intérêts exemplaires. Bien que les allégations puissent être pertinentes à l'égard des dépens, je conclus que l'autorisation doit être refusée car elle touche les allégations attaquées. Celles-ci ne sont pas importantes pour les questions de fond à trancher au procès, ne serviront qu'à teinter les actes de procédure et détourneront de la décision au fond de l'instance ou la retarderont. Une ordonnance sera prononcée en conséquence.

T-1652-02  
2003 FC 1148

T-1652-02  
2003 CF 1148

**Genpharm Inc. (Applicant)**

v.

**Minister of Health, Attorney General of Canada and Company X (Respondents)**

*INDEXED AS: GENPHARM INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)*

Federal Court, Blais J.—Montréal, September 16, 17; Ottawa, October 3, 2003.

*Patents — Practice — Listing of patents on Patent Register in accordance with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — On strict interpretation of PM(NOC) Regulations, listed patent need not be directly relevant to drug, use thereof as approved by Health Canada through NOC, as decided by F.C.A. in Eli Lilly v. Canada (Minister of Health) — Latter decision not giving any weight to dual purpose of Regulations as stated in Regulatory Impact Analysis Statement i.e. prevent infringement at same time as ensuring generic drugs enter market as soon as possible — Although patent eligible for list, it cannot protect against use (different than that listed) for which NOC applied for by generic drug manufacturer.*

In February 1999, the respondent Lundbeck Canada Inc. (Company X in the style of cause) obtained a notice of compliance (NOC) for “Celexa” (its brand name for citalopram, an antidepressant of the Specific Serotonin Reuptake Inhibitor type) to be used only for symptomatic relief of depressive illness. That approved use was an old use that could not be protected by patent. In early December 2001, the patent was listed (for the treatment of dementia and cerebrovascular disorders) on the Patent Register for drugs that is maintained by the Minister. In December 2001, the applicant Genpharm, a generic drug manufacturer, submitted an abbreviated new drug submission (ANDS) in order to obtain the NOC for its generic version of the drug citalopram hydrobromide for the symptomatic treatment of depressive illness. In its notice of allegation (NOA) of December 2001 addressed to Lundbeck, Genpharm indicated that it considered the patent to be improperly listed because the use for which it had received the NOC was not among the uses protected by the patent and listed in the Register. Genpharm therefore requested

**Genpharm Inc. (demanderesse)**

c.

**Ministre de la Santé, Procureur général du Canada et Société X (défendeurs)**

*RÉPERTORIÉ: GENPHARM INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)*

Cour fédérale, juge Blais—Montréal, 16 et 17 septembre; Ottawa, 3 octobre 2003.

*Brevets — Pratique — Liste des brevets inscrits au registre conformément au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Selon une interprétation stricte du Règlement sur les MB(ADC), le brevet inscrit sur la liste n'a pas à être directement en rapport avec la drogue, avec l'utilisation qui y est approuvée par Santé Canada dans l'avis de conformité comme l'a affirmé la C.A.F. dans Eli Lilly c. Canada (Ministre de la Santé) — Cette dernière décision n'accorde pas de poids au double objet du Règlement indiqué dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation soit prévenir la contrefaçon tout en assurant que les médicaments génériques puissent être commercialisés aussitôt que possible — Bien que le brevet soit admissible à l'inscription au registre, il n'offre pas de protection contre l'utilisation (autre que celle inscrite sur la liste) pour laquelle l'avis de conformité a été demandé par le fabricant de médicament générique.*

En février 1999, la défenderesse Lundbeck Canada Inc. (Société X dans l'intitulé) a obtenu un avis de conformité (ADC) pour le «Celexa» (la marque enregistrée pour le citalopram, un antidépresseur du genre inhibiteur sélectif de recaptage de la sérotonine) employé pour le traitement symptomatique de la dépression. L'utilisation approuvée est un usage établi qui ne pouvait pas être protégé par brevet. Au début du mois de décembre 2001, le brevet a été inscrit (pour le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux) au registre des brevets pour les médicaments que tient le ministre. En décembre 2001, la demanderesse Genpharm, un fabricant de médicament générique, a soumis une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) dans le but d'obtenir un avis de conformité (ADC) pour sa version générique du médicament appelé bromhydrate de citalopram pour le traitement symptomatique de la dépression. Dans son avis d'allégation (AA) adressé à Lundbeck en décembre 2001, Genpharm allègue que le brevet a été erronément inscrit parce que l'utilisation pour laquelle elle a reçu un avis de conformité

that the Therapeutic Products Directorate (TPD) remove the patent from the Register. TPD refused to do so on the basis that the patent did contain a claim to the use of citalopram for the treatment of depression, as a claim for the treatment of dementia and cerebrovascular disorders included the treatment of depression. This was an application for judicial review of that decision, for a declaration that the patent was improperly listed, and for an order requiring the Minister to remove the patent from the Register. The issues were whether a patent with a claim for the use of a medicine can be listed in the Patent Register if that use has not been approved by the NOC, and what would be the appropriate relief if the Court decided that the patent should be delisted.

*Held*, the application should be dismissed.

It would seem that, reading the PM(NOC) Regulations as a whole, the information in the Register should correspond to the information supplied for the NOC, which would include the use. Logic would seem to dictate that such would be the case. However, a majority of the Federal Court of Appeal held, in *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140, on a strict interpretation of the PM(NOC) Regulations, that there was no necessary link between the NOC and the patent list, beyond the requirements of section 4 of the PM(NOC) Regulations. And that case is binding. On a strict interpretation of subsections 3(3), 4(1), (2) and (7) of the PM(NOC) Regulations, reading them in isolation, their requirements have been met herein. It should be noted that this interpretation in effect accepts that the sole purpose of the PM(NOC) Regulations is to prevent patent infringement, and gives no weight to the statement in the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement that the Regulations were intended to provide effective enforcement of patent rights, while at the same time ensuring that generic drugs can enter the market as soon as possible. No doubt clearer language in the PM(NOC) Regulations would go a long way to dispel the ambient fog, and prevent the abundant litigation which is sure to continue as long as the ambiguity remains.

Lundbeck argued that the depression covered by the new use was somehow different from the depression covered by the NOC, which could give rise to infringement. The infringement issue can be approached in two ways. Either the patent is delisted so that there is no need for the generic manufacturer

ne faisait pas partie des utilisations protégées par le brevet et inscrites au registre. Genpharm a par conséquent demandé à la Direction des produits thérapeutiques (DPT) de supprimer le brevet du registre. Celle-ci a refusé de le faire en indiquant que le brevet contenait une revendication pour l'utilisation du citalopram pour le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux qui comprend le traitement de la dépression. La présente procédure est une demande de contrôle judiciaire de cette décision sollicitant un jugement déclaratoire portant que le brevet a été erronément inscrit sur la liste des brevets ainsi qu'une ordonnance exigeant que le ministre supprime l'inscription du brevet du registre. Les questions en litige consistaient à savoir s'il était possible d'inscrire au registre des brevets un brevet revendiquant une utilisation d'un médicament si cette utilisation n'a pas été approuvée dans l'avis de conformité, et quelle réparation appropriée le tribunal pourrait accorder s'il estimait que le brevet devait être supprimé de la liste.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Il semble que, en interprétant le Règlement sur les MB (ADC) dans son ensemble, les renseignements inscrits au registre doivent correspondre aux renseignements fournis pour l'obtention de l'avis de conformité, ce qui comprendrait l'utilisation du médicament. La logique semble imposer une telle interprétation. Cependant, la Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité, dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140, que, selon une interprétation stricte du Règlement sur les MB(ADC), il n'y avait pas nécessairement de rapport entre l'avis de conformité et la liste de brevets au-delà des exigences de l'article 4 du Règlement. La cour est liée par cette décision. Une interprétation stricte des paragraphes 3(3), 4(1), (2) et (7) du Règlement permet, en les examinant isolément, de conclure qu'il a été satisfait aux conditions qui y sont énoncées. Il convient de souligner que cette interprétation accepte que le seul objet du Règlement sur les MB(ADC) est de prévenir la contrefaçon de brevets et n'accorde pas de poids à la déclaration du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de 1998 portant qu'il a pour objet de faire respecter véritablement les droits conférés par les brevets, tout en assurant que les médicaments génériques puissent être commercialisés aussitôt que possible. Il est manifeste que le Règlement sur les MB(ADC) gagnerait à être formulé plus clairement pour nous venir en aide et prévenir de nombreux litiges qui continueront à survenir tant que l'ambiguïté subsistera.

Lundbeck allègue que la dépression visée par la nouvelle utilisation est une forme quelque peu différente de la dépression visée par l'avis de conformité qui pourrait donner lieu à une contrefaçon. La question de la contrefaçon peut être abordée de deux façons: soit le brevet est supprimé de la liste



to allege non-infringement under section 5 of the PM(NOC) Regulations, or non-infringement is alleged in regard to the claims in the patent list. The proper forum is the allegation of non-infringement. First, the direction given by the Federal Court of Appeal in *Eli Lilly* makes delisting problematic. Second, as argued by the Crown respondent and supported by the decision of the Federal Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404 (F.C.A.) the PM(NOC) Regulations offer a full and complete remedy to the problem.

Clear guidance as to the appropriate remedy can be found in *Apotex*: “There being no mandatory duty on the Minister to refuse to add or delete patents from the Register under subsection 3(1), there is no basis for the *mandamus*, injunctive or declaratory relief as sought by the appellants.” As to *mandamus*, that remedy was not available because, as Gibson J. found in the Federal Court Trial Division decision in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (F.C.T.D.), there were adequate alternative remedies.

Even though the TPD told the applicant that it would reconsider the decision of not deleting the patent once the opinion of the Canadian Intellectual Property Office was received, the failure to act on this promise was not a denial of procedural fairness. The Minister “may consult with officers or employees of the Patent Office”; he was under no obligation to do so. The Minister was not obliged to act in any haste, especially since other remedies were available. Even if the patent was ineligible for listing in the Patent Register, the “alternative remedies” referred to by Gibson J. in *Apotex* would be sufficient to resolve the case at bar.

In the *Apotex* (FCA) decision, the Court stated that there exists relief in the case where a generic manufacturer is prejudiced by the inclusion of ineligible patents on the Register: dismissing the application where the Court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the Register; making an order as to costs taking that fact into account; and awarding damages or profits for losses because of a subsection 6(1) application.

The issue of remedies for ineligibility of the patent was moot, since it appeared that the patent was eligible. However, although the patent is eligible for the list, it cannot protect against the use for which the NOC has been applied for by

pour que le fabricant de médicament générique n’ait pas à alléguer l’absence de contrefaçon conformément à l’article 5 du Règlement sur les MB (ADC), soit la personne doit inclure une allégation d’absence de contrefaçon portant sur les revendications inscrites à la liste de brevets. La voie appropriée est l’allégation d’absence de contrefaçon. Premièrement, l’orientation établie par la Cour d’appel fédérale dans *Eli Lilly* rend la radiation de brevets problématique. Deuxièmement, comme l’a fait valoir la Couronne en défense en se fondant sur la décision *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404 (C.A.F.), le Règlement sur les MB(ADC) prévoit des mesures de réparation complètes pour ce problème.

La décision *Apotex* fournit des directives claires relativement à la réparation appropriée: «Puisque le ministre n’est pas tenu de refuser d’ajouter un brevet au registre ou de supprimer un brevet du registre aux termes du paragraphe 3(1), rien ne permet d’accorder le bref de *mandamus*, l’injonction ou le jugement déclaratoire sollicités par les appelantes.» En ce qui concerne le *mandamus*, cette réparation ne peut être ordonnée parce que le juge Gibson a estimé, dans sa décision de la Section de première instance de la Cour fédérale *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), que d’autres recours pouvaient être exercés.

Bien que la DPT ait écrit à la demanderesse pour lui dire qu’elle réexaminerait sa décision de ne pas supprimer le brevet lorsqu’elle recevrait l’avis de l’Office de la propriété intellectuelle du Canada, le manquement à sa promesse ne constituait pas un déni d’équité procédurale. Le ministre «peut consulter le personnel du Bureau des brevets»; il n’en avait pas l’obligation. Le ministre n’avait pas à agir de façon hâtive, surtout que d’autres recours sont possibles. Même si le brevet ne pouvait être inscrit au registre des brevets, les «autres recours» auxquels le juge Gibson fait référence dans *Apotex* seraient suffisants pour régler l’affaire en l’instance.

Dans la décision *Apotex* rendue par la Cour d’appel, la Cour a affirmé qu’un recours était prévu pour les fabricants de médicaments génériques qui subissent un préjudice en raison de l’inscription au registre de brevets non admissibles: rejeter une demande si la Cour estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l’inscription au registre; rendre une ordonnance relative aux dépens en tenant compte de ces facteurs énumérés au paragraphe 6(10); accorder des dommages-intérêts ou des profits pour les pertes subies lors de la présentation d’une demande en vertu du paragraphe 6(1).

La question de la réparation pour la non-admissibilité du brevet était sans objet puisqu’il semble que le brevet ait été admissible. Toutefois, bien que le brevet soit admissible à l’inscription au registre, il n’offre pas de protection contre

Genpharm.

l'utilisation pour laquelle l'avis de conformité a été demandé par Genpharm.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

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

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 152(3).

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 (as am. by SOR/98-166, s. 1; 99-379, s. 1), 3 (as am. by SOR/98-166, s. 2), 4 (as am. *idem*, s. 3), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5), (5)(a) (as am. *idem*), (10)(b) (as am. *idem*), 8 (as am. *idem*, s. 7).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 300 N.R. 76 (C.A.).

## OVERRULED:

*Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129; 206 F.T.R. 177 (F.C.T.D.).

## APPLIED:

*Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (F.C.A.); *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (T.D.).

## REFERRED TO:

*H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1145; [2003] F.C.J. No. 1481 (T.D.) (QL); *RJR*—

## LOIS ET RÈGLEMENTS

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

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 152(3).

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 (mod. par DORS/98-166, art. 1; 99-379, art. 1), 3 (mod. par DORS/98-166, art. 2), 4 (mod., *idem*, art. 3), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), 6(1) (mod., DORS/98-166, art. 5), (5)a), (mod., *idem*), (10)b) (mod., *idem*), 8 (mod., *idem*, art. 7).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION SUIVIE:

*Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 300 N.R. 76 (C.A.).

## DÉCISION ÉCARTÉE:

*Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129; 206 F.T.R. 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404; 3 C.P.R. (4th) 1; 252 N.R. 72 (C.A.F.); *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33; (1998), 15 Admin. L.R. (3d) 157; 159 F.T.R. 215 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1145; [2003] A.C.F. n° 1481 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *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; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 70 (F.C.A.); *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 501; 180 N.R. 323 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of Minister of Health's refusal to remove a Canadian patent from the Patent Register even though the use listed did not correspond to the use for which the patent had been approved and for which it had received a notice of compliance. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Timothy H. Gilbert* for applicant.  
*Marie Lafleur* for respondent Lundbeck Canada Inc. (Company X).  
*Marie A. Crowley* for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gilbert's*, Toronto, for applicant.  
*Fasken, Martineau, DuMoulin LLP*, Toronto, for respondent Lundbeck Canada Inc. (Company X).  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada.

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

[1] BLAIS J.: This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, in respect of the Minister of Health's (the Minister) refusal to remove Canadian Patent No. 2049368 (the '368 patent) from the *Patent Register established pursuant to the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as amended (the PM(NOC) Regulations).

[2] The applicant Genpharm Inc. seeks a declaration that the '368 patent is improperly listed, as well as an order requiring the Minister to remove the '368 patent

*MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; (1995), 127 D.L.R. (4th) 193; [1995] 2 C.T.C. 369; 95 DTC 5551; 186 N.R. 243; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 70 (C.A.F.); *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 501; 180 N.R. 323 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du ministre de la Santé de supprimer un brevet canadien du registre des brevets même si l'utilisation inscrite sur la liste des brevets ne correspondait pas à l'utilisation pour laquelle le brevet avait été approuvé et pour laquelle il avait reçu un avis de conformité. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Timothy H. Gilbert* pour la demanderesse.  
*Marie Lafleur* pour la défenderesse Lundbeck Canada Inc. (Société X).  
*Marie A. Crowley* pour les défendeurs ministre de la Santé et Procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gilbert's*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Fasken, Martineau, DuMoulin, s.r.l.*, Toronto, pour la défenderesse Lundbeck Canada Inc. (Société X).  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les défendeurs ministre de la Santé et Procureur général du Canada.

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

[1] LE JUGE BLAIS: La présente demande de contrôle judiciaire, présentée conformément à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, vise le refus du ministre de la Santé (le ministre) de supprimer le brevet canadien n° 2049368 (le brevet '368) du registre des brevets établi en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 dans sa version modifiée (le Règlement sur les MBADC)).

[2] La demanderesse Genpharm Inc. sollicite un jugement déclaratoire portant que le brevet '368 a été erronément inscrit sur la liste des brevets ainsi qu'une

from the Register.

[3] In the alternative, Genpharm seeks an order requiring the Minister to comply with the Therapeutic Products Directorate's (TPD) undertaking to reconsider the decision not to delist the '368 patent and requiring that such reconsideration be done on proper principles.

#### PRELIMINARY MATTERS

[4] Counsel for the respondent Company X brought up the matter of the application being out of time, since the decision of the Minister not to delist the patent was dated May 29, 2002, but the application for judicial review was filed only September 27, 2002, beyond the 30 days limitation provided for in subsection 18.1(2) of the *Federal Court Act*. This subsection reads as follows:

##### 18.1 . . .

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the 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 thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

[5] The decision was given on May 29, 2002; the applicant asked for a reconsideration of the decision on June 12, 2002 and received a letter from the Therapeutic Products Directorate, dated June 25, 2002, stating that the TPD would be willing to reconsider the decision once further advice had been received from the Canadian Intellectual Property Office (CIPO). I find that this letter created a reasonable expectation in the applicant that the decision would be reviewed. The applicant was therefore justified in not filing an application by June 28, 2002, 30 days after the first decision. Since the TPD had not communicated any further on the matter by early September, the applicant sent a letter on September 10, 2002, to make enquiries. This letter was not answered, and the applicant filed an application on September 27, 2002. Subsection 18.1(2) allows me to extend the time

ordonnance exigeant que le ministre supprime l'inscription du brevet '368 du registre.

[3] À titre subsidiaire, Genpharm sollicite une ordonnance contraignant le ministre à se conformer à l'engagement de la Direction des produits thérapeutiques (DPT) de réexaminer la décision de ne pas supprimer le brevet '368 et exigeant que cet examen soit effectué selon les principes appropriés.

#### QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[4] L'avocat de la défenderesse Société X a allégué que la demande avait été présentée hors délai puisque la décision du ministre de ne pas supprimer le brevet a été rendue le 29 mai 2002 et que la demande de contrôle judiciaire n'a été présentée que le 27 septembre 2002, soit après l'expiration du délai de 30 jours prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce paragraphe est ainsi libellé:

##### 18.1 [. . .]

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

[5] La décision a été rendue le 29 mai 2002; la demanderesse a demandé la révision de la décision le 12 juin 2002 et la Direction des produits thérapeutiques lui a envoyé, le 25 juin 2002, une lettre indiquant qu'elle était disposée à réviser sa décision dès qu'elle aurait reçu l'avis de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). À mon avis, cette lettre a créé, pour la demanderesse, une attente raisonnable selon laquelle il était possible que la décision soit révisée. Par conséquent, elle était justifiée de ne pas avoir présenté sa demande avant le 28 juin 2002, soit 30 jours après la première décision. Comme la DPT n'avait pas effectué de suivi sur cette question au début du mois de septembre, la demanderesse lui a envoyé une lettre le 10 septembre 2002 pour se renseigner. Cette lettre est demeurée sans réponse et la demanderesse a soumis la

granted to the applicant to file his application, and I find the applicant in this matter acted within a reasonable time. The application is therefore within the time limitation prescribed by the *Federal Court Act*.

[6] Prothonotary Lafrenière granted a protective order on October 4, 2002, amended November 25, 2002, following a motion from the applicant Genpharm. The order provided that any document or thing, relating to the identity of the drug, the identity of Company X who is the distributor of the drug, the identity, contents and review status of the applicant's abbreviated new drug submission for the Genpharm drug, and the identity of the patent could be subject to this order. This explains the style of cause of the present proceeding. Pursuant to paragraph 19 of the protective order and subsection 152(3) of the *Federal Court Rules*, 1998 [SOR/98-106], this Court has the discretion to vary this order. The present reasons for order identify the respondent Lundbeck Canada Inc., as well as the drug citalopram and the '368 patent at issue.

#### FACTS

[7] On December 3, 2001, Genpharm submitted an abbreviated new drug submission (ANDS) in order to obtain the notice of compliance (NOC) for its generic version of the drug citalopram hydrobromide in tablets of 10 mg, 20 mg and 40 mg strengths. This drug is to be used for the symptomatic treatment of depressive illness.

[8] Citalopram is an antidepressant of the Specific Serotonin Reuptake Inhibitor (SSRI) type. At this time, the only manufacturer and seller of this drug is Lundbeck Canada Inc. which markets it in strengths of 10 mg, 20 mg and 40 mg under the brand name Celexa®. Lundbeck was issued an NOC for Celexa in February 1999. The NOC specifies that Celexa is to be used only for symptomatic relief of depressive illness.

[9] Lundbeck holds two patents on citalopram tablets, one relating to a novel intermediate step, patent No.

présente demande le 27 septembre 2002. En vertu du paragraphe 18.1(2), il m'est permis de proroger le délai imparti pour la présentation de sa demande et j'estime qu'elle a agi dans un délai raisonnable. La demande a donc été présentée à l'intérieur du délai prévu par la *Loi sur la Cour fédérale*.

[6] Le protonotaire Lafrenière a accordé une ordonnance conservatoire le 4 octobre 2002, qui a été modifiée le 25 novembre 2002, à la suite d'une requête de la demanderesse Genpharm. L'ordonnance prévoyait que tout document ou chose relatif à l'identité du médicament, à l'identité de la Société X qui distribue le médicament, à l'identité, au contenu et à l'état de la demande de révision concernant la présentation abrégée de drogue nouvelle du médicament de Genpharm ainsi qu'à l'identité du brevet était visé par cette ordonnance. Cela explique l'intitulé de la présente demande. En vertu du paragraphe 19 de l'ordonnance conservatoire et du paragraphe 152(3) des *Règles de la Cour fédérale* (1998) [DORS/98-106], la Cour a le pouvoir discrétionnaire de modifier cette ordonnance. Les motifs de la présente décision énoncent que la défenderesse Lundbeck Canada Inc., tout comme le médicament citalopram et le brevet '368, sont visés en l'instance.

#### FAITS

[7] Le 3 décembre 2001, Genpharm a soumis une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) dans le but d'obtenir un avis de conformité (ADC) pour sa version générique du médicament appelé bromhydrate de citalopram en comprimés de concentration de 10 mg, 20 mg et de 40 mg. Ce médicament est employé pour le traitement symptomatique de la dépression.

[8] Le citalopram est un antidépresseur du genre inhibiteur sélectif de recaptage de la sérotonine (ISRS). Pour le moment, le seul fabricant et vendeur de ce médicament est Lundbeck Canada Inc. qui en fait la mise en marché en comprimés de 10 mg, 20 mg et 40 mg sous la marque Celexa®. Un avis de conformité a été délivré à Lundbeck pour le Celexa en février 1999. Cet avis précise que Celexa ne peut être utilisé que pour le traitement symptomatique de la dépression.

[9] Lundbeck détient deux brevets concernant les comprimés de citalopram, un relatif à une nouvelle étape

1237147 (the '147 patent), and the other relating to the use of citalopram, patent No. 2049368 (the '368 patent). In early December 2001, both patents were listed on the Patent Register for drugs which is maintained by the Minister.

[10] In its notice of allegation (NOA) addressed to Lundbeck and dated December 11, 2001, Genpharm indicated that it considered both patents improperly listed, patent '147 because it related to an intermediate process, and patent '368 because the use for which it had received its NOC, i.e. the symptomatic relief of depressive illness, was not among the uses protected by the patent and listed in the Register.

[11] Since the patent list submitted for the Register must set out a Canadian patent that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine, Genpharm requested that TPD remove the '147 patent since it included no claim to the medicine or the use of the medicine. TPD removed the '147 patent from the Patent Register on January 7, 2002.

[12] The attempt by Genpharm to have patent '368 removed is the subject of the present proceedings.

[13] In a letter addressed to Genpharm's solicitors and dated May 29, 2002, TPD refused to remove patent '368 from the Register. The letter, signed by Anne Bowes, a patent officer with the TPD, states in part:

CELEXA contains the medicinal ingredient citalopram hydrobromide and is indicated for the treatment of depressive illness. Pursuant to paragraph 4(2)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the patent must contain a claim to the medicine, or to the use of the medicine, to be eligible for listing on the Patent Register. It is the Therapeutic Products Directorate's (TPD) position that only patents for indications which have been approved by TPD, should come under the scope of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. As stated above, the approved indication for this drug is for the treatment of depressive illness.

intermédiaire, le brevet n° 1237147 (le brevet '147), et l'autre relatif à l'utilisation du citalopram, le brevet n° 2049368 (le brevet '368). Au début du mois de décembre 2001, les deux brevets ont été inscrits au registre des brevets pour les médicaments que tient le ministre.

[10] Dans son avis d'allégation (AA) adressé à Lundbeck le 11 décembre 2001, Genpharm allègue que les deux brevets ont été erronément inscrits, le brevet '147 parce qu'il est lié à une étape intermédiaire et le brevet '368 parce que l'utilisation pour laquelle il a reçu un avis de conformité, à savoir le traitement symptomatique de la dépression, ne faisait pas partie des utilisations protégées par le brevet et inscrites au registre.

[11] Comme la liste de brevets présentée pour inscription au registre doit décrire un brevet canadien contenant une revendication pour le médicament lui-même ou une revendication pour l'utilisation de ce médicament, Genpharm a demandé à la DPT de supprimer le brevet '147 puisqu'il ne contenait de revendication ni au sujet du médicament lui-même ni relativement à son utilisation. Le 7 janvier 2002, la DPT a supprimé le brevet '147 du registre des brevets.

[12] L'objet du présent litige est la radiation du brevet '368 que sollicite Genpharm.

[13] Dans une lettre adressée aux avocats de Genpharm le 29 mai 2002, la DPT a refusé de supprimer le brevet '368 du registre. Voici un extrait de cette lettre, signée par M<sup>me</sup> Anne Bowes, une agente des brevets de la DPT:

[TRADUCTION]

Le CELEXA contient un ingrédient médicamenteux appelé bromhydrate de citalopram et est recommandé pour le traitement de la dépression. Conformément à l'alinéa 4(2)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)*, le brevet doit comporter une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament pour être admissible à l'inscription au registre des brevets. La Direction des produits thérapeutiques (DPT) estime que seuls les brevets qui comprennent des indications d'emploi qui ont été approuvées par la DPT devraient être assujettis au *Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)*. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'utilisation approuvée pour ce médicament est le traitement de la dépression.

The '368 patent, entitled [*sic*] "Treatment of Cerebro-Vascular Disorders", contains 21 claims. Claims 1 to 7 are for the use of a compound of formula I, which includes citalopram, for the manufacture of a medicament for the treatment of cognitive disorders or amnesia associated with dementia and of cerebro-vascular. Claims 8 to 14 are for pharmaceutical composition or medicament for the treatment of dementia and cerebrovascular disorders. Claims 15 to 21 are directed to a method in the production of a pharmaceutical preparation useful in the treatment of dementia and cerebrovascular disorders.

. . . the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) was asked for an opinion as to whether the '368 patent contained a claim for the use of citalpram [*sic*] for the treatment of depressive illness. It was concluded by the officials from CIPO that the '368 patent does contain claims to the use of citalopram for the treatment of depression. Specifically, in claim 8, the treatment of dementia and cerebrovascular disorders (which is not restricted as it is in claim 1), includes the treatment of depression. Therefore, the '368 patent contains a claim for the use of the medicine. Accordingly, the '368 patent will remain listed on the Patent Register. [Emphasis added.]

[14] Claim 8 of the '368 patent reads as follows:

8. A pharmaceutical composition or medicament for the treatment of dementia and cerebrovascular disorders comprising an amount of  $\alpha$ 1-[3-dimethylamino)propyl]-1-phenylphthalane of the formula: wherein R1 and R2 each are selected from the group consisting of halogen, trifluoromethyl, cyano and R-CO~; wherein R is an alkyl radical with 1 to 4 C-atoms inclusive, or a pharmaceutically-acceptable acid addition salt thereof, which is effective for such purpose, and a pharmaceutically-acceptable diluent or carrier. [Emphasis added.]

[15] The opinion on which the TPD based its decision was given by Mr. Jim Freed from the CIPO. It simply asserts that the treatment of dementia includes the treatment of depression. The communication is by way of e-mail, reproduced in part below:

Claims 1 to 7 are not directed to the use of citalopram for the treatment of depression because it is limited to a medicament for the treatment of cognitive disorders or amnesia associated (. . .) with dementia and of cerebrovascular disorders. In other words, the claims are directed to the treatment of cognitive disorders or amnesia, which is not taught in the prior art.

Le brevet '368, intitulé «Traitement des troubles vasculaires cérébraux», comporte 21 revendications. Les revendications 1 à 7 portent sur l'utilisation d'un composé de la formule I, qui contient du citalopram, pour la fabrication d'un médicament pour le traitement des déficiences cognitives ou de l'amnésie liée à la démence et aux troubles vasculaires cérébraux. Les revendications 8 à 14 portent sur la composition pharmaceutique ou le médicament pour le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux. Les revendications 15 à 21 ont pour but d'établir une méthode de production de la préparation pharmaceutique qui sert au traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux.

[. . .] l'avis de l'Office canadien de la propriété intellectuelle (OPIC) a été sollicité pour déterminer si le brevet '368 comportait une revendication pour l'utilisation du citalpram [*sic*] comme traitement de la dépression. Les agents de l'OPIC ont conclu que le brevet '368 comportait bien des revendications pour l'utilisation du citalopram pour le traitement de la dépression. La revendication 8 en particulier, qui vise le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux et qui n'est pas aussi restrictive que la revendication 1, comprend le traitement de la dépression. Le brevet '368 comporte donc une revendication pour l'utilisation du médicament. Par conséquent, le brevet '368 demeurera inscrit au registre des brevets. [Non souligné dans l'original.]

[14] La revendication 8 du brevet '368 est ainsi conçue:

[TRADUCTION] 8. Une composition pharmaceutique ou un médicament pour le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux qui renferme une certaine quantité d'un 1-[3-diméthylamino)propyl]-1-phénylphthalane de la formule, où R1 et R2 sont chacun pris dans le groupe comprenant un halogène, le trifluorométhyle, un cyano et R-CO~, où R est un radical alkyle avec 1 à 4 atomes C inclusivement, ou un sel d'addition pharmaco-acceptable de cette substance, qui est efficace pour une telle indication, et un diluant ou un véhicule pharmaco-acceptable. [Non souligné dans l'original.]

[15] La DPT a fondé sa décision sur l'avis de M. Jim Freed de l'OPIC. Celui-ci affirme simplement que le traitement de la démence comprend celui de la dépression. Cet avis, envoyé par courriel, est reproduit en partie ci-dessous:

[TRADUCTION] Les revendications 1 à 7 ne portent pas sur l'utilisation du citalopram pour le traitement de la dépression puisqu'elles restreignent l'utilisation du médicament au traitement des déficiences cognitives ou de l'amnésie liée (. . .) à la démence et aux troubles vasculaires cérébraux. En d'autres termes, les revendications visent le traitement des déficiences

Claims 8 to 14 do not have the restriction as defined in paragraph 1.

Claim 8 is directed towards I) the treatment of dementia and cerebrovascular disorders includes the treatment of depression and ii) the compound of formula I includes citalopram. Moreover, claim 14 which is directly dependent upon claim 8 refers to the compound of formula I being citalopram.

. . . Claim 15, again, is directed towards I) the treatment of dementia and cerebrovascular disorders includes the treatment of depression and ii) the compound of formula I includes citalopram. . . .

In conclusion, patent '368 contains claims to the use of citalopram for the treatment of depression and HC should be informed accordingly.

[16] On June 12, 2002, Genpharm addressed a letter to the CIPO, asking for a review of the opinion given by Jim Freed, as well as a letter to TPD, requesting that the Minister review her decision following reconsideration by CIPO.

[17] In a letter dated June 25, 2002, the TPD undertook to review the decision concerning the listing of the patent once the opinion of the CIPO would be received.

[18] There has been no further correspondence on the matter. Genpharm filed application for judicial review on September 27, 2002. In view of Lundbeck's interest in the listing of its patent, it was named respondent to the application along with the Minister.

## ISSUES

[19] (1) Can a patent with a claim for the use of a medicine be listed in the Patent Register if that use has not been approved by the notice of compliance?

(2) In the event that the Court decided that the patent should be delisted, or that the matter should be reconsidered by the Minister, what would be the proper relief?

cognitives ou de l'amnésie, ce qui n'est pas énoncé dans l'art antérieur.

Les revendications 8 à 14 ne comportent pas la même restriction que celle énoncée au paragraphe 1.

La revendication 8 porte que i) le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux comprend le traitement de la dépression et ii) le composé de la formule I contient du citalopram. Du reste, la revendication 14, qui est directement liée à la revendication 8, fait référence au composé de la formule I comme étant du citalopram.

. . . De nouveau, la revendication 15 porte que I) le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux comprend le traitement de la dépression et ii) le composé de la formule I comprend du citalopram. [ . . . ]

En conclusion, le brevet '368 contient des revendications pour l'utilisation du citalopram pour le traitement de la dépression et SC devrait en être informé.

[16] Le 12 juin 2002, Genpharm a envoyé une lettre à l'OPIC pour demander la révision de l'avis donné par Jim Freed et à la DPT pour demander que le ministre révise sa décision après le réexamen de l'OPIC.

[17] Dans une lettre en date du 25 juin 2002, la DPT s'est engagée à réviser sa décision concernant l'inscription du brevet lorsqu'elle recevrait l'avis de l'OPIC.

[18] Aucune autre correspondance n'a été échangée sur cette question. Genpharm a présenté une demande de contrôle judiciaire le 27 septembre 2002. Compte tenu de l'intérêt de Lundbeck relativement à l'inscription de son brevet, elle a, tout comme le ministre, été constituée défenderesse dans la demande.

## QUESTIONS EN LITIGE

[19] 1) Peut-on inscrire au registre des brevets un brevet revendiquant une utilisation d'un médicament si cette utilisation n'a pas été approuvée dans l'avis de conformité?

2) Dans les cas où le tribunal estime que le brevet doit être supprimé de la liste ou que la question doit être réexaminée par le ministre, quelle est la réparation appropriée?



- |   |  |
|---|--|
| (i) by way of <i>mandamus</i> or a declaration?                               | (i) le <i>mandamus</i> ou la déclaration?  |
| (ii) enjoining the Minister to reconsider her decision, on proper principles? | (ii) l'ordonnance enjoignant au ministre de réexaminer sa décision selon les principes appropriés? |
| (iii) under the PM(NOC) Regulations?  | (iii) selon le Règlement sur les MB(ADC)?  |

## EVIDENCE

Expert Evidence

[20] Genpharm submitted evidence by way of affidavit from two experts, Dr. Lon S. Schneider and Dr. Joel Sadavoy. Both are qualified experts according to their résumés in the fields of psychiatry and geriatrics.

[21] Both experts agree that depression should not be subsumed under cerebrovascular diseases. Dr. Schneider, commenting on the opinion of Mr. Freed (A.R., Vol. 1, tab 2c, at p. 78):

... 'depression as a sequela to cerebrovascular disease' (. . .) the validity of such a specific condition is not supported by science or fact. It postulates (although it doesn't go into detail) that there is a specific depression or depressive symptom that is a direct result, i.e. 'sequela', of a range of cerebrovascular disorders or Alzheimer's disease, and that this depression is different from other depressions or depressive symptoms, seen in association with other conditions. Such a claim would be termed 'pseudo-scientific', because it claims a specificity that is not valid. Second, even assuming for the moment the validity of a depression symptom as a sequela to cerebrovascular disorders, this is not depression described as the indication for citalopram in the monograph and prescribing information.

[22] Dr. Sadavoy, also reacting to the opinion of Mr. Freed (A.R., Vol. I, tab 3c, p. 123):

Mr. Freed links anxiety, depression, loss of memory, etc. into one category of psychiatric symptoms, implying that they achieve equal status in the diagnosis of the disorder. This is a misreading of the way clinicians deal with the diagnosis of dementia and its consequences, including that form caused by cerebrovascular disorder. (. . .) With regard to depression, the large majority of patients with dementia do not suffer from this

## PREUVE

Preuve d'expert

[20] Genpharm a présenté des éléments de preuve sous forme d'affidavits de deux experts, MM. Lon S. Schneider et Joel Sadavoy. Tous deux sont, selon leur curriculum, des experts qualifiés en matière de psychiatrie et de gériatrie.

[21] Les deux experts conviennent que la dépression ne devrait pas être rangée parmi les troubles vasculaires cérébraux. M. Schneider commentait l'avis de M. Freed (D.D., vol. 1, onglet 2c, à la p. 78):

[TRADUCTION] [. . .] la «dépression comme séquelle d'une maladie vasculaire cérébrale» (. . .) La validité d'une telle affection spécifique n'est pas corroborée par les données scientifiques ni par les faits. On avance l'hypothèse (sans entrer dans les détails) qu'une dépression ou un symptôme dépressif spécifique serait un résultat direct, c.-à-d. une «séquelle», de tout un éventail de troubles vasculaires cérébraux ou de la maladie d'Alzheimer, et que cette dépression différerait des autres dépressions ou symptômes dépressifs, observés en association avec d'autres affections. Une telle revendication serait qualifiée de «pseudo-scientifique», parce qu'elle allègue une spécificité qui n'est pas valide. Deuxièmement, même si l'on supposait pour l'instant qu'un symptôme de dépression résultant de troubles vasculaires était valide, il ne s'agit pas de la dépression décrite comme l'indication du citalopram dans la monographie et l'information posologique.

[22] Pour sa part, M. Sadavoy a fait les commentaires suivants (D.D., vol. I, onglet 3c, à la p. 123):

[TRADUCTION] M. Freed regroupe l'anxiété, la dépression, la perte de mémoire, etc. dans une catégorie de symptômes psychiatriques, laissant entendre qu'ils sont d'égale importance dans le diagnostic du trouble. C'est une mauvaise interprétation de la façon dont les cliniciens posent le diagnostic de démence et de ses conséquences, notamment de la démence causée par un trouble vasculaire cérébral. (. . .)

secondary problem (. . .). Taking this into account, it is clinically strongly inadvisable to suggest that the treatment of dementia and cerebrovascular disorders routinely encompasses the treatment of depression with the same drug. Any drug that is available for the treatment of dementia is first and foremost a treatment of cognitive disorder. (. . .) There is no drug in the antidepressant family that addresses the cognitive and the depressive component of dementia at the same time.

With specific regard to the compound citalopram, this drug is not advocated for the primary treatment of dementia.

[23] Lundbeck submitted the evidence of Dr. Gauthier (also an expert witness in proceedings T-122-02 [*H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)*, 2003 FC 1145; [2003] F.C.J. No. 1481 (T.D. (QL)).

[24] Dr. Gauthier speaks of the prevalence of depression in persons who suffer from dementia, and refers to the 1992 study to show that citalopram offers promise in the treatment of a wider array of symptoms than simply depression. His conclusions are reproduced below (Dr. Gauthier's affidavit, doc. 39, Court File):

There is significant overlap between patients from dementia and those suffering depression.

There are sufficient data and biological plausibility to support a broader action of citalopram as an antidementia drug, above and beyond its original use as an antidepressant.

Many persons suffering from dementia are already being prescribed citalopram.

There is nothing stopping a physician, if he believes it is in the best interests of his patients, from prescribing citalopram for the treatment of dementia notwithstanding that citalopram has not been approved for this use by Health Canada.

[25] With respect, these conclusions do not enlighten us as to the use of citalopram as something other than an antidepressant, which is its old, established use.

[26] Dr. Gauthier only refers to four studies that have looked at the effects of citalopram in depressed and

Pour ce qui est de la dépression, la grande majorité des patients atteints de démence ne souffrent pas de ce problème secondaire (. . .). Cela dit, il est tout à fait malavisé sur le plan clinique de laisser entendre que le traitement de la démence et des troubles vasculaires cérébraux englobe systématiquement le traitement de la dépression au moyen du même médicament. Tout médicament disponible pour le traitement de la démence vise avant tout à traiter le trouble cognitif. (. . .) Il n'existe aucun médicament dans la famille des antidépresseurs qui traite simultanément la composante cognitive et dépressive de la démence.

En ce qui concerne précisément le citalopram, ce médicament n'est pas recommandé pour le traitement primaire de la démence.

[23] Lundbeck a présenté le témoignage de M. Gauthier qui est également un témoin expert dans le dossier T-122-02 [*H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1145 [2003] A.C.F. n° 1481 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)].

[24] M. Gauthier allègue la présence de la dépression chez les personnes atteintes de démence et fait référence à une étude de 1992 pour démontrer que le citalopram constitue une piste de solution pour le traitement d'un grand éventail de symptômes autres que la simple dépression. Voici les conclusions auxquelles il est parvenu (affidavit de M. Gauthier, doc. 39, dossier de la Cour):

[TRADUCTION] Il y a un chevauchement important entre l'ensemble des patients souffrant de démence et ceux souffrant de dépression.

Nous possédons suffisamment d'information et la plausibilité biologique est suffisamment grande pour appuyer un emploi plus important du citalopram à titre de drogue antidémence, au-delà de son utilisation d'origine comme antidépresseur.

Le citalopram est déjà prescrit à de nombreuses personnes souffrant de démence.

S'il estime que le geste est dans l'intérêt supérieur de son patient, rien n'empêche le médecin de prescrire du citalopram pour le traitement de la démence, néanmoins, le citalopram n'a pas été approuvé pour cette utilisation par Santé Canada.

[25] Avec égards, ces conclusions ne nous éclairent pas sur l'utilisation du citalopram autrement qu'à titre d'antidépresseur, l'utilisation antérieure déjà établie.

[26] M. Gauthier nous renvoie à quatre études seulement qui ont examiné les effets du citalopram sur

non-depressed patients with Alzheimer's disease, and highlights one conducted in 1992. I note that the studies attached to his affidavit at tab 3b deal only with the treatment of depression in older adults; at tab 3c we find the 1992 study.

[27] "Biological plausibility" strikes me as a particularly vague term which would certainly not meet the requirements of safety and efficacy for human use. The fact that many persons suffering from dementia are already being prescribed citalopram simply follows on the first statement, that there is considerable overlap between dementia and depression. Without qualification, this last statement is meaningless. Is there overlap between disease and depression?

[28] Finally, as to the last conclusion, there is nothing stopping a physician from prescribing anything. The likelihood, however, of a physician treating dementia with citalopram, contrary to all the medical evidence we have seen so far, including Dr. Gauthier's submitted literature, is a matter Dr. Gauthier carefully avoids.

#### Interpretation of the PM(NOC) Regulations

[29] Genpharm and Lundbeck differ sharply on the proper interpretation of the PM(NOC) Regulations to determine whether or not the use protected by the patent list must be covered by the NOC. Adding to the confusion are some guidelines produced by the TPD.

[30] Richard Pike, Senior Vice-President of Research and Development and Regulatory Affairs at Genpharm, states the following in his affidavit (Richard Pike's affidavit, at p. 4):

In order for a patent to be eligible for inclusion on the Patent Register, it must contain a claim for the approved medicine or the approved use of a medicine in respect of the particular drug outlined in the submission for a NOC. The Minister has published guidances that make it clear that only patents claiming the approved medicine or an approved use of the medicine are eligible for listing.

des personnes dépressives et non dépressives atteintes de la maladie d'Alzheimer et souligne l'une d'entre elles effectuée en 1992. Je remarque que les études jointes à l'onglet 3b de son affidavit portent uniquement sur le traitement de la dépression chez les personnes âgées. Nous retrouvons l'étude de 1992 à l'onglet 3c.

[27] L'expression «plausibilité biologique» me semble particulièrement vague; elle ne satisferait certainement pas aux critères d'innocuité et d'efficacité pour un usage humain. L'affirmation que de nombreuses personnes qui souffrent de démence se voient déjà prescrire le citalopram ne fait qu'énoncer une conséquence de la première allégation, à savoir qu'il y a un grand chevauchement entre l'ensemble des personnes souffrant de démence et celles souffrant de dépression. Sans plus de précision, cette allégation ne signifie rien. Y a-t-il un chevauchement entre la démence et la dépression?

[28] Enfin, pour ce qui est de la dernière conclusion, rien n'empêche un médecin de prescrire quoi que ce soit. Toutefois, la probabilité qu'un médecin traite la démence avec le citalopram, à l'encontre de toute preuve médicale dont nous disposons à ce jour, y compris la documentation présentée par M. Gauthier, est une question que M. Gauthier évite soigneusement.

#### Interprétation du Règlement sur les MB(ADC)

[29] Genpharm et Lundbeck sont en complet désaccord en ce qui concerne l'interprétation correcte du Règlement sur les MB(ADC) dans le but de déterminer si l'utilisation protégée par la liste de brevets doit être incluse dans l'avis de conformité. Certaines des lignes directrices de la DPT ajoutent à la confusion.

[30] M. Richard Pike, vice-président principal de la direction de la recherche et développement et des affaires réglementaires de Genpharm, énonce ce qui suit dans son affidavit (affidavit de Richard Pike, à la p. 4):

[TRADUCTION] Pour qu'un brevet soit admissible à l'inscription au registre des brevets, il doit comprendre une revendication concernant le médicament approuvé ou concernant l'utilisation d'un médicament relatif à la drogue particulière indiquée dans la demande d'avis de conformité. Les lignes directrices publiées par le ministre énoncent clairement que seuls les brevets portant sur le médicament approuvé ou sur l'utilisation approuvée du médicament sont admissibles à l'inscription.

[31] In particular, Mr. Pike refers to the following documents, both published by the TPD:

(1) “Guidance for Industry: *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations Guidelines*”; and

(2) “Issue Analysis Summary: *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*”.

[32] The first document seeks to guide the industry as to the various requirements of the PM(NOC) Regulations to allow a patent to be listed on the Patent Register. It does state that the PM(NOC) Regulations take precedence.

[33] Under “Patent Eligibility”, section 3.2.3, one reads:

A patent will be eligible [for the Patent Register] where it is relevant to the drug as described by the dosage form, strength, and route of administration. In general, the factors for determining the eligibility of a patent are:

- the patent must contain a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine. For purposes of this determination “the medicine” is as described in the related drug submission for which a Notice of Compliance is issued;

[34] In the second document, the following passage appears:

#### 4.2.1 *Therapeutic Use/Indication*

...

Indication [of therapeutic use in the form used to apply for listing] is only used as a criteria of eligibility in the case of those patents that are limited in their application to a specific indication(s) to the exclusion of any others. Patents are listed against drugs which have received a NOC. Where an indication has not been subject to a NOC a patent limited to that indication should not be eligible for inclusion on the register.

In accordance with the Regulatory Impact Analysis Statement (SOR 133/93), the Regulations were established to link the

[31] M. Pike fait particulièrement référence à ces documents publiés par la DPT:

1) «Ligne directrice à l'intention de l'industrie: *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*»;

2) Résumé analytique de la question: *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*.

[32] Le premier document est un document d'orientation pour les gens de l'industrie qui expose les diverses exigences du Règlement sur les MB(ADC) en ce qui concerne l'inscription d'un brevet au registre des brevets. Il y est dit que le Règlement sur les MB(ADC) prévaut sur la ligne directrice.

[33] Sous le titre «Admissibilité des brevets», le point 3.2.3 énonce ce qui suit:

Un brevet sera jugé admissible [au registre des brevets] s'il est en rapport avec la drogue décrite en fonction de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration. En général, les facteurs déterminant l'admissibilité d'un brevet sont les suivants:

- le brevet doit comporter une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament. Aux fins de cette détermination, le «médicament» est conforme à la description qui a été faite dans la présentation de drogue connexe pour laquelle l'avis de conformité est délivré;

[34] Dans le second document, on peut lire cet extrait:

#### 4.2.1 *Usages thérapeutiques/indications*

[. . .]

L'indication [d'usage thérapeutique dans le formulaire employé pour faire la demande d'inscription] est utilisée comme critère d'admissibilité seulement dans les cas de brevets dont la demande se limite à une indication spécifique, excluant toutes les autres. Les brevets sont inscrits au registre contre des drogues pour lesquelles un avis de conformité a été délivré. Si une indication n'a pas fait l'objet d'un avis de conformité, les brevets se limitant à cette indication ne devraient pas être admissibles au registre.

En conformité avec le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (DORS 133/93), le Règlement vise à lier

granting of marketing approval for a drug that relies on the earlier approval of a related drug to the patent protection established by relevant product and use patents pertaining to the earlier approved medicine. As such, only patents for indication which have been approved by Health Canada should come under the scope of the Regulations. [Emphasis added.]

[35] Ms. Louise Gariépy, Associate Director, Scientific and Regulatory Affairs at Lundbeck Canada Inc., testified as follows in her affidavit (Louise Gariépy's affidavit, at page 2, doc. 30):

Notwithstanding that the notice of compliance issued to Lundbeck approves the use of the 10mg, 20mg and 40mg tablets of citalopram for the symptomatic relief of depressive illness, there is nothing in the relevant legislation which enjoins including in the patent list patents which neither claim a medicine for which a notice of compliance has been issued nor claim a use for which a notice of compliance has been issued. Indeed, the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (The Regulations) require only that the patent be relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the notice of compliance was issued. The '368 patent claims a use for citalopram hydrobromide having the same dosage, strength and route of administration as that for which the notice of compliance was issued.

#### SUBMISSIONS OF THE PARTIES

##### Genpharm

[36] The applicant submits that patent '368 is improperly listed and should be removed from the Patent Register. The claims for use of the medicine, dementia, ischemia, cerebrovascular disease and Alzheimer's, are not uses approved through the NOC process. The only use recognized by the NOC is for symptomatic relief of depressive illness. This use is an old use, and therefore not entitled to the protection offered by the Patent Register.

[37] The Minister is under a duty to maintain the Patent Register and should be required to delist the '368 patent. In the alternative, he should be ordered by the Court to reconsider, on proper principles, the decision not to delist the '368 patent.

l'approbation de la commercialisation d'une drogue reposant sur l'approbation antérieure d'une drogue connexe à la protection par brevet obtenue par les brevets de produits et d'usages touchant au médicament déjà approuvé. Le Règlement devrait porter seulement sur les brevets pour des indications déjà approuvées par Santé Canada. [Non souligné dans l'original.]

[35] M<sup>me</sup> Louise Gariépy, codirectrice des affaires scientifiques et réglementaires chez Lundbeck Canada Inc., a déclaré ce qui suit dans son affidavit (affidavit de Mme Louise Gariépy, à la page 2, doc. 30):

[TRADUCTION] En dépit du fait que l'avis de conformité délivré à Lundbeck approuve l'utilisation des comprimés de citalopram de 10 mg, 20 mg et de 40 mg pour le traitement symptomatique de la dépression, aucune disposition législative pertinente n'impose l'inscription de brevets à la liste de brevets si ceux-ci ne revendiquent ni un médicament ni une utilisation pour laquelle un avis de conformité a été délivré. En effet, le Règlement sur les MB (ADC) (le Règlement) exige uniquement que le brevet soit pertinent quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle l'avis de conformité a été délivré. La revendication du brevet '368 indique que l'utilisation du bromhydrate de citalopram a les mêmes forme posologique, concentration et voie d'administration que celles indiquées dans l'avis de conformité délivré.

#### ARGUMENTS DES PARTIES

##### Genpharm

[36] La demanderesse allègue que le brevet '368 est erronément inscrit sur la liste des brevets et devrait être supprimé du registre des brevets. Les utilisations du médicament contenues dans les revendications, soit le traitement de la démence, de l'ischémie, des troubles vasculaires cérébraux et de la maladie d'Alzheimer, ne sont pas des utilisations approuvées par le biais du processus de délivrance de l'avis de conformité. La seule utilisation reconnue par l'avis vise le traitement symptomatique de la dépression. Il s'agit d'une utilisation déjà établie et, par conséquent, elle ne bénéficie pas de la protection offerte par le registre des brevets.

[37] Le ministre a l'obligation de tenir le registre des brevets et devrait être tenu de supprimer le brevet '368. À titre subsidiaire, le tribunal devrait lui ordonner de réviser, selon les principes appropriés, sa décision de ne pas supprimer le brevet '368.

[38] Mr. Freed's position, that the '368 patent covers the treatment of depression, thus rendering the listing valid, is untenable: nothing in the claims refers to the treatment of depression, and were the patent claims construed so as to include the treatment of depression, these claims would not give rise to an infringement since citalopram is a well-known antidepressant, in the words of the patent itself.

[39] The applicant argues that the proper construction of the PM(NOC) Regulations, as seen in the guidance documents published by the TPD, demonstrates the need for a link between the NOC and the patent list.

#### Lundbeck

[40] The respondent on the other hand, submits that the only requirements as to content for inclusion on the Register are found in sections 3 [as am. by SOR/98-166, s. 2] and 4 [as am. *idem*, s. 3] of the PM(NOC) Regulations; no mention is made of the need for the use claimed to be same use as is approved by the NOC. The conditions for the inclusion of a patent on the Register are as follows:

- the patent can only be included after issuance of the notice of compliance (subsection 3(3));
- a patent list can only be submitted in respect of a drug for which a notice of compliance has issued or has been applied for (subsection 4(1));
- the patent list can only include a patent that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine (paragraph 4(2)(b));
- the patent must be relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug (paragraph 4(7)(b)).

[41] The respondent submits that the requirements are fulfilled in this instance. In reply to Genpharm's arguments that the TPD published guidelines that seem

[38] La position de M. Freed, à savoir que le brevet '368 comprend le traitement de la dépression et rend ainsi l'inscription valide, est insoutenable: la revendication ne contient aucune référence au traitement de la dépression et, même si l'on interprétait les revendications du brevet de façon à inclure le traitement de la dépression, elles ne peuvent donner lieu à une contrefaçon de brevet puisque le citalopram est un antidépresseur bien connu selon les termes mêmes du brevet.

[39] La demanderesse soutient que l'interprétation correcte du Règlement sur les MB(ADC), telle qu'indiquée dans les documents d'orientation publiés par la DPT, démontre la nécessité d'un lien entre l'avis de conformité et la liste de brevets.

#### Lundbeck

[40] Pour sa part, la défenderesse allègue que les seules exigences de contenu à satisfaire pour l'inscription au registre sont énoncées aux articles 3 [mod. par DORS/98-166, art. 2] et 4 [mod., *idem*, art. 3] du règlement sur les MB(ADC); il n'est pas indiqué que l'utilisation doit être la même que celle approuvée dans l'avis de conformité. Voici les conditions d'inscription d'un brevet au registre:

- le brevet ne peut être consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité (paragraphe 3(3));
- une liste de brevets ne peut être soumise qu'à l'égard d'une drogue pour laquelle un avis de conformité a déjà été obtenu ou demandé (paragraphe 4(1));
- la liste de brevets peut uniquement contenir des renseignements sur un brevet qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament (alinéa 4(2)(b));
- le brevet doit être pertinent quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue (alinéa 4(7)(b)).

[41] La défenderesse soutient que les conditions sont remplies en l'espèce. En réponse aux arguments de Genpharm voulant que les documents d'orientation

to require that patented use be covered by the NOC, Lundbeck states that the Minister is usurping the role of the legislator in adopting the position that it would refuse to list patents for non-approved indications.

[42] The respondent also contends that CIPO has confirmed that the patent contains a claim for depression, the approved use of citalopram. Genpharm has not challenged the validity of the patent and the patent is presumed valid. Finally, Lundbeck argues that the issue is already being dealt with in application T-122-02.

#### Minister of Health

[43] The Minister relies on the Federal Court of Appeal decision in *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404 to state that the judicial review application should be dismissed, because it does not constitute the appropriate forum for remedy.

[44] The Minister has complete discretion to add patent lists to or delete them from the Register. The PM(NOC) Regulations provide a complete regime to deal with a patent that may be ineligible for listing.

[45] Notwithstanding the fact that the Crown respondent argues the application should be dismissed, the Minister seems to support the idea that “where a patent is limited in scope to a particular indication, the patent is eligible for inclusion on the Register only if that indication is the subject of a Notice of Compliance”.

[46] The only argument concerns the forum. According to the Minister, the PM(NOC) Regulations provide complete relief. If proceedings are instituted under subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5], the generic manufacturer may apply to the Court under paragraph 6(5)(a) [as am. *idem*] to dismiss the subsection 6(1) application because based on a patent that is ineligible for the Register. Paragraph 6(10)(b) [as am. *idem*] further provides a remedy as to costs in the case of the inclusion on the certified patent list of a

publiés par la DPT semblent exiger que l’utilisation visée par le brevet soit énoncée dans l’avis de conformité, Lundbeck affirme que le ministre usurpe le rôle du législateur en choisissant de refuser d’inscrire les brevets dont les indications d’emploi ne sont pas approuvées.

[42] Lundbeck soutient également que l’OPIC a confirmé que le brevet comprenait une revendication concernant la dépression, l’utilisation approuvée du citalopram. Genpharm n’a pas contesté la validité du brevet et celui-ci est présumé valide. Enfin, Lundbeck allègue que cette question est déjà sous examen dans le dossier T-122-02.

#### Ministre de la Santé

[43] Le ministre se fonde sur la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404 pour affirmer que la demande de contrôle judiciaire doit être rejetée parce qu’il ne s’agit pas du tribunal approprié pour obtenir réparation.

[44] Le ministre jouit d’une entière discrétion pour ajouter des listes de brevets au registre ou les supprimer. Le Règlement sur les MB(ADC) prévoit un régime complet de règles régissant l’admissibilité à l’inscription au registre.

[45] Bien que la Couronne soutienne en défense que la demande doit être rejetée, le ministre semble étayer l’idée que «lorsqu’un brevet se limite à une indication spécifique, il ne peut être ajouté au registre que si cette indication a déjà fait l’objet d’un avis de conformité».

[46] Le seul argument soulevé porte sur le tribunal approprié. Selon le ministre, le Règlement sur les MB(ADC) prévoit une réparation entière. Si des procédures sont intentées en vertu du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5], le fabricant de produits génériques peut, en vertu de l’alinéa 6(5)a) [mod., *idem*], demander au tribunal de rejeter la demande présentée si le brevet n’est pas admissible à l’inscription au registre. L’alinéa 6(10)b) [mod., *idem*] prévoit également une réparation sous forme de dépens dans le

patent that under section 4. The standard of review of the Minister's decision is not correctness. The eligibility decision would be reviewable on a standard of correctness; however the Minister's decision not to add, or to delete, an ineligible patent is subject only to review on a deferential standard.

[47] The Crown respondent submits that the proper forum has already been constituted for Genpharm under T-122-02. Moreover, for the Court to refer the matter back to the Minister for reconsideration in light of the statement from TPD that it was prepared to reconsider its decision would be tantamount to issuing a mandamus or a declaration to which Genpharm is not entitled, because of the *Apotex* decision, *supra*.

#### ANALYSIS

- (1) Can a patent with a claim for the use of a medicine be listed in the Patent Register if that use has not been approved by the Notice of Compliance?

#### Relevant Legislation

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133

#### *Interpretation*

##### 2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents;

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

“court” means the Federal Court of Canada or any other superior court of competent jurisdiction;

cas de l'inscription, sur la liste de brevets qui fait l'objet d'une attestation, de tout brevet qui n'aurait pas dû y être inclus aux termes de l'article 4. La norme de contrôle judiciaire de la décision du ministre n'est pas celle de la décision correcte. La norme de contrôle de la décision d'inscription doit être celle de la décision correcte. Cependant, la décision du ministre de refuser d'y ajouter, ou d'en supprimer, un brevet qui n'est pas admissible peut uniquement faire l'objet d'un contrôle fondé sur la retenue judiciaire.

[47] À titre de défenderesse, la Couronne allègue que le tribunal approprié a déjà été constitué pour Genpharm dans le dossier T-122-02. Par ailleurs, le fait que le tribunal renvoie l'affaire au ministre pour réexamen à la lumière de la déclaration de la DPT voulant qu'elle soit disposée à réviser sa décision équivaudrait à rendre une ordonnance de mandamus ou à prononcer une déclaration à laquelle Genpharm n'a pas droit en raison de la décision *Apotex*, précitée.

#### ANALYSE

- 1) Peut-on inscrire au registre des brevets un brevet revendiquant une utilisation d'un médicament si cette utilisation n'a pas été approuvée dans l'avis de conformité?

#### Dispositions législatives pertinentes

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133

#### *Définitions*

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

«avis de conformité» Avis délivré au titre de l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*.

«expiré» Se dit du brevet qui est expiré, qui est périmé ou qui a pris fin par l'effet d'une loi.

«liste de brevets» Liste de brevets soumise aux termes de l'article 4.



“expire” means, in relation to a patent, expire, lapse or terminate by operation of law;

“first person” means the person referred to in subsection 4(1);

“medicine” means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

“Minister” means the Minister of National Health and Welfare;

“notice of compliance” means a notice issued under section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*;

“patent list” means a list of all patents that is submitted pursuant to section 4;

“register” means the register maintained by the Minister under section 3.

“second person” means the person referred to in subsection 5(1) or (1.1), as the case may be.

#### *Register*

3. (1) The Minister shall maintain a register of any information submitted under section 4. To maintain it, the Minister may refuse to add or may delete any information that does not meet the requirements of that section.

(2) The register shall be open to public inspection during business hours.

(3) No information submitted pursuant to section 4 shall be included on the register until after the issuance of the notice of compliance in respect of which the information was submitted.

(4) For the purpose of deciding whether information submitted under section 4 should be added to or deleted from the register, the Minister may consult with officers or employees of the Patent Office.

#### *Patent list*

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine may submit to the Minister a patent

«médicament» Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

«ministre» Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

«première personne» La personne visée au paragraphe 4(1).

«registre» Le registre tenu par le ministre conformément à l'article 3.

«revendication pour le médicament en soi» S'entend notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.

«revendication pour l'utilisation du médicament» Revendication pour l'utilisation du médicament aux fins du diagnostic, du traitement, de l'atténuation ou de la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

«seconde personne» Selon le cas, la personne visée aux paragraphes 5(1) ou (1.1).

«tribunal» La Cour fédérale du Canada ou tout autre cour supérieure compétente.

#### *Registre*

3. (1) Le ministre tient un registre des renseignements fournis aux termes de l'article 4. À cette fin, il peut refuser d'y ajouter ou en supprimer tout renseignement qui n'est pas conforme aux exigences de cet article.

(2) Le registre est ouvert à l'inspection publique durant les heures de bureau.

(3) Aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis.

(4) Pour décider si tout renseignement fourni aux termes de l'article 4 doit être ajouté au registre ou en être supprimé, le ministre peut consulter le personnel du Bureau des brevets.

#### *Liste de brevets*

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis peut soumettre au

list certified in accordance with subsection (7) in respect of the drug.

(2) A patent list submitted in respect of a drug must

(a) indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug;

(b) set out any Canadian patent that is owned by the person, or in respect of which the person has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list, that contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine and that the person wishes to have included on the register;

(c) contain a statement that, in respect of each patent, the person applying for a notice of compliance is the owner, has an exclusive licence or has obtained the consent of the owner of the patent for the inclusion of the patent on the patent list;

(d) set out the date on which the term limited for the duration of each patent will expire pursuant to section 44 or 45 of the *Patent Act*; and

(e) set out the address in Canada for service on the person of any notice of an allegation referred to in paragraph 5(3)(b) or (c), or the name and address in Canada of another person on whom service may be made, with the same effect as if service had been made on the person.

(3) Subject to subsection (4), a person who submits a patent list must do so at the time the person files a submission for a notice of compliance.

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

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

(6) A person who submits a patent list must keep the list up to date but may not add a patent to an existing patent list except in accordance with subsection (4).

(7) A person who submits a patent list or an amendment to an existing patent list under subsection (1) or (4) must certify

ministre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe (7).

(2) La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir les renseignements suivants:

a) la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue;

b) tout brevet canadien dont la personne est propriétaire ou à l'égard duquel elle détient une licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste, qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament, et qu'elle souhaite voir inscrit au registre;

c) une déclaration portant, à l'égard de chaque brevet, que la personne qui demande l'avis de conformité en est le propriétaire, en détient la licence exclusive ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l'inclure dans la liste;

d) la date d'expiration de la durée de chaque brevet aux termes des articles 44 ou 45 de la *Loi sur les brevets*;

e) l'adresse de la personne au Canada aux fins de signification de tout avis d'allégation visé aux alinéas 5(3)b) ou c), ou les nom et adresse au Canada d'une autre personne qui peut en recevoir signification avec le même effet que s'il s'agissait de la personne elle-même.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), la personne qui soumet une liste de brevets doit le faire au moment du dépôt de la demande d'avis de conformité.

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

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

(6) La personne qui soumet une liste de brevets doit la tenir à jour mais ne peut ajouter de brevets à une liste que si elle le fait en conformité avec le paragraphe (4).

(7) La personne qui soumet une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets aux termes des

that

(a) the information submitted is accurate; and

(b) the patents set out on the patent list or in the amendment are eligible for inclusion on the register and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed.

### Construction of the PM(NOC) Regulations

[48] The proper construction of the PM(NOC) Regulations would seem to require that they be read as a whole. In particular, neither counsel has addressed the significance of subsection 3(3). Yet it is essential to the understanding of the link between the Register and the NOC.

[49] In French, subsection 3(3) reads:

3. . .

(3) *Aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis.*

[50] It would appear difficult to reconcile that text with Lundbeck's argument that there is no necessary link between the uses claimed and the uses approved. The French "*renseignement*" is even more specific than the English "*information*". It is not a matter of the drug obtaining the NOC, and then any information regarding that drug (including unapproved claims) being entered on the Register, as Lundbeck seems to argue. It would seem possible to argue that the information in the Register must correspond to the information supplied for the NOC, which would include the use.

[51] The interpretation from the TPD and from the Minister would seem to confirm that construction. It seems that for CIPO too, it is important to find a link between a claim and the approved use (to the point of

paragraphes (1) ou (4) doit remettre une attestation portant que:

a) les renseignements fournis sont exacts;

b) les brevets mentionnés dans la liste ou dans la modification sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue visée par la demande d'avis de conformité.

### Interprétation du Règlement sur les MB(ADC)

[48] Il semble que l'interprétation correcte du Règlement sur les MB(ADC) consiste à le considérer dans son ensemble. En l'espèce, ni l'un ni l'autre des avocats ne s'est penché sur la signification du paragraphe 3(3). Pourtant, ce paragraphe est essentiel à la compréhension du lien entre le registre et l'avis de conformité.

[49] La version française du paragraphe 3(3) est ainsi libellé:

3. [. . .]

(3) *Aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 n'est consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis.*

[50] Il me semble difficile de concilier le libellé de ce paragraphe avec l'argument de Lundbeck voulant qu'il n'y ait pas nécessairement de lien entre les utilisations revendiquées et celles approuvées. Le terme «*renseignement*» de la version française est plus précis que le terme «*information*» de la version anglaise. Contrairement à ce que semble prétendre Lundbeck, il n'y est pas dit qu'une fois obtenu l'avis de conformité, tout renseignement concernant la drogue en cause (y compris les revendications non approuvées) peut être inscrit au registre. À mon avis, il est possible de soutenir que les renseignements inscrits au registre doivent correspondre aux renseignements fournis pour l'obtention de l'avis de conformité, ce qui comprendrait l'utilisation du médicament.

[51] L'interprétation de la DPT et celle du ministre semblent confirmer cette interprétation. L'OPIC semble également attacher de l'importance au lien entre la revendication et l'utilisation approuvée (au point

finding depression where none is claimed by the patent).

[52] Lundbeck argues that the only requirement relates to dosage form, strength and route of administration (paragraph 4(2)(a) and subsection 4(7)). However this fails to take into account the reading of the PM(NOC) Regulations as a whole, one of the cardinal rules of statutory interpretation.

[53] Subsection 3(3) states that the information submitted pursuant to section 4 may only be included after issuance of the NOC in respect of which the information was submitted. Subsection 4(1) provides that once the NOC has been issued, or at least applied for, a patent list may be submitted to the Minister; this patent list must be certified in accordance with subsection 4(7). Paragraph 4(2)(b) states that the patent list must set out any Canadian patent that includes a claim for the medicine or a claim for the use of the medicine that the person wishes to have included on the Register. Finally, paragraph 4(7)(b) provides that the person submitting the patent list must certify that the patents are eligible for inclusion and are relevant to the dosage form, strength and route of administration. In other words, this last requirement is not the only one, and eligibility is more than dosage form, strength and route of administration. The fact that the latter requirement is repeated twice does not negate the importance of the NOC, which under subsection 3(3) is the prerequisite for the inclusion on the Register.

[54] In the Guidance for Industry document which it publishes, the TPD explains thus the link between the NOC and the patent list:

### 3.2.1 Patent Lists With Submissions:

At the time of filing of a submission for a Notice of Compliance (NOC), the first person may submit a list of granted patents which, in the belief of the first person, contain a claim for the medicine itself or a claim for the use of the

d'estimer que la dépression était visée alors que les revendications du brevet) n'en font pas mention.

[52] Lundbeck fait valoir que la seule condition énoncée concerne la forme posologique, la concentration et la voie d'administration (l'alinéa 4(2)a) et le paragraphe 4(7)). Toutefois, cet argument ne tient pas compte de l'interprétation du Règlement sur les MB(ADC) dans son ensemble, l'une des règles fondamentales en matière d'interprétation législative.

[53] Le paragraphe 3(3) énonce qu'aucun renseignement soumis aux termes de l'article 4 ne peut être consigné au registre avant la délivrance de l'avis de conformité à l'égard duquel il a été soumis. Le paragraphe 4(1) dispose qu'une fois l'avis de conformité obtenu, ou à tout le moins demandé, il est possible de soumettre une liste de brevets au ministre; cette liste doit être accompagnée de l'attestation visée au paragraphe 4(7). Aux termes de l'alinéa 4(2)b), la liste de brevets doit indiquer tout brevet canadien qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament que la personne souhaite voir inscrit au registre. Enfin, l'alinéa 4(7)b) dispose que la personne qui soumet une liste de brevets doit remettre une attestation portant que les brevets sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration. En d'autres termes, cette dernière exigence n'est pas la seule et l'admissibilité ne dépend pas uniquement de la forme posologique, la concentration et la voie d'administration. Le fait que la dernière exigence soit énoncée en deux occasions ne diminue en rien l'importance de l'avis de conformité qui, en vertu du paragraphe 3(3), est la condition préalable à l'inscription au registre.

[54] Dans le document «Ligne directrice à l'intention de l'industrie» qu'elle a publié, la DPT explique ainsi le lien entre l'avis de conformité et la liste de brevets:

### 3.2.1 Liste de brevets soumise en même temps que la demande:

Lorsqu'elle dépose une demande d'avis de conformité, la première personne peut présenter une liste des brevets délivrés qui, selon elle, contiennent une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du

medicine and which should embody the drug in respect of which the submission for NOC has been filed.

[55] And to further explain patent eligibility for the Register, the document states at pages 5-6:

### 3.2.3 Patent Eligibility:

The *Regulations* and related jurisprudence determine the factors which are to be considered in adding (or removing) patents to the Patent Register.

A patent will be eligible where it is relevant to the drug as described by the dosage form, strength, and route of administration. In general, the factors for determining the eligibility of a patent are:

the patent must contain a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine. For purposes of this determination “the medicine” is as described in the related drug submission for which a Notice of Compliance is issued; [Emphasis added.]

### Caselaw

[56] This is the first case to my knowledge where the issue concerns a claim to the use of the medicine. However, the issue of the link between the NOC and the patent list, which is at the core of this case, has been brought up in regards to the claim to the medicine itself, in two key decisions, *Warner-Lambert Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.); and *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.). Given the similarity of the wording in paragraph 4(2)(b)—a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine—I believe that these decisions apply to the present case and that I am bound by the decision of the Federal Court of Appeal.

[57] In *Warner-Lambert*, the Minister had decided not to add patent lists related to two patents, and to remove the patent lists already on the Register for those same two patents because the patented composition of the drug had not been issued a NOC; rather an NOC had been

médicament et qui devrait couvrir la drogue à l'égard de laquelle la demande d'avis de conformité a été déposée.

[55] La question de l'admissibilité des brevets au registre y est également expliquée plus amplement aux pages 5 et 6:

### 3.2.3 Admissibilité des brevets:

Le *Règlement* et la jurisprudence connexe décrivent les facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si des brevets doivent être ajoutés au registre ou en être supprimés.

Un brevet sera jugé admissible s'il est en rapport avec la drogue décrite en fonction de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration. En général, les facteurs déterminant l'admissibilité d'un brevet sont les suivants:

le brevet doit comporter une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament. Aux fins de cette détermination, «le médicament» est conforme à la description qui a été faite dans la présentation de drogue connexe pour laquelle l'avis de conformité est délivré; [Non souligné dans l'original.]

### Jurisprudence

[56] À ma connaissance, il s'agit de la première affaire où la question en litige porte sur une revendication concernant l'utilisation d'un médicament. Cependant, la question du lien entre l'avis de conformité et la liste de brevets, qui est au cœur de la présente instance, a été soulevée relativement à la revendication pour le médicament en soi dans deux décisions clés, *Warner-Lambert Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 12 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.). Compte tenu de la similarité du libellé de l'alinéa 4(2)b)—une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament—j'estime que ces décisions s'appliquent en l'espèce et que je suis lié par la décision de la Cour d'appel fédérale.

[57] Dans *Warner-Lambert*, le ministre a décidé de ne pas ajouter les listes de brevets concernant deux brevets et de supprimer les listes de brevets déjà inscrites au registre pour ces deux mêmes médicaments parce que la composition des matières brevetées de la drogue n'avait

issued for a drug containing the same medicine as the one contained in the drug for which the patent was listed. The drug in respect of which the NOC had issued contained the medicinal ingredient quinapril hydrochloride. The first patent was directed to a pharmaceutical composition containing that medicine and an ascorbic acid containing stabilizer; the second patent was directed to a composition containing the medicine and an ascorbic acid and/or sodium ascorbate. The two drugs for which the NOC had issued contained neither an ascorbic acid containing stabilizer nor an ascorbic acid and/or sodium ascorbate. Pinard J. came to the conclusion that because the drugs which had received approval through the NOC were not produced according to the patents, there was no reason to include the patents on the Register, and the Minister had been justified in his decision not to add the new patent lists and to remove those already there [at paragraphs 17-19]:

To me, the language of subsections 4(1), (2) and (7) of the Regulations is clear: for a patent set out on a patent list to be eligible for inclusion on the register, it must be relevant to a drug for which a submission for a notice of compliance has been filed. This requirement obviously contributes to ensuring a "product-specific" patent list, which is an objective clearly stated in the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the amendments to section 4 of the Regulations in 1998:

Patentees are required to certify that the patents submitted on the list for a drug are relevant to that particular version of the drug. This will ensure that patents that do not apply to the particular version of the drug will not impede the generic's market entry.

In the case at bar, the evidence shows that the '023 and '024 patents contain claims for pharmaceutical compositions which are considered, within the meaning of the Regulations, drugs that contain claims for a medicine (see *Hoffman-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); aff'd (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (F.C.A.); application for leave to appeal to Supreme Court of Canada denied [1996] S.C.C.A. No. 65 (S.C.C.) (QL)).

pas fait l'objet d'un avis de conformité; un avis de conformité avait plutôt été délivré pour un médicament contenant le même ingrédient médicamenteux que celui de la drogue dont le brevet a été inscrit. La drogue pour laquelle l'avis de conformité avait été délivré contenait un ingrédient médicamenteux appelé chlorhydrate de quinapril. Le premier brevet portait sur la formulation pharmaceutique contenant le médicament et un stabilisant à l'acide ascorbique; le second brevet portait sur la formulation pharmaceutique contenant le médicament et un acide ascorbique et/ou un ascorbate de sodium. Les deux drogues à l'égard desquelles l'avis de conformité a été délivré ne contenaient ni le stabilisant à l'acide ascorbique ni l'acide ascorbique et/ou l'ascorbate de sodium. Le juge Pinard a conclu que, parce que les drogues approuvées par l'avis de conformité n'avaient pas été présentées conformément aux brevets, il n'était pas justifié d'inscrire les brevets au registre et que le ministre a eu raison de refuser d'ajouter les nouvelles listes de brevets et de supprimer celles qui y étaient déjà inscrites [aux paragraphes 17 à 19]:

Selon moi, les paragraphes 4(1), (2) et (7) du Règlement sont clairs: pour qu'un brevet compris dans une liste de brevets soit admissible à l'inclusion dans le registre, il doit s'appliquer à un médicament pour lequel une demande d'avis de conformité a été déposée. Cette exigence contribue d'une manière évidente à s'assurer qu'une liste de brevets est «spécifique d'un produit», qui est un objectif clairement décrit dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation accompagnant les modifications apportées à l'article 4 du Règlement en 1998:

Les titulaires de brevets doivent certifier que les brevets répertoriés sur la liste correspondant à un médicament se rapportent au médicament en question, afin d'éviter que des brevets visant d'autres versions du médicament empêchent de commercialiser la version générique.

Dans la présente affaire, la preuve montre que les brevets '023 et '024 renferment des revendications relatives à des formulations pharmaceutiques qui sont considérées, au sens du Règlement, comme des médicaments faisant état d'un ingrédient médicamenteux (voir *Hoffman-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); confirmé (1995), 67 C.P.R. (3d) 25 (C.A.F.); requête en autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée [1996] C.S.C. n° 65 (C.S.C.) (QL)).

However, the evidence also shows that the specific drugs covered by the '023 and '024 patents have never been the subject of a drug submission (NOC) under the Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, as amended. Further, the evidence shows that the ACCUPRIL and ACCURETIC drug products for which drug submissions have been filed and approved by the Minister do not contain an ascorbic acid containing stabilizer, ascorbic acid or sodium ascorbate, which are the stabilizers found in the pharmaceutical compositions covered by the '023 and '024 patents. As such, the later patents are not relevant to the drug products for which a submission for a notice of compliance has been filed. As a result, they do not meet the eligibility requirements contained in subsections 4(1), (2) and (7) of the Regulations. Consequently, it was correct for the Minister to conclude that the '023 and '024 patents were ineligible for inclusion on the register. [Emphasis added.]

[58] In the *Eli Lilly* case, *supra*, however, Sharlow J.A., writing for the majority, ruled that there was no necessary link between the NOC and the patent list, beyond the requirements of section 4. Specifically, the "relevance" argument to which the Minister had referred and which had been the deciding factor in the *Warner-Lambert*, *supra*, decision had been given too broad an interpretation by Justice Pinard. The facts in *Eli Lilly*, according to Justice Sharlow, were "not distinguishable" from the facts in *Warner-Lambert*. At paragraph 32, she writes:

A review of the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement as a whole indicates that the passage cited in *Warner Lambert* [above] refers specifically to paragraph 4(7)(b) of the PM(NOC) Regulations. From that I infer that the "relevance" mentioned in the quoted passage from the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement relates to the new requirement for a certification of relevance as to dosage form, strength and route of administration. If that is so, then the desired "product specific patent list" will be achieved by ensuring compliance with paragraph 4(7)(b). I am not persuaded that the quoted passage has the broader significance for which the Minister has argued.

[59] And again, at paragraph 34, after quoting subsections 4(1) and (7) of the PM(NOC) Regulations:

I am unable to read those words as the Minister argues they should be read. Subsection 4(1) addresses the question of who may submit a patent list, not the permitted contents of the

Toutefois, la preuve montre également que les médicaments spécifiques visés par les brevets '023 et '024 n'ont jamais fait l'objet d'une demande d'avis de conformité en vertu du Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., c. 870, et ses modifications. De plus, la preuve montre que les produits médicamenteux ACCUPRIL et ACCURETIC, pour lesquels des présentations de drogue ont été soumises et approuvées par le Ministre, ne contiennent ni stabilisant à l'acide ascorbique, ni acide ascorbique ou ascorbate de sodium, qui sont les stabilisants contenus dans les formulations visées par les brevets '023 et '024. Par conséquent, ces brevets ne correspondent pas aux produits médicamenteux pour lesquels le fabricant a soumis une demande d'avis de conformité. En conséquence, ils ne sont pas conformes aux exigences d'admissibilité décrites aux paragraphes 4(1), (2) et (7) du Règlement. Le Ministre était donc fondé de refuser d'ajouter les brevets '023 et '024 au registre. [Non souligné dans l'original.]

[58] Toutefois, dans la décision *Eli Lilly*, précitée, le juge Sharlow, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a estimé qu'il n'y avait pas nécessairement de rapport entre l'avis de conformité et la liste de brevets au-delà des exigences de l'article 4. Plus précisément, selon elle, l'argument de la «pertinence» que le ministre avait invoqué et qui avait constitué le facteur déterminant de la décision *Warner-Lambert*, précitée, a été interprété de façon trop libérale par le juge Pinard. Selon le juge Sharlow, on ne peut établir de distinction entre les faits de l'affaire *Eli Lilly* et ceux de l'affaire *Warner-Lambert*. Elle a écrit ce qui suit au paragraphe 32:

De l'examen du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de 1998 dans son ensemble, il ressort que l'extrait cité dans la décision *Warner-Lambert* renvoie spécifiquement à l'alinéa 4(7)b) du Règlement sur les MB(ADC). J'en déduis que la «pertinence» dont fait mention cet extrait se rapporte à la nouvelle exigence d'une attestation de la pertinence quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration. Si c'est le cas, on obtiendra la liste de brevets «spécifique d'un produit» que l'on recherche en respectant la conformité à l'alinéa 4(7)b). Je ne suis pas persuadée que l'extrait cité ait la portée plus large plaidée par le ministre.

[59] Puis, au paragraphe 34, après avoir cité les paragraphes 4(1) et (7) du Règlement sur les MB(ADC):

Je n'arrive pas à interpréter ces formulations de la manière préconisée dans l'argumentation du ministre. Le paragraphe 4(1) détermine les personnes qui peuvent présenter une liste de

patent list. Similarly, the emphasized words in subsection 4(7)(b) do not describe any relationship between the drug named in the notice of compliance and the patents that may be included on the patent list. Rather, “the drug in respect of which the submission for a notice of compliance has been filed” is, simply, Tazidime.

[60] Claim construction principles are of little assistance here, since the issue raised by Genpharm is whether a patent with claims to unapproved uses can be listed. There is no dispute as to the fact that (a) Lundbeck has been issued a NOC for Celexa for the “symptomatic relief of depressive illness”, (b) the approved use is an old use which cannot be protected by patent, and (c) no NOC has issued for the patented uses of Celexa.

[61] The patent list has not been removed at Genpharm’s request, not because, according to the evidence, there is no need to link the NOC and the patent list, but because, precisely, there exists a link, according to the CIPO: one of the claims for the use of the medicine includes the approved use of Celexa, i.e. depression.

[62] Mr. Freed’s opinion in Lundbeck’s hands is a double-edged sword—either the use is approved, and not patentable because it is an old use, or it is patentable because it is a new use, in which case it is not approved; no NOC would issue for this use to a generic manufacturer, and infringement is unlikely. Lundbeck argues that the depression covered by the new use is somehow different from the depression covered by the NOC, which could give rise to an infringement. This becomes a question of fact, related to the prohibition order, and is dealt with in the T-122-02 proceedings.

[63] One can imagine that there could be a new use protected by an NOC, in which case Genpharm would be properly prohibited from infringing. In that case, there would be a correspondence between the NOC and the patent list, which is the basis of Genpharm’s argument

brevets, non ce que peut contenir une liste de brevets. De même, les mots soulignés de l’alinéa 4(7)b) ne décrivent pas une relation entre la drogue désignée dans l’avis de conformité et les brevets qui peuvent être inclus dans la liste de brevets. Plutôt «la drogue visée par la demande d’avis de conformité» est simplement Tazidime.

[60] Les principes d’interprétation des revendications nous sont de peu d’utilité en l’espèce puisque la question soulevée par Genpharm consiste à déterminer s’il est possible d’inscrire un brevet dont les revendications d’utilisation n’ont pas été approuvées. Les faits suivants ne sont pas contestés: a) Lundbeck a obtenu un avis de conformité pour le Celexa concernant le traitement symptomatique de la dépression; b) l’utilisation approuvée est un usage établi qui ne peut pas être protégé par brevet; et c) aucun avis de conformité n’a été délivré à l’égard des utilisations brevetées du Celexa.

[61] Selon la preuve, le refus de supprimer la liste de brevets ainsi que le demandait Genpharm était fondé non pas sur l’absence de lien entre l’avis de conformité et la liste de brevets, mais plutôt sur le lien dont l’OPIC allègue l’existence: l’une des revendications pour l’utilisation du médicament comprend l’utilisation approuvée du Celexa concernant la dépression.

[62] L’avis de M. Freed que Lundbeck invoque une arme à double tranchant—soit l’utilisation est approuvée et ne peut être brevetée pour cette raison parce qu’il s’agit d’une utilisation déjà établie, soit elle est brevetable parce qu’il s’agit d’une nouvelle utilisation auquel cas, comme elle n’a pas été approuvée, aucun avis de conformité ne pourrait être délivré pour cette utilisation à un fabricant de médicament générique, et la contrefaçon est improbable. Lundbeck allègue que la dépression visée par la nouvelle utilisation est une forme quelque peu différente de la dépression visée par l’avis de conformité qui pourrait donner lieu à une contrefaçon. Cela devient alors une question de fait concernant l’ordonnance d’interdiction et cette question est traitée dans le dossier T-122-02.

[63] On peut imaginer qu’une nouvelle utilisation soit protégée par un avis de conformité, auquel cas il serait, à bon droit, interdit à Genpharm de contrefaire cette utilisation. Dans ces circonstances, il y aurait correspondance entre l’avis de conformité et la liste de



here that the '368 patent is not properly listed, because there is no such correspondence. The fact is that the infringement issue can be approached in two ways. Either the patent is delisted so that there is no need for the generic manufacturer to allege non-infringement under section 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the PM(NOC) Regulations, or non-infringement is alleged in regards to the claims in the patent list. I have come to the conclusion, for the reasons below, that the proper forum is the allegation of non-infringement. First, the direction given by the Federal Court of Appeal makes the delisting problematic. Second, as argued by the Crown respondent and supported by the *Apotex* decision, *supra*, the PM(NOC) Regulations offer a full and complete remedy to the problem.

[64] Many arguments have been put forth by the applicant as to why a patent list unrelated to the NOC should not be eligible for the Register. I find these arguments rather compelling. As well, judging from the guidance document and the Regulatory Impact Analysis Statement, as well as the position which the Crown respondent has taken in this case and the position of the Minister in *Warner-Lambert, supra*, and *Eli Lilly, supra*, it appears that the applicant's position is based on more than simply its own interpretation of the PM(NOC) Regulations.

[65] However, the Federal Court of Appeal in *Eli Lilly* has clearly stated that the issue of relevance is to be defined strictly in terms of the explicit requirements of the PM(NOC) Regulations [at paragraphs 19, 21 and 22]:

The Minister, in exercising the authority under subsection 3(1), must consider whether the patent list meets the requirements of subsections 3(3), 4(1), 4(2) and 4(7) of the PM(NOC) Regulations.

...

Subsection 3(3) is intended to ensure that the Minister does not give effect to a patent list submitted in relation to a

brevets, alors qu'en l'espèce Genpharm allègue que le brevet '368 a été inscrit par erreur parce qu'il n'y a pas de telle correspondance. La question de la contrefaçon peut être abordée de deux façons: soit le brevet est supprimé de la liste pour que le fabricant de médicament générique n'ait pas à alléguer l'absence de contrefaçon conformément à l'article 5 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement sur les MB(ADC), soit la personne doit inclure une allégation d'absence de contrefaçon portant sur les revendications inscrites à la liste de brevets. Pour les motifs exposés ci-après, je suis arrivé à la conclusion que la voie appropriée est l'allégation d'absence de contrefaçon. Premièrement, l'orientation établie par la Cour d'appel fédérale rend la radiation de brevets problématique. Deuxièmement, comme l'a fait valoir la Couronne en défense en se fondant sur la décision *Apotex*, précitée, le Règlement sur les MB(ADC) prévoit des mesures de réparation complètes pour ce problème.

[64] La demanderesse a fait valoir plusieurs arguments pour expliquer pourquoi une liste de brevets non conforme à l'avis de conformité ne pourrait être admissible au registre. J'estime ces arguments plutôt convaincants. De plus, compte tenu du document d'orientation, du résumé analytique de la question, de la position adoptée en défense par la Couronne dans la présente instance et de la position du ministre dans la décision *Warner-Lambert*, précitée, ainsi que dans la décision *Eli Lilly*, précitée, il appert que la position de la demanderesse soit fondée sur davantage que sa propre interprétation du Règlement sur les MB(ADC).

[65] Toutefois, la Cour d'appel fédérale a clairement indiqué dans la décision *Eli Lilly* que la question de la pertinence doit être définie strictement en ce qui concerne les exigences explicites du Règlement sur les MB(ADC) [aux paragraphes 19, 21 et 22]:

Le ministre, dans l'exercice du pouvoir prévu au paragraphe 3(1), doit examiner si la liste de brevets est conforme aux exigences des paragraphes 3(3), 4(1), 4(2) et 4(7) du Règlement sur les MB(ADC).

[. . .]

Le paragraphe 3(3) vise à éviter que le ministre ne donne suite à une liste de brevets soumise à l'égard d'un produit

particular drug product until a notice of compliance has been issued for that product. . . .

Subsection 4(1) tells the Minister who is entitled to file a patent list. That entitlement is given to a person who files or has filed a new drug submission to obtain a notice of compliance in respect of a “drug that contains a medicine”, or a person who has been issued a notice of compliance in respect of a “drug that contains a medicine”.

[66] The decision applies the requirements of subsections 3(3), 4(1), 4(2) and 4(7) of the PM(NOC) Regulations and concludes that they have been met. The respondent argues that the same applies here, and on a strict interpretation of the provisions, reading them in isolation, I would tend to agree with the respondent.

[67] A NOC was issued for the drug Celexa (subsection 3(3)).

[68] The respondent is a person who has been issued a NOC in respect of a drug (Celexa) that contains a medicine (citalopram), and may therefore submit a patent list certified in accordance with subsection 4(7) in respect of the drug (subsection 4(1)).

[69] The patent list submitted in respect of the drug indicates the dosage form, strength and route of administration of the drug; the patent contains a claim for the use of the medicine (subsection 4(2)).

[70] The person who has submitted the patent list has certified that the information submitted is accurate, that the patents are eligible for inclusion and are relevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission for a NOC has been filed (subsection 4(7)).

[71] In *Eli Lilly, supra*, the majority concludes thus as to the inclusion of the patent on the Register [at paragraph 29]:

Based on the foregoing ordinary and grammatical reading of the PM(NOC) Regulations, the '969 patent should be eligible for inclusion on the patent lists for Tazidime. That is

pharmaceutique particulier avant qu'un avis de conformité n'ait été délivré à l'égard du produit. [. . .]

Le paragraphe 4(1) indique au ministre qui a le droit de déposer une liste de brevets. Ce droit est accordé à la personne qui dépose ou a déposé une présentation de drogue nouvelle en vue d'obtenir un avis de conformité à l'égard d'une «drogue contenant un médicament» ou à la personne qui a obtenu un tel avis.

[66] Les conditions énoncées aux paragraphes 3(3), 4(1), 4(2) et 4(7) du Règlement sur les MB(ADC) ont été examinées dans la décision et on a conclu qu'il y avait été satisfait. Le défendeur allègue que ces mêmes conditions s'appliquent en l'espèce et, après une interprétation stricte des dispositions, en les examinant isolément, je suis porté à partager son avis.

[67] Un avis de conformité a été délivré pour la drogue appelée Celexa (paragraphe 3(3)).

[68] La défenderesse est une personne qui a obtenu un avis de conformité pour une drogue (le Celexa) contenant un médicament (le citalopram) et peut, par conséquent, soumettre une liste de brevets à l'égard de la drogue, accompagnée de l'attestation visée au paragraphe 4(7) (paragraphe 4(1)).

[69] La liste de brevets au sujet de la drogue doit contenir la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue; le brevet comporte une revendication pour l'utilisation du médicament (paragraphe 4(2)).

[70] La personne qui soumet une liste de brevets doit avoir remis une attestation portant que les renseignements fournis sont exacts, les brevets sont admissibles à l'inscription au registre et sont pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue visée par la demande d'avis de conformité (paragraphe 4(7)).

[71] Dans *Eli Lilly*, précité, les juges majoritaires sont arrivés à la conclusion suivante en ce qui concerne l'inscription du brevet au registre [au paragraphe 29]:

Sur le fondement de l'interprétation qui précède selon le sens ordinaire et grammatical du Règlement sur les MB(ADC), le brevet '969 devrait pouvoir être inclus dans les listes de

the interpretation that should be adopted unless the words of the PM(NOC) Regulations can reasonably bear a different meaning that would accord better with the purpose of the PM(NOC) Regulations.

[72] This strict interpretation, states the majority ruling, is in accordance with the intent of the PM(NOC) Regulations, which is the protection of patent.

[73] In a strongly-worded dissent, Isaac J.A. concludes (at paragraph 51) “contrary to what my colleague has asserted, . . . the requirements of subsection 3(3) have not been met”.

[74] Isaac J.A. disagrees with Sharlow J.A. (at paragraph 52) “that because the appellant has been issued a notice of compliance in respect of Tazidime, that contains a ceftazidime, it is permitted to submit a patent list in respect of the drug Tazidime”. The “medicine itself”, according to Isaac J.A., cannot be ceftazidime, which alone would not correspond to the definition of “medicine” (ceftazidime on its own is toxic). The claim to the medicine itself, protected by the patent list, must be for the patented formula, itself a medicine under the definition. The problem is that no NOC has issued for the patented version, and therefore the drug covered by the NOC is not the same as the drug covered by the patent list, so that the condition set by subsection 3(3) is not fulfilled.

[75] In addition, Isaac J.A. disagrees with Sharlow J.A. when she states that the Regulatory Impact Analysis Statement [at paragraph 33] “can do no more than explain in very general terms the objective of the Regulations to which they relate” and cites three decisions where the Regulatory Impact Analysis Statement was used to interpret the accompanying PM(NOC) Regulations (*RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at page 353; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at page 139; *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), at page 296). In her reasons, Sharlow J.A. dismissed the Regulatory Impact Analysis Statement, and interpreted the PM(NOC) Regulations only as a means to protect patentees’ rights.

brevets pour Tazidime. C’est l’interprétation qu’il y a lieu d’adopter à moins qu’on puisse raisonnablement prêter au texte du Règlement sur les MB(ADC) une signification différente qui s’accorderait mieux avec l’objet du Règlement.

[72] Les juges majoritaires indiquent dans leurs motifs que cette interprétation stricte est conforme à l’intention du Règlement sur les MB(ADC), soit la protection des brevets.

[73] Dans l’énoncé de ses motifs fortement dissidents, le juge Isaac a affirmé (au paragraphe 51): «contrairement à ce qu’a affirmé ma collègue, qu’il n’a pas été satisfait aux exigences du paragraphe 3(3)».

[74] Le juge Isaac affirme ne pas être d’accord avec le juge Sharlow (au paragraphe 52) «que du fait que l’appelante a obtenu un avis de conformité à l’égard de Tazidime, laquelle contient de la ceftazidime, il lui est permis de soumettre une liste de brevets à l’égard de la drogue Tazidime». À son avis, le «médicament en soi» ne peut être de la ceftazidime qui, employée seule, ne correspond pas à la définition de «médicament» (la ceftazidime est toxique en soi). La revendication pour le médicament en soi, protégée par la liste de brevets, doit porter sur la formule brevetée qui constitue un médicament en soi conformément à la définition. Le problème est qu’aucun avis de conformité n’a été délivré pour la version brevetée et que, par conséquent, la drogue visée par l’avis de conformité n’est pas la même que la drogue visée par la liste de brevets, donc la condition énoncée au paragraphe 3(3) n’est pas remplie.

[75] De plus, le juge Isaac n’est pas d’accord avec la juge Sharlow lorsque celle-ci affirme que le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation [au paragraphe 33] «se limite à expliquer en termes très généraux l’objectif du règlement auquel il se rapporte» et cite trois décisions où le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation a servi de fondement pour l’interprétation du Règlement sur les MB(ADC) (*RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 353; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, à la page 139; *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (C.A.F.), à la page 296). Dans ses motifs, la juge Sharlow a rejeté le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation et a interprété le Règlement sur les MB(ADC) uniquement à titre de

Isaac J.A. writes (at paragraph 73):

In accepting, in paragraphs 34 and 35 of her reasons, that the sole purpose of the PM(NOC) Regulations is to prevent patent infringement, my colleague gives no weight to the following statement, contained in the 1998 Regulatory Impact Analysis Statement . . . that accompanied the amended PM(NOC) Regulations, which demonstrates its dual purpose:

The link between the patent status of a drug and approval for a generic version of the drug is being maintained, to provide effective enforcement of patent rights, while at the same time ensuring that generic drugs can enter the market as soon as possible; either as soon as it is determined that they are not covered by a patent, or, where they are covered by a patent, immediately after the expiry of the patent. . . .

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

[76] The Federal Court of Appeal has not yet rendered a decision on the exact issue in this case, whether “a claim to the use of the medicine” referred to in paragraph 4(2)(b) of the PM(NOC) Regulations must be related to the uses approved by Health Canada in the NOC procedure. Logic would seem to dictate that such should be the case; the *Eli Lilly* decision *supra*, appears to indicate the opposite approach.

[77] For now, I believe that I am bound by the *Eli Lilly* decision, and that I must rule that the necessary requirements for inclusion on the Register are fulfilled and allow Lundbeck to list the ‘368 patent for the product Celexa. No doubt clearer language in the PM(NOC) Regulations would go a long way to dispel the fog we find ourselves in, and prevent the abundant litigation which is sure to continue as long as the ambiguity remains.

(2) The appropriate remedy

[78] Even if in this case it has been decided that the patent is eligible to be listed, the issue of what would

moyen de protéger les droits des détenteurs de brevets. Le juge Isaac a dit (au paragraphe 73):

En acceptant, aux paragraphes 34 et 35 de ses motifs, que le seul objet du Règlement sur les MB(ADC) est de prévenir la contrefaçon de brevets, ma collègue n'accorde pas de poids à la déclaration suivante, contenue dans le Résumé de l'étude d'impact de la Réglementation de 1998 [. . .] qui accompagnait le Règlement sur les MB(ADC) modifié, démontrant son double objet:

Le lien entre le statut du brevet protégeant un médicament et l'approbation d'une version générique de ce médicament est maintenu afin de faire respecter véritablement les droits conférés par les brevets, tout en assurant que les médicaments génériques puissent être commercialisés aussitôt que possible, soit dès qu'il est déterminé qu'ils ne sont couverts par aucun brevet, soit, s'ils sont couverts par un brevet, immédiatement après l'expiration de celui-ci. [. . .]

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

[76] La Cour d'appel fédérale n'a pas encore rendu de décision dans un dossier portant sur la même question que celle de la présente instance, soit de déterminer si «une revendication pour l'utilisation du médicament», selon les termes de l'alinéa 4(2)b) du Règlement sur les MB(ADC), doit porter sur les utilisations approuvées par Santé Canada dans l'avis de conformité. La logique semble imposer une telle interprétation; alors que la décision *Eli Lilly*, précitée, semble indiquer l'approche contraire.

[77] Pour l'instant, j'estime être lié par la décision *Eli Lilly*, j'estime devoir conclure que les conditions nécessaires pour l'inscription au registre sont remplies et devoir permettre à Lundbeck d'inscrire le brevet '368 pour le médicament Celexa. Il est manifeste que le Règlement sur les MB(ADC) gagnerait à être formulé plus clairement pour nous venir en aide et prévenir de nombreux litiges qui continueront à survenir tant que l'ambiguïté subsistera.

2) La réparation appropriée

[78] Même si, en l'espèce, il a été tranché que le brevet pouvait être inscrit au registre, la question de

constitute the proper relief had the decision gone otherwise must be put to rest. In particular, can the Court order the Minister to add a patent list to or delete it from the Register? Is declaratory relief available as a remedy in such an instance? In the alternative, can the Court enjoin the Minister to make a decision, based on proper procedures, following the TPD's undertaking to review the decision not to remove the patent list from the Register? Here we find clear guidance in a decision of the Federal Court of Appeal, *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 181 D.L.R. (4th) 404.

(i) Can the Court order the Minister to add a patent list or delete it from the Register?

[79] In *Apotex*, the appellants argued that since process claims were not eligible for inclusion on the Register, as decided in *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 501 (F.C.A.), the Minister was under a duty to refuse to add or to delete such patents from the Register. The Court answered the argument thus, at paragraphs 11 and 12:

The Minister is under a mandatory duty under subsection 3(1) to maintain the Register. However, by reason of the term "may refuse to add or may delete" in subsection 3(1), the Minister's authority to refuse to add or to delete a patent is discretionary. It is clear that the Governor in Council did not impose a mandatory duty on the Minister under subsection 3(1) to refuse to add or to delete patents. The Minister says this was because of the *prima facie* obligation placed on him under subsection 3(1) to maintain a Register of information submitted under subsection 4(1), i.e. a patent list submitted under subsection 4(1). Whether or not a patent was eligible for inclusion on the Register could, in some cases, be difficult to determine and the Minister was thought by the Governor in Council to require flexibility in dealing with when and whether he should refuse to add or to delete such patents. Without addressing, at this point, the validity of the Minister's argument, it is clear that the Minister's authority to refuse to add or to delete patents from the Register under subsection 3(1) is discretionary.

savoir quelle aurait été la réparation appropriée s'il en avait été autrement doit être réglée. Particulièrement, la Cour peut-elle ordonner au ministre d'ajouter une liste de brevets au registre ou de supprimer une liste de brevets? Est-il possible d'ordonner des mesures de redressement déclaratoires dans le cadre d'une telle instance? Subsidiairement, la Cour peut-elle enjoindre au ministre de prendre une décision, en se basant sur les principes appropriés, conformément à l'engagement de la DPT de réexaminer la décision de ne pas supprimer la liste de brevets du registre? La décision suivante de la Cour d'appel fédérale fournit des directives claires: *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 181 O.L.R. (4th) 404.

i) La Cour peut-elle ordonner au ministre d'ajouter une liste de brevets au registre ou d'en supprimer une?

[79] Dans *Apotex*, les appelantes ont soutenu que, puisque les revendications relatives aux procédés ne pouvaient être inscrites au registre, le ministre avait le devoir de refuser d'ajouter ou de supprimer de tels brevets comme il a été décidé dans l'affaire *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 501 (C.A.F.). La Cour a répondu ainsi à cet argument aux paragraphes 11 et 12:

Le paragraphe 3(1) impose au ministre l'obligation de tenir le registre. Toutefois, compte tenu des mots «peut refuser d'y ajouter ou en supprimer» figurant au paragraphe 3(1), le pouvoir que possède le ministre de refuser d'ajouter ou de supprimer un brevet est de nature discrétionnaire. Il est clair que le gouverneur en conseil n'a pas imposé au ministre l'obligation, en vertu du paragraphe 3(1), de refuser d'ajouter ou de supprimer un brevet. Le ministre affirme que c'était à cause de l'obligation *prima facie* qui lui était imposée aux termes du paragraphe 3(1) en vertu duquel il devait tenir un registre des renseignements fournis aux termes du paragraphe 4(1), à savoir une liste de brevets soumise aux termes du paragraphe 4(1). Il pouvait dans certains cas être difficile de déterminer si un brevet était admissible à l'inscription au registre; le gouverneur en conseil croyait que le ministre devait faire preuve d'une certaine souplesse en déterminant dans quelles circonstances il devait refuser d'ajouter ou supprimer pareils brevets et s'il devait refuser de le faire. Sans statuer à ce stade sur le bien-fondé de l'argument du ministre, il est clair que le pouvoir que possède le ministre de refuser d'ajouter au registre ou supprimer du registre des brevets aux termes du paragraphe 3(1) est de nature discrétionnaire.

There being no mandatory duty on the Minister to refuse to add or to delete patents from the Register under subsection 3(1), there is no basis for the *mandamus*, injunctive or declaratory relief as sought by the appellants.

[80] In *Apotex Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (F.C.T.D.), Gibson J. reviewed the conditions under which relief in the nature of *mandamus* is available. The fifth condition relates to the fact that there is no other remedy. Gibson J. wrote the following in a passage that applies equally well to the case at bar (at paragraph 34):

I note the fifth condition cited above, that no other adequate remedy is available to the applicant. The applicants herein are concerned about the potential delay in their market entry in respect of generic versions of drugs by otherwise unnecessary prohibition proceedings in respect of patents on the Register, but not eligible for inclusion on, the Register. In my view, this is a valid and justiciable concern which is more properly raised in prohibition proceedings themselves and in relation to which provisions for summary dismissals and costs awards with regard to patents improperly included on the Register have recently been added to the Regulations. The applicants therefore have alternative remedies that I conclude are "adequate".

(ii) Can the Court enjoin the Minister to decide on proper principles?

[81] The applicant in the present case cites two cases, *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; and *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33 (T.D.), to argue that the Minister has a duty to act and cannot delegate that responsibility. In this instance, the TPD wrote a letter to the applicant to state that it would reconsider the decision of not deleting patent '368 once the opinion of CIPO was received. The applicant argues that the failure to act on this promise is a denial of procedural fairness.

[82] In the *Apotex* decision [F.C.A.], there was a question as to (at paragraph 13) "whether the Minister

Puisque le ministre n'est pas tenu de refuser d'ajouter un brevet au registre ou de supprimer un brevet du registre aux termes du paragraphe 3(1), rien ne permet d'accorder le bref de *mandamus*, l'injonction ou le jugement déclaratoire sollicités par les appelantes.

[80] Dans *Apotex Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, (1998), 82 C.P.R. (3d) 68 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Gibson a examiné les conditions en vertu desquelles le *mandamus* peut être ordonné. La cinquième condition se rapporte au fait qu'on ne peut recourir à aucune autre réparation. Voici un extrait des motifs de sa décision qui s'applique tout autant en l'espèce (au paragraphe 34):

Je cite la cinquième condition précitée, à savoir que le demandeur n'a aucun autre recours. En l'espèce, les demandereses sont préoccupées par un éventuel retard dans le lancement sur le marché de versions génériques de médicaments en raison d'instances en interdiction par ailleurs inutiles introduites relativement à des brevets qui sont effectivement inscrits au registre, mais qui n'avaient pas le droit d'y être. À mon sens, il s'agit là d'une préoccupation légitime qui peut être débattue en justice, mais qui pourrait plus régulièrement être soulevée dans le cadre d'une instance en interdiction. D'ailleurs, des dispositions viennent récemment d'être ajoutées au Règlement au sujet du rejet sommaire et de la condamnation aux dépens dans le cas des brevets irrégulièrement inscrits au registre. Les demandereses disposent donc d'autres recours que je juge «suffisants».

ii) La Cour peut-elle enjoindre au ministre de prendre une décision en se basant sur les principes appropriés?

[81] La demanderesse en l'espèce cite deux décisions, *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; et *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33 (1<sup>re</sup> inst.), pour étayer son argument que le ministre a l'obligation d'agir et ne peut déléguer cette responsabilité. Dans la présente instance, la DPT a écrit à la demanderesse pour lui dire qu'elle réexaminerait sa décision de ne pas supprimer le brevet '368 lorsqu'elle recevrait l'avis de l'OPIC. La demanderesse allègue que le manquement à sa promesse constitue un déni d'équité procédurale.

[82] Dans la décision *Apotex* [C.A.F.], il a été question de savoir (au paragraphe 13) «si le ministre

was unlawfully exercising or declining to exercise his discretion to refuse to add or to delete patents from the Register. Arguably, *mandamus*, injunctive or even declaratory relief might be available in such circumstances.”

[83] Although in this case there is the additional factor of the “undertaking”, I do not believe that such an undertaking by the TPD alters the legal duty of the Minister by transforming his discretionary power into a duty to act. As stated in *Baker, supra*, although discretionary decisions must be made within the bounds of *jurisdiction conferred by statute, the courts must afford considerable deference to discretionary decision-makers. The Minister “may consult with officers or employees of the Patent Office”; he is under no obligation to do so. The fact that the TPD states that the decision will be reviewed once CIPO has given its advice does not force the Minister to act in any haste, especially since in these proceedings, contrary to what was the case in the decisions cited by the applicant, Baker and Conille, other remedies are available.*

[84] I believe that even if patent ‘368 was ineligible for the Patent Register, the “alternative remedies” Gibson J. refers to in *Apotex* [F.C.T.D.] would be sufficient to resolve the case at bar.

(iii) Remedies offered by the PM(NOC) Regulations

[85] In the *Apotex* (F.C.A.) decision, *supra*, the Court stated that there exists relief in the case where a generic manufacturer is prejudiced by the inclusion of ineligible patents on the Register. Specifically, with the amendments enacted in 1998, paragraph 6(5)(a) allows the Court to dismiss the application where it is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the Register. Moreover, subsection 6(10) provides that one of the factors which the Court may take into account in making an order as to costs is, at paragraph 6(10)(b) “the inclusion on the certified patent list of a patent that

exercerait illégalement son pouvoir discrétionnaire ou refusait illégalement d’exercer son pouvoir discrétionnaire en refusant d’ajouter un brevet au registre ou en supprimant un brevet du registre. Il serait possible de soutenir qu’un bref de *mandamus*, une injonction ou même un jugement déclaratoire pourraient être accordés en pareil cas».

[83] À mon avis, bien qu’il y ait en l’espèce le facteur additionnel de «l’engagement», j’estime que cet engagement de la DPT ne transforme pas l’obligation légale du ministre qu’est le pouvoir discrétionnaire en une obligation d’agir. Tel qu’énoncé dans la décision *Baker*, précitée, bien que la décision discrétionnaire doive respecter les limites de la compétence conférée par la loi, les tribunaux doivent exercer une grande retenue à l’égard des décideurs lorsqu’ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire. Le ministre «peut consulter le personnel du Bureau des brevets»; il n’en a pas l’obligation. Le fait que la DPT ait indiqué qu’elle réexaminerait sa décision lorsqu’elle recevrait l’avis de l’OPIC n’oblige pas le ministre à agir de façon hâtive, surtout dans ce genre de procédures où, contrairement aux circonstances des décisions citées par la demanderesse, *Baker* et *Conille*, d’autres recours sont possibles.

[84] J’estime que, même si le brevet ‘368 ne pouvait être inscrit au registre des brevets, les «autres recours» auxquels le juge Gibson fait référence dans *Apotex*, [C.F. 1<sup>re</sup> inst.], seraient suffisants pour régler l’affaire en l’instance.

(iii) Recours prévus aux termes du Règlement sur les MB(ADC)

[85] Dans la décision *Apotex*, précitée, rendue par la Cour d’appel, la Cour a affirmé qu’un recours était prévu pour les fabricants de médicaments génériques qui subissent un préjudice en raison de l’inscription au registre de brevets non admissibles. Spécifiquement, l’alinéa 6(5)a) permet au tribunal, depuis l’entrée en vigueur des modifications en 1998, de rejeter une demande s’il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l’inscription au registre. D’ailleurs, le paragraphe 6(10) énonce un des facteurs dont le tribunal peut tenir compte lorsqu’il rend une ordonnance relative

should not have been included under section 4". Commenting the first of those two provisions the Court stated at paragraphs 23 and 24:

It is apparent that in enacting paragraph 6(5)(a) of the Regulations, the Governor in Council was aware of, and allowed for, the possibility that ineligible patents may find their way onto the Register and may not be readily capable of being deleted under subsection 3(1). Paragraph 6(5)(a) provides generic drug manufacturers with the opportunity, if and when prohibition proceedings are commenced by a patent holder in respect of a Notice of Allegation served by the generic, to apply to the Court to dismiss the prohibition application because it is based on an ineligible patent included on the Register.

. . . the remedy provided by paragraph 6(5)(a) does directly address the problem of a generic manufacturer having to compare its product with the drug of a patent holder whose drug is based on an ineligible patent. It provides a judicial forum in which the eligibility of the specific patent or patents at issue can be decided by the Court after hearing from the patent holder and the generic competitor.

[86] In regards to the second provision, at paragraph 25, the Court found:

Again, it is apparent that the Regulations contemplate that ineligible patents may be included on the Register and a remedy in costs is provided when unnecessary proceedings have taken place on the basis of an ineligible patent.

[87] Finally, section 8 [as am. by SOR/98-166, s. 1] provides for the possibility of the Court awarding damages or profits for losses incurred because of a subsection 6(1) application. This completes the scheme which according to the Court of Appeal is sufficient to remedy the harm which could occur if an ineligible patent is listed, or if the application to prohibit the issuance of the NOC is unwarranted [F.C.A. *Apotex* decision, at paragraphs 27-28]:

Paragraph 8(1)(a) specifically provides that a patent holder whose prohibition application is dismissed is liable for the loss suffered by a generic manufacturer for the delay incurred in the

aux dépens à l'alinéa 6(10)b): «l'inscription, sur la liste de brevets qui fait l'objet d'une attestation, de tout brevet qui n'aurait pas dû y être inclus aux termes de l'article 4». Commentant la première de ces deux dispositions, la Cour a énoncé aux paragraphes 23 et 24:

De toute évidence, en édictant l'alinéa 6(5)a du Règlement, le gouverneur en conseil savait qu'il était possible que des brevets non admissibles soient inscrits au registre et ne puissent pas facilement en être supprimés en vertu du paragraphe 3(1) et qu'il a tenu compte de cette possibilité. L'alinéa 6(5)a permet aux fabricants de médicaments génériques, dans le cas où une demande est présentée par le propriétaire d'un brevet à l'égard d'un avis d'allégation qui lui est signifié par un fabricant de médicaments génériques, de demander à la Cour de rejeter la demande parce qu'elle est fondée sur un brevet non admissible à l'inscription au registre.

[. . .] le recours prévu à l'alinéa 6(5)a vise directement le problème auquel fait face le fabricant de médicaments génériques, qui doit comparer son produit au médicament du propriétaire du brevet dont le brevet n'est pas admissible. Un tribunal peut statuer sur l'admissibilité du brevet ou des brevets en cause après avoir entendu le propriétaire du brevet ou des brevets et le fabricant de médicaments génériques qui fait concurrence à celui-ci.

[86] Concernant la deuxième disposition, la Cour a indiqué au paragraphe 25:

Il est ici aussi évident que, selon le règlement, les brevets non admissibles peuvent être inscrits au registre et qu'une réparation sous la forme de dépens peut être accordée si des procédures inutiles fondées sur un brevet non admissible ont été engagées.

[87] Enfin, l'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 1] prévoit la possibilité pour le tribunal d'accorder des dommages-intérêts ou des profits pour les pertes subies lors de la présentation d'une demande en vertu du paragraphe 6(1). Ceci complète l'exposé du régime qui, selon la Cour d'appel, suffit pour offrir réparation pour les pertes subies dans les cas où un brevet non admissible est inscrit au registre ou dans les cas où la demande visant à empêcher la délivrance d'un avis de conformité est non fondée [*Apotex*, C.A.F., aux paragraphes 27 et 28]:

L'alinéa 8(1)a prévoit expressément que le propriétaire d'un brevet dont la demande est rejetée est responsable de la perte qu'un fabricant de médicaments génériques a subie parce



issuance of a Notice of Compliance to the generic by reason of the prohibition application. Under subsection 8(4), the Court has been given jurisdiction to make an award of damages or lost profits. Section 8 of the Regulations makes it apparent that the Governor in Council recognized that generic manufacturers could be subject to unjustified prohibition applications, including applications based upon ineligible patents on the Register and provided a remedy in the form of an award of damages or lost profits in such circumstances.

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

[88] In the instant case, the issue of remedies for ineligibility of the patent is moot, since it appears that the patent is eligible. However, for the reasons given in proceedings T-122-02, although the patent is eligible for the list, it cannot protect against the use for which the NOC has been applied for by Genpharm.

[89] The application should be dismissed.

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

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

[88] En l'espèce, la question de la réparation pour la non-admissibilité du brevet est discutable puisqu'il semble que le brevet soit admissible. Toutefois, pour les motifs mentionnés dans le dossier T-122-02, bien que le brevet soit admissible à l'inscription au registre, il n'offre pas de protection contre l'utilisation pour laquelle l'avis de conformité a été demandé par Genpharm.

[89] La demande doit être rejetée.

T-1757-02  
2003 FC 1155

T-1757-02  
2003 CF 1155

**Margaret Ault** (*Applicant*)

**Margaret Ault** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

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

*RÉPERTORIÉ: AULT c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)*

Federal Court, Snider J.—Ottawa, September 17 and October 6, 2003.

Cour fédérale, juge Snider—Ottawa, 17 septembre et 6 octobre 2003.

*Public Service — Pensions — Applicant, public servant, leaving federal public service to take advantage of Reciprocal Pension Transfer Agreement, requesting transfer of her superannuation pension funds to consulting firm's pension plan — Crown later refused to transfer pension funds on basis no genuine employment relationship between firm, applicant, as required by Agreement, Public Service Superannuation Act — Applicant may revoke request, with consent of, subject to such conditions as Minister considers appropriate — However, requirement of Minister that applicant execute release and indemnity agreement not proper exercise of discretion in circumstances herein.*

*Fonction publique — Pensions — La demanderesse, fonctionnaire, a démissionné de son emploi au sein de la fonction publique fédérale pour tirer avantage d'un Accord réciproque de transfert (ART) et a demandé le transfert de son fonds de pension de la Caisse de retraite de la fonction publique dans le fonds de retraite d'un cabinet de consultants — La Couronne a refusé ultérieurement de transférer le fonds de pension pour le motif qu'il n'y avait pas de relation d'emploi véritable, tel que le requéraient l'ART et la Loi sur la pension dans la fonction publique — La demanderesse ne peut révoquer sa demande qu'avec le consentement du ministre et sous réserve des conditions jugées appropriées par ce dernier — Toutefois, l'obligation imposée à la demanderesse par le ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité ne constitue pas un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire.*

The applicant resigned from the federal public service to take advantage of a Reciprocal Pension Transfer Agreement between the Crown and Loba Limited, a consulting firm. Pursuant to the Agreement, the Minister agreed to pay into Loba's pension plan an amount determined in the Agreement, in respect of a contributor to the federal superannuation pension fund who ceased to be employed by the federal public service, on the condition that the contributor became a *bona fide* employee of Loba. The applicant requested that the transfer of pension funds be made pursuant to the Agreement. Loba was to receive 7.5 % of the transferred funds as a fee. The funds were never transferred, the Crown having taken the position that there was never a genuine employment relationship between Loba and the applicant, as required by the Agreement and the provisions of the *Public Service Superannuation Act* (PSSA). Loba and its President were even charged with four fraud-related offences under the *Criminal Code*. Loba then sued the Crown for breach of contract. Given the situation, the applicant then advised the Minister that she wished to revoke her transfer request. The Crown advised her

La demanderesse a démissionné de son emploi au sein de la fonction publique fédérale pour tirer avantage d'un Accord réciproque de transfert (ART) de pension conclu entre la Couronne et Loba Limited, un cabinet de consultants. Le ministre a convenu, en vertu de cet ART, de verser au fonds de retraite de Loba une somme, fixée par l'ART, eu égard à tout contributeur à la Caisse de retraite de la fonction publique ayant mis fin à son emploi dans la fonction publique et étant devenu un employé véritable de Loba. La demanderesse a demandé que son fonds de pension soit transféré en vertu de l'ART. Loba devait toucher 7,5 p. 100 de l'argent transféré à titre d'honoraires. Le fonds de pension n'a jamais été transféré, la Couronne ayant adopté comme position qu'il n'y a jamais eu de relation d'emploi véritable, tel que le requéraient l'ART et les dispositions de la *Loi sur la pension dans la fonction publique* (LPPF), entre la demanderesse et Loba. Loba et son président ont été inculpés de quatre infractions liées à la fraude, en application du *Code criminel*. Loba a intenté une action pour rupture de contrat contre la Couronne. Compte tenu de la situation, la demanderesse a demandé au ministre

that it would accept a revocation only if she executed a release and indemnification agreement. This was an application for judicial review of that decision. The issue was whether the Minister had the discretion to require the applicant to execute a release and indemnity agreement as a condition of permitting her to revoke her request for a transfer payment and commence receiving a pension. This could be subdivided into three parts: once a request to transfer pension funds was made, did the applicant have the ability to revoke that request; did the Minister have the authority to place terms and conditions on a revocation; if the answer to these questions was "yes", was the requirement that the applicant execute a release and indemnity agreement a proper exercise of his discretion?

*Held*, the application should be allowed.

The issues of the legal ability of the applicant to revoke her request and the authority of the Minister to attach conditions to a revocation were purely questions of law. In such cases, the courts should be less deferential. However, how the Minister exercised his authority, if he was legally able to do so, was a decision that should be overturned only if it was patently unreasonable.

The applicant requested that a transfer payment be made to Loba pursuant to subsections 40(3) and (4) of the PSSA. Her consent was a prerequisite to the transfer of the pension funds. Once the applicant gave her consent, the Minister had the discretionary authority to transfer the applicant's pension contributions, provided certain other conditions were met. There is nothing in the PSSA or regulations regarding what happens when a contributor decides to revoke that consent. Each agreement is individually negotiated between the Minister and a third party. While each agreement meets the objectives of section 40 and must have the consent of the Governor in Council, each contract will be unique. As a result, the provisions in the PSSA do not wholly define the relationship between the Minister, Loba and an employee who wishes to transfer funds to Loba.

Given the nature of the arrangements, it was reasonable to conclude that Parliament intended that the Minister would retain significant discretion with respect to how the transfer of funds is to operate. In allowing the Minister latitude to deal with negotiating the contract, Parliament must surely have intended that he also have the ability to address unforeseen circumstances, such as those herein, that might arise. Thus, it

qu'on révoque sa demande de transfert. La Couronne l'a informé qu'elle n'accepterait une révocation que si elle signait un accord de désistement et d'indemnité. Il s'agit en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision. La question en litige consiste à savoir si le ministre a oui ou non le pouvoir discrétionnaire d'exiger que la demanderesse signe un accord de désistement et d'indemnité, comme condition préalable à l'autorisation de révoquer sa demande de transfert de paiement et à l'obtention de ses premières prestations de pension. On peut diviser cette question en trois éléments: une fois qu'elle a présenté une demande de transfert de fonds de pension, la demanderesse peut-elle ensuite la révoquer; le ministre peut-il assortir une révocation de conditions; si on répond par l'affirmative aux deux premières questions, l'obligation imposée à la demanderesse par le ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité constituait-il un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire?

*Jugement*: la demande est accueillie.

La capacité de la demanderesse de révoquer sa demande et le pouvoir du ministre d'assortir une révocation de conditions constituent des questions de pur droit. Dans de tels cas, les tribunaux devraient faire preuve d'une déférence moindre. Toutefois, la question de savoir de quelle manière le ministre a exercé son pouvoir, s'il y est autorisé par la loi, est une décision qui ne doit être annulée que si elle est manifestement déraisonnable.

La demanderesse a demandé qu'on procède à un transfert de paiement en faveur de Loba en vertu des alinéas 40(3) et (4) de la LPFP. Son consentement constituait une condition préalable au transfert du fonds de pension. Une fois le consentement de la demanderesse donné, le ministre avait le pouvoir discrétionnaire, si certaines autres conditions étaient réunies, de transférer les cotisations de retraite de la demanderesse. Aucune disposition de la LPFP ou de son règlement d'application ne prévoit ce qu'il advient lorsqu'un contributeur décide de révoquer ce consentement. Chaque accord est négocié individuellement entre le ministre et un tiers. Bien que chaque ART respecte les objectifs prévus à l'article 40 et doit être approuvé par le gouverneur en conseil, chaque accord a un caractère unique. Par conséquent, les dispositions de la LPFP ne régissent pas à elles seules la relation existant entre le ministre, Loba et un employé qui désire faire transférer à Loba son fonds de pension.

Étant donné la nature de ces ententes, il est raisonnable de conclure que le législateur entendait que le ministre conserve une large mesure de pouvoir discrétionnaire quant à la façon de procéder au transfert d'argent. En accordant au ministre toute latitude pour négocier l'accord, le législateur devait assurément avoir également l'intention qu'il soit en mesure de régler toute question imprévue, comme la question en l'espèce, qui pouvait

was reasonable to conclude that, pursuant to and consistent with the Minister's discretion under section 40, the applicant may revoke her request only with the consent of and subject to such conditions as the Minister considers appropriate. The decisions of the Minister, however, must be made in a way that is not patently unreasonable.

The requirement of the Minister that the applicant execute a release and indemnity agreement was not a proper exercise of his discretion. First, there was a delay of over a year during which the applicant was not apprised of the seriousness of the problems with the agreement. Had she known, the applicant might have been able to revoke her consent with the agreement of Loba while the Minister was still consenting to such revocations. Second, although the applicant chose freely to resign, she was not a party to the delay in transferring the funds or the claim by Loba against the Crown. Third, there was a serious inequality of bargaining positions. The applicant, now 60 years of age and otherwise eligible to receive a pension, was unable to access those funds without agreeing to the conditions imposed by the Minister. The unusual circumstances associated with this decision led to the conclusion that it was patently unreasonable to require the applicant to execute a release and indemnity agreement as a condition to accepting the revocation of her consent to the transfer of funds. While the Minister must protect the interests of Canadians and current and future pension recipients, he must do so with measures that are not arbitrary and that are based on more than speculation.

survenir. Par conséquent, il est raisonnable de conclure qu'en conformité avec le pouvoir conféré au ministre par l'article 40 et en vertu de ce pouvoir, la demanderesse ne peut révoquer sa demande qu'avec le consentement du ministre et sous réserve des conditions jugées appropriées par ce dernier. Toutefois, les décisions du ministre ne doivent pas être manifestement déraisonnables.

L'obligation imposée à la demanderesse par le ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité ne constituait pas un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire. Premièrement, il y a eu un retard de plus d'un an pendant lequel la demanderesse n'a pas été informée des graves problèmes soulevés par l'ART. Si elle l'avait su plus tôt, la demanderesse aurait pu, avec le consentement de Loba, révoquer son consentement pendant que le ministre acceptait toujours de telles révocations. Deuxièmement, bien que la demanderesse ait choisi librement de démissionner, elle n'est assurément en rien responsable du retard dans le transfert, non plus que de l'action intentée par Loba contre la Couronne. Troisièmement, il y a un grave déséquilibre dans le pouvoir de négociation des parties. La demanderesse, qui est maintenant âgée de 60 ans et qui a le droit par ailleurs de recevoir une pension, ne peut toucher l'argent sans accepter les conditions que le ministre lui impose. Les circonstances inhabituelles entourant la présente affaire m'amènent à conclure qu'il était manifestement déraisonnable d'exiger, à titre de condition préalable, que la demanderesse signe un accord de désistement et d'indemnité avant qu'on accepte la révocation de son consentement au transfert. Quoique le ministre doive protéger les intérêts des Canadiens et des pensionnés actuels et futurs, il doit recourir à cette fin à des mesures non arbitraires fondées sur davantage que des spéculations.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, Tarif B.

*Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, ss. 8 (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 6; 1999, c. 34, s. 61), 10(6), 13 (as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 30; 1999, c. 34, s. 65), 25(5) (as am. *idem*, s. 75), (6) (as am. *idem*), 40(3) (as am. *idem*, s. 87), (4) (as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 19), (5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

*Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 8 (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 6; 1999, ch. 34, art. 61), 10(6), 13 (mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 30; 1999, ch. 34, art. 65), 25(5) (mod., *idem*, art. 75), (6) (mod., *idem*), 40(3) (mod., *idem*, art. 87), (4) (mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 19), (5)

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, tarif B..

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117;

226 N.R. 201; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757; (2002), 317 A.R. 1; 219 D.L.R. (4th) 233; [2003] 3 W.W.R. 197; 8 Alta. L.R. (4th) 1; 169 C.C.C. (3d) 1; 6 C.R. (6th) 23; 101 C.R.R. (2d) 35; [2003] 1 C.T.C. 135; 2002 DTC 7547; 295 N.R. 201.

## REFERRED TO:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 41 B.C.A.C. 81; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81.

APPLICATION for judicial review of the President of the Treasury Board of Canada's decision that the Crown would only accept of a revocation of the applicant's request to transfer her superannuation pension funds to a consulting firm if the applicant executed a release and indemnification agreement. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Dougald E. Brown* for applicant.  
*Anne M. Turley* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

[1] SNIDER J.: Effective October 12, 2000, Ms. Margaret Ault, the applicant, resigned from the federal public service. At the time she left the public service, Ms. Ault was 57 years old with 18 years of pensionable

226 N.R. 201; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757; (2002), 317 A.R. 1; 219 D.L.R. (4th) 233; [2003] 3 W.W.R. 197; 8 Alta. L.R. (4th) 1; 169 C.C.C. (3d) 1; 6 C.R. (6th) 23; 101 C.R.R. (2d) 35; [2003] 1 C.T.C. 135; 2002 DTC 7547; 295 N.R. 201.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 41 B.C.A.C. 81; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision rendue par le président du Conseil du Trésor du Canada que la Couronne n'accepterait une révocation de la demande de transfert faite par le demanderesse de son fonds de pension de la Caisse de retraite à un cabinet de consultants que si la demanderesse signait un accord de désistement et d'indemnité. Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Dougald E. Brown* pour la demanderesse.  
*Anne M. Turley* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE SNIDER: M<sup>me</sup> Margaret Ault, la demanderesse, a démissionné de son emploi au sein de la fonction publique, avec prise d'effet le 12 octobre 2000. M<sup>me</sup> Ault avait 57 ans lorsqu'elle a quitté son

service under the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 (PSSA).

[2] Ms. Ault joined 119 other public servants who left the federal public service between March and October 2000 to take advantage of a Reciprocal Pension Transfer Agreement (RTA) that was to expire on October 15, 2000. The RTA in this case was dated August 8, 1996 and was made between the Crown, as represented by the President of the Treasury Board of Canada (the Minister) and Loba Limited (Loba), a consulting firm. Pursuant to this RTA, the Minister agreed to pay into Loba's pension plan an amount determined in the RTA, in respect of a contributor to the federal superannuation pension fund who ceased to be employed by the federal public service, on the condition that the contributor became a *bona fide* employee of Loba. There was significant financial advantage to Ms. Ault of leaving her government post under the RTA rules.

[3] On October 13, 2000, Ms. Ault requested in writing that the Minister transfer pension funds from the Public Service Superannuation Fund into Loba's pension fund pursuant to the RTA. Pursuant to Ms. Ault's arrangement with Loba, Loba was to receive 7.5% of the transferred funds as a fee. However, Ms. Ault's pension funds, as well as those funds related to the other similarly situated 119 federal public servants have never been transferred. The Crown has taken the position that there was never a genuine employment relationship between Loba and these public servants as required by the RTA and the provisions of the PSSA.

[4] On December 20, 2001, Sylvain Parent (President of Loba) and Loba, among others, were charged with four fraud-related offences under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On that same day, Loba commenced an action against the Attorney General of Canada in this Court for breach of contract, based on the Minister's failure to transfer the pension funds (Court file No. T-2246-01). In that action, Loba seeks to compel the Crown to execute the requests for transfer and also seeks damages, payable to the pension plan, in an

emploi dans la fonction publique, et elle comptait alors 18 années de service ouvrant droit à pension en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36 (la LPFP).

[2] M<sup>me</sup> Ault ainsi que 119 autres fonctionnaires l'ayant fait entre mars et octobre 2000 ont quitté la fonction publique pour tirer avantage d'un Accord réciproque de transfert de pension (ART) venant à expiration le 15 octobre 2000. L'ART en cause avait été conclu en date du 8 août 1996 entre la Couronne, représentée par le président du Conseil du Trésor du Canada (le ministre), et Loba Limited (Loba), un cabinet de consultants. Le ministre a convenu, en vertu de cet ART, de verser au fonds de retraite de Loba une somme, fixée par l'ART, eu égard à tout contributeur à la Caisse de retraite de la fonction publique ayant mis fin à son emploi dans la fonction publique et étant devenu un employé véritable de Loba. M<sup>me</sup> Ault a obtenu d'importants avantages pécuniaires, en vertu des règles de l'ART, en quittant son poste au sein du gouvernement.

[3] Le 13 octobre 2000, M<sup>me</sup> Ault a demandé par écrit que le ministre transfère, en vertu de l'ART, son fonds de pension de la Caisse de retraite de la fonction publique dans le fonds de retraite de Loba. Selon l'entente conclue entre M<sup>me</sup> Ault et Loba, l'entreprise devait toucher 7,5 % de l'argent transféré à titre d'honoraires. Toutefois, le fonds de pension de M<sup>me</sup> Ault, ainsi que celui de 119 autres fonctionnaires fédéraux dans une situation semblable, n'ont jamais été transférés. La Couronne a en effet adopté comme position qu'il n'y a jamais eu de relation d'emploi véritable, tel que le requéraient l'ART et la LPFP, entre ces fonctionnaires et Loba.

[4] Le 20 décembre 2001, Sylvain Parent (le président de Loba) ainsi que Loba, entre autres, ont été inculpés de quatre infractions liées à la fraude, en application du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le même jour, Loba a intenté devant notre Cour une action pour rupture de contrat contre le procureur général du Canada, invoquant le défaut du ministère de transférer l'argent de la Caisse de retraite (dossier de Cour n° T-2246-01). Par cette action, Loba vise à forcer la Couronne à donner suite aux demandes de transfert, ainsi qu'à obtenir des

unspecified amount. While this dispute is ongoing, the Crown will not transfer the funds from the federal public service pension plan to Loba's pension plan. There is no expectation of an early resolution.

[5] On September 10, 2002, Ms. Ault requested that her earlier request to transfer her superannuation pension funds to the Loba pension plan be revoked. She was advised by Heather Macpherson, by letter dated September 19, 2002, that, due to the legal proceeding brought by Loba, the Crown would only accept a revocation if Ms. Ault executes a release and an indemnification agreement. Ms. Ault is not prepared to sign the release and indemnity. The effect is a logjam. Ms. Ault does not have access to the pension monies pursuant to her employment with Loba since the Minister has refused to send the funds to Loba. And, she cannot begin to receive pension benefits under the PSSA until and unless she signs the release and waiver.

[6] In an attempt to break up the logjam, Ms. Ault is challenging the September 19, 2002 decision of Ms. Macpherson in this application for judicial review.

#### Issues

[7] This application raises one overarching issue. Specifically, does the Minister have the discretion to require Ms. Ault to execute a release and indemnity as a condition of permitting her to revoke her request for a transfer payment and commence receiving a pension?

[8] This issue can further be subdivided into three parts:

1. Once a request to transfer pension funds has been made, does the applicant have the ability to revoke that request?
2. Does the Minister have the authority to place terms and conditions on a revocation?
3. If the answer to the first two questions is "yes", was the requirement of the Minister that the applicant execute

dommages-intérêts indéterminés, payables sur la Caisse de retraite. Tant que ce litige ne sera pas réglé, la Couronne ne transférera pas d'argent de la Caisse de retraite de la fonction publique au fonds de retraite de Loba. On ne s'attend pas à un règlement hâtif du différend.

[5] Le 10 septembre 2002, M<sup>me</sup> Ault a demandé qu'on révoque sa demande antérieure de transfert de son fonds de pension de la Caisse de retraite au fonds de retraite de Loba. Heather Macpherson l'a informée par lettre datée du 19 septembre 2002 qu'en raison de la poursuite intentée par Loba, la Couronne n'accepterait une révocation que si M<sup>me</sup> Ault signait un accord de désistement et d'indemnité. M<sup>me</sup> Ault n'est pas disposée à signer un tel document. On se trouve par conséquent dans une impasse. M<sup>me</sup> Ault n'a pas accès au montant de sa pension par le biais de son emploi chez Loba, le ministre ayant refusé de verser de l'argent à cette entreprise. Elle ne peut non plus commencer à toucher des prestations de pension en vertu de la LPFP à moins de signer l'accord de désistement.

[6] Pour tenter de mettre fin à l'impasse, M<sup>me</sup> Ault conteste par la présente demande de contrôle judiciaire la décision du 19 septembre 2002 de M<sup>me</sup> Macpherson.

#### Questions en litige

[7] La présente demande soulève essentiellement une question. Il s'agit d'établir, plus spécifiquement, si le ministre a ou non le pouvoir discrétionnaire d'exiger que M<sup>me</sup> Ault signe un accord de désistement et d'indemnité, comme condition préalable à l'autorisation de révoquer sa demande de transfert de paiement et à l'obtention de ses premières prestations de pension.

[8] On peut diviser cette question en trois éléments, comme suit:

1. Une fois qu'elle a présenté une demande de transfert de fonds de pension, la demanderesse peut-elle ensuite la révoquer?
2. Le ministre peut-il assortir une révocation de conditions?
3. Si on répond par l'affirmative aux deux premières questions, l'obligation imposée à la demanderesse par le

a release and indemnity a proper exercise of his discretion?

[9] The first two issues are integrally linked and I will discuss them together.

#### Relevant Statutory Provisions

[10] Subsections 40(3) [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 87] and 40(4) [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 19] of the PSSA provide the Minister with the discretion to transfer funds out of the Superannuation Account or the Public Service Pension Fund to an approved employer:

40. . . .

(3) If, before October 15, 2000, a contributor ceases to be employed in the Public Service to become employed by an approved employer with whom the Minister has entered into an agreement pursuant to subsection (2), the Minister may, subject to subsection (9) and if the agreement so provides, pay to that employer out of the Superannuation Account or the Public Service Pension Fund,

(a) an amount equal to the total amount paid into the Superannuation Account and the Public Service Pension Fund in respect of that employee, except any portion of the amount so paid by Her Majesty in right of Canada;

(b) the amount paid into the Superannuation Account and the Public Service Pension Fund in respect of that employee by Her Majesty in right of Canada that the Minister determines; and

(c) the amount representing interest that the Minister determines.

(4) Where a contributor has ceased or ceases to be employed in the Public Service to become employed by any approved employer as a result of a transfer of the administration of any service from Her Majesty in right of Canada to the approved employer and the Minister has entered into an agreement with the approved employer pursuant to subsection (2), the Minister may, subject to subsection (9) and if the agreement so provides, pay to that employer out of the Superannuation Account

(a) amounts equal in the aggregate to

(i) the value, actuarially calculated in accordance with and as of the effective date of the agreement, of all

ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité constituait-il un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire?

[9] Je traiterai ensemble des deux premières questions, qui sont totalement imbriquées.

#### Dispositions législatives pertinentes

[10] Les paragraphes 40(3) [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 87] et 40(4) [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 19] de la LPPF confèrent au ministre le pouvoir discrétionnaire de transférer à un employeur approuvé de l'argent prélevé sur le compte de pension de retraite ou la Caisse de retraite de la fonction publique:

40. [ . . ]

(3) Lorsque, avant le 15 octobre 2000, un contributeur cesse d'être employé dans la fonction publique pour passer à l'emploi d'un employeur approuvé avec qui le ministre a conclu un accord conformément au paragraphe (2), le ministre peut, sous réserve du paragraphe (9) et si l'accord le prévoit, payer à cet employeur, sur le compte de pension de retraite ou la Caisse de retraite de la fonction publique, les montants suivants:

a) un montant égal à la somme globale versée au compte de pension de retraite ou à la caisse à l'égard de l'employé, sauf la partie qui en est ainsi versée par Sa Majesté du chef du Canada;

b) le montant versé au compte de pension de retraite ou à la caisse à l'égard de l'employé, par Sa Majesté du chef du Canada, que le ministre détermine;

c) le montant, représentant les intérêts, que le ministre détermine.

(4) Lorsqu'un contributeur a cessé ou cesse d'être employé dans la fonction publique pour passer à l'emploi d'un employeur approuvé, par suite du transfert de l'administration d'un service de Sa Majesté du chef du Canada à un employeur approuvé, et que le ministre a conclu un accord avec l'employeur approuvé conformément au paragraphe (2), le ministre peut, sous réserve du paragraphe (9) et si l'accord le prévoit, payer à cet employeur, sur le compte de pension de retraite:

a) soit des montants égaux à l'ensemble:

(i) de la valeur actuarielle, calculée à la date d'entrée en vigueur de l'accord et conformément à cet accord, de



benefits accrued under this Part in respect of the pensionable service of the contributor, and

(ii) such amount representing interest as the Minister determines, or

(b) the benefits payable under this Part and Part III to or in respect of the contributor, as they become payable,

less any amounts previously paid in respect of the contributor under subsection (12).

[11] Subsection 40(5) of the PSSA provides that the Minister is only authorized to pay moneys to an employer from the Superannuation Account or the Public Service Plan with the written consent of the contributor:

40. . . .

(5) No payment shall be made pursuant to subsection (3) or (4) except with the consent in writing of the contributor.

Ms. Ault's request of October 13, 2000 in a standard form referred to as Appendix B constituted her consent to the transfer.

#### Analysis

##### Preliminary Issue: Standard of Review

[12] Ms. Ault submits that the interpretation of the PSSA is a question of law and should be reviewed on a standard of correctness. In contrast, the respondent submits that the proper standard of review is one of patent unreasonableness and this Court may only review the decision on limited grounds, namely bad faith, the exercise of discretion for an improper purpose and the use of irrelevant considerations (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3).

[13] In my view, the appropriate standard of review to be applied depends on the issue being addressed. The issues of the legal ability of the applicant to revoke her request and the authority of the Minister to attach

toutes les prestations échues en vertu de la présente partie relativement à la période de service du contributeur ouvrant droit à pension,

(ii) du montant fixé par le ministre au titre des intérêts;

b) soit des prestations payables au contributeur ou à l'égard de celui-ci en vertu de la présente partie ou de la partie III, à mesure de leur échéance,

moins tous montants payés antérieurement à l'égard du contributeur en vertu du paragraphe (12).

[11] Le paragraphe 40(5) de la LPFP prévoit pour sa part que le ministre ne peut, sans le consentement écrit du contributeur, payer un montant à un employeur sur le compte de pension de retraite ou la Caisse de retraite de la fonction publique:

40. [. . .]

(5) Nul paiement ne peut être fait selon le paragraphe (3) ou (4) sans le consentement écrit du contributeur.

La demande du 13 octobre 2000 de M<sup>me</sup> Ault, au moyen d'une formule type désignée annexe B, constituait son consentement au transfert.

#### Analyse

##### Question préjudicielle: la norme de contrôle judiciaire

[12] M<sup>me</sup> Ault soutient que l'interprétation de la LPFP constitue une question de droit, qui appelle comme norme de contrôle judiciaire celle de la décision correcte. Le défendeur soutient, par contre, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision manifestement déraisonnable, et que la Cour ne peut réviser la décision que pour des motifs restreints, soit la mauvaise foi, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans un but irrégulier et la prise en compte de facteurs non pertinents (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3).

[13] À mon avis, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est fonction de la question sous examen. Or, constituent des questions de pur droit celles de la capacité de la demanderesse de révoquer sa demande et

conditions to a revocation are purely questions of law. In such instances, courts should be less deferential. However, how the Minister exercised his authority, if he is legally able to do so, is a different type of decision.

du pouvoir du ministre d'assortir une révocation de conditions. Dans de tels cas, les tribunaux devraient faire preuve d'une déférence moindre. La question de savoir cependant de quelle manière le ministre a exercé son pouvoir, s'il y est autorisé par la loi, donne lieu à un type différent de décision.

[14] Although there is no privative clause in the PSSA, the particular provisions in section 40 contain language that gives the Minister great discretion. For example, it is clear from the PSSA that the decision whether to transfer the pension funds ultimately rests with the Minister. Subsections 40(3) and 40(4) of the PSSA provide that the Minister "may" transfer the pension funds. In order for the Minister to exercise this discretion, certain conditions must be met. In particular:

[14] Bien que la LPFP ne renferme aucune clause privative, les dispositions particulières de l'article 40 confèrent au ministre un large pouvoir discrétionnaire. Il découle clairement de la LPFP, par exemple, que la décision de transférer ou non le fonds de pension incombe en bout de ligne au ministre. Les paragraphes 40(3) et 40(4) de la LPFP prévoient en effet que le ministre «peut» procéder au transfert. Certaines conditions doivent être réunies pour que le ministre puisse exercer son pouvoir discrétionnaire, notamment les suivantes:

- the new employer must be an approved employer,
  - there must be a RTA between the new employer and the Minister;
  - there must be a *bona fide* employment relationship; and
  - the contributor must consent to the transfer.
- le nouvel employeur doit être un employeur approuvé;
  - un ART doit avoir été conclu entre le nouvel employeur et le ministre;
  - il doit y avoir une relation d'emploi véritable;
  - le contributeur doit consentir au transfert.

Even if all of these conditions are met, it appears from the wording of subsections 40(3) and 40(4) that the Minister can still refuse to transfer the pension funds. All of these factors suggest a more deferential standard of review.

Il semble, d'après le libellé des paragraphes 40(3) et 40(4), que le ministre peut toujours refuser de transférer un fonds de pension même si toutes ces conditions sont réunies. Tous ces facteurs penchent en faveur d'une norme de contrôle plus rigoureuse.

[15] Further, although the overall purpose of the PSSA is to benefit public servants through the payment of their pensions, it cannot be ignored that the Minister is the steward of the PSSA and its operations. Discretionary decisions made in respect of one employee must be balanced against the responsibility that the Minister has for the prudent management of the funds established by the PSSA. Finally, it is clear that the Minister and his delegates must have an expert knowledge of the complicated investment framework and the impact of decisions on the continuing viability of the funds. This Court is certainly in no better position than the Minister in determining this matter.

[15] Bien que l'objet général de paiement de pension bénéficie aux fonctionnaires, on ne peut faire abstraction du fait que le ministre est le maître d'œuvre de la LPFP et de son application. Les décisions discrétionnaires concernant un employé doivent être mises en balance avec les responsabilités incombant au ministre quant à la gestion prudente des fonds constitués en vertu de la LPFP. Il est bien clair, finalement, que le ministre et ses représentants doivent avoir une connaissance approfondie du domaine complexe des investissements et des répercussions des décisions prises sur le maintien de la rentabilité des fonds. La Cour n'est assurément pas à cet égard en meilleure position que le ministre.

[16] Based on all of these factors and assuming an affirmative answer to the first two sub-issues, I am of the view that the decision of Ms. Macpherson should only be overturned if it is patently unreasonable. As stated in *Pushpanathan* [*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*], [1998] 1 S.C.R. 982] the reviewing court should adopt a deferential approach to this question and should set aside the Minister's discretionary decision only if it is patently unreasonable in the sense that it was made arbitrarily or in bad faith, it cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors. The court should not reweigh the factors or interfere merely because it would have come to a different conclusion.

Issue No. 1: Once a request to transfer pension funds has been made, does the applicant have the ability to revoke that request?

Issue No. 2: Does the Minister have the authority to place terms and conditions on a revocation?

#### Applicant's Submissions

[17] In Ms. Ault's submission, there is no bar in the PSSA to a contributor revoking her consent prior to a transfer payment being made from the Superannuation Account. Where contributors are required to make elections or choose options on an irrevocable basis, the PSSA expressly provides that such elections are irrevocable. The absence of any express reference in section 40 of the PSSA to a contributor's request for a transfer payment being irrevocable is a compelling indicator that Parliament did not intend such requests to be irrevocable (see e.g. PSSA, subsections 25(5) [as am. by S.C. 1999, c. 34, s. 74], 25(6) [as am. *idem*], and section 8 [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 6; 1999, c. 34, s. 61]).

[18] Ms. Ault submits that the Minister has an unqualified legal duty to pay earned pensions to contributors and is not entitled to require a contributor to sign a release as a condition of performance of the duty or to make payment of a pension conditional on

[16] Compte tenu de tous ces facteurs et dans l'hypothèse d'une réponse affirmative aux deux premières sous-questions, j'estime que la décision de M<sup>me</sup> Macpherson ne devrait être annulée que si elle est manifestement déraisonnable. Tel qu'on l'a déclaré dans *Pushpanathan* [*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*], [1998] 1 R.C.S. 982], la cour de révision devrait faire preuve de retenue et n'annuler la décision discrétionnaire du ministre que si elle est manifestement déraisonnable, c'est-à-dire qu'elle a été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, que la preuve ne permet pas de l'étayer ou que le ministre n'a pas tenu compte d'éléments pertinents. La cour ne devrait pas procéder à une nouvelle appréciation des facteurs, ni intervenir, au simple motif qu'elle en serait venue à une conclusion différente.

1<sup>re</sup> question en litige: Une fois qu'elle a présenté une demande de transfert de fonds de pension, la demanderesse peut-elle ensuite la révoquer?

2<sup>e</sup> question en litige: Le ministre peut-il assortir une révocation de conditions?

#### Les prétentions de la demanderesse

[17] Selon M<sup>me</sup> Ault, rien dans la LPFP n'interdit qu'un contributeur révoque son consentement avant qu'un montant soit transféré du compte de pension de retraite. La LPFP prévoit expressément que, lorsqu'un contributeur doit faire un choix ou exercer une option de manière irrévocable, ceux-ci ont bien un caractère irrévocable. L'absence de toute mention expresse, à l'article 40 de la LPFP, du caractère irrévocable de la demande de transfert d'un contributeur indique de manière péremptoire que le législateur fédéral n'avait pas l'intention que pareille demande ait un tel caractère (se reporter, par exemple, aux paragraphes 25(5) [mod. par L.C. 1999, ch. 34, art. 75] et 25(6) [mod., *idem*] et à l'article 8 [mod. par L.C. 1992, ch. 46, art. 6; 1999, ch. 34, art. 61] de la LPFP).

[18] M<sup>me</sup> Ault soutient que le ministre a l'obligation absolue de verser aux contributeurs leur pension acquise et qu'il ne peut imposer comme condition, avant d'exécuter cette obligation ou de payer une pension, qu'un contributeur signe un accord de désistement ou

obtaining an indemnity for the Crown's potential liability to a third party. The Minister's position that it is entitled to withhold pensions from retirees unless they agree to concessions in favour of the Crown offends the purpose of the PSSA and is grossly inconsistent with the Minister's fiduciary role.

[19] Where Parliament intended that the Minister would be entitled to impose terms and conditions for the revocation of an election, it expressly provided the Minister with the authority to establish terms and conditions by regulation (PSSA, subsections 8(4), 10(6)). The absence of similar statutory language in section 40 of the PSSA indicates that Parliament did not intend the Minister to have the power to impose conditions either by way of regulation or on an *ad hoc* basis.

[20] In Ms. Ault's submission, the Minister has no discretion to refuse to permit a contributor in the applicant's position to revoke a request for a transfer payment. To hold otherwise would mean that a non-consenting contributor could be forced to accept a transfer payment, which is plainly inconsistent with subsection 40(5) of the PSSA.

#### Respondent's Submissions

[21] In the respondent's submission, a bilateral relationship between the applicant and the Minister was established by the fact that the applicant gave the Minister her written consent to transfer the pension funds in the form of Appendix B. That consent led to a consensus between the parties that the funds would be transferred. As a result of that consent, the Minister became authorized to exercise his discretion under subsections 40(3) and 40(4) of the PSSA to make payment into Loba's pension plan in respect of the applicant. To the extent that the bilateral relationship derives from consent, it follows that the relationship cannot simply be terminated by the unilateral act of one of the parties. As a result, the applicant's written consent to transfer the funds can only be withdrawn bilaterally, with the Minister's approval.

[22] The respondent draws my attention to the implied exclusion rule and the "failure to follow an established

offre d'indemniser une dette éventuelle de la Couronne envers un tiers. La position du ministre, qui prétend pouvoir retenir les pensions de retraités à moins qu'ils ne fassent des concessions à la Couronne, contrevient à l'objet de la LPFP et est nettement incompatible avec le rôle de fiduciaire incombant au ministre.

[19] Lorsque le législateur avait l'intention que le ministre puisse assortir de conditions la révocation d'un choix, il a expressément conféré au ministre le pouvoir de prescrire des conditions par règlement (paragraphe 8(4) et 10(6) de la LPFP). L'absence de dispositions semblables à l'article 40 de la LPFP démontre que le législateur n'entendait pas que le ministre ait le pouvoir, par règlement ou de manière ponctuelle, d'imposer des conditions.

[20] Selon M<sup>me</sup> Ault, le ministre n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser à un contributeur dans la situation où se trouve la demanderesse de révoquer une demande de transfert de paiement. Si on décidait en sens contraire, il en découlerait qu'un contributeur non consentant pourrait être forcé d'accepter un transfert de paiement. Or, cela est clairement incompatible avec l'article 40(5) de la LPFP.

#### Les prétentions du défendeur

[21] Selon le défendeur, une relation bilatérale s'est constituée entre le ministre et la demanderesse du fait que cette dernière a consenti par écrit, au moyen de la formule à l'annexe B, à ce que le ministre transfère son fonds de pension. Du fait de ce consentement, les deux parties étaient d'accord pour qu'il y ait transfert. Il en résultait également que le ministre devenait autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire, prévu aux paragraphes 40(3) et 40(4) de la LPFP, et à verser un montant pour le compte de la demanderesse dans le fonds de retraite de Loba. Dans la mesure où une relation bilatérale découle du consentement, on ne peut y mettre fin par simple acte unilatéral de l'une des parties. Par suite, il ne peut y avoir retrait du consentement écrit de la demanderesse au transfert d'argent que de manière bilatérale, soit avec l'agrément du ministre.

[22] Le défendeur attire mon attention sur la règle de l'exclusion implicite et [TRADUCTION] «de défaut de

pattern” as described in Ruth Sullivan, ed., *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994) [at page 170] to argue that the “when the legislature wishes to deprive adjudicators of discretion . . . it does so by giving them an express and mandatory direction”. In the absence of such express direction of how to deal with a request to withdraw consent from a contributor, the power of the Minister, in this case, to accept or refuse the revocation, must fall within his residual discretion.

### Analysis

[23] When Ms. Ault terminated her employment as a federal public servant, she requested, by letter dated October 13, 2000, that a transfer payment be made to Loba pursuant to subsections 40(3) and 40(4) of the PSSA. Her consent was a prerequisite to the transfer of the pension funds (PSSA, subsection 40(5)). Once Ms. Ault gave her consent, the Minister had the discretionary authority to transfer the applicant’s pension contributions, provided certain other conditions were met.

[24] In other words, under the statute, the Minister has no authority whatsoever to transfer the funds if a contributor does not consent to that transfer. However, there is nothing in the PSSA or its regulations regarding what happens when a contributor decides to revoke that consent. Does the absence of a specific provision mean that revocation is not possible? Does it mean that the Minister must accept, without question or conditions, a withdrawal of consent from a contributor?

[25] These issues raised by the parties are matters of statutory interpretation. In the decision *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, at paragraph 77, Justices Major and Iacobucci wrote:

The approach to statutory interpretation can be easily stated: one is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and the object of the statute.

suivre un modèle établi», décrits dans Ruth Sullivan, éd., *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1994) [à la page 170], en vue de soutenir que [TRADUCTION] «lorsque le législateur désire priver des décideurs d’un pouvoir discrétionnaire [. . .], il l’énonce de manière expresse et impérative». Faute de directive expresse quant au traitement de la demande de retrait de consentement d’un contributeur, le pouvoir du ministre, en l’occurrence d’accepter ou de refuser la révocation, doit relever de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

### Analyse

[23] Lorsque M<sup>me</sup> Ault a mis fin à son emploi comme fonctionnaire fédérale, elle a demandé par lettre datée du 13 octobre 2000 qu’on procède à un transfert de paiement en faveur de Loba en vertu des alinéas 40(3) et 40(4) de la LPFP. Son consentement constituait une condition préalable au transfert du fonds de pension (paragraphe 40(5) de la LPFP). Une fois le consentement de M<sup>me</sup> Ault donné, le ministre avait le pouvoir discrétionnaire, si certaines autres conditions étaient réunies, de transférer les cotisations de retraite de la demanderesse.

[24] En d’autres termes, le ministre n’a nul pouvoir en vertu de la loi de transférer de l’argent si le contributeur n’y consent pas. Toutefois, aucune disposition de la LPFP ou de son règlement d’application ne prévoit ce qu’il advient lorsqu’un contributeur décide de révoquer ce consentement. L’absence de disposition spécifique veut-elle dire qu’il ne peut y avoir révocation? Cela veut-il dire que le ministre doit accepter, sans poser de questions ou de conditions, le retrait du consentement d’un contributeur?

[25] Ces questions soulevées par les parties sont du domaine de l’interprétation des lois. Dans la décision *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, les juges Major et Iacobucci ont écrit ce qui suit, au paragraphe 77:

Il est facile de décrire la méthode d’interprétation des lois: il faut déterminer l’intention du législateur et, à cette fin, lire les termes de la loi dans leur contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi.

[26] Thus, I am not inclined to apply a narrow rule of statutory interpretation as suggested by both parties, unless the application of such a rule will lead to a result that is harmonious with the scheme of the legislation. The absence of specific words does not, in my view, necessarily lead to a result that Ms. Ault cannot rescind her consent or to a result that the Minister cannot impose terms and conditions on a revocation of consent.

[27] In effect, both parties are urging me to take the same approach that would have me take a microscope to other sections of the relevant legislation and infer from the absence or presence of words what was intended by Parliament. The inutility of undertaking this mechanistic task is obvious from the fact that the results argued by the parties using the same approach were diametrically opposed. Accordingly, in this case, while such an analysis may be helpful, it will not provide a full answer to the questions that are before me.

(b) What is the context of the provisions?

[28] Unlike most other provisions in the PSSA, section 40 deals with a situation involving a third party. The relationship addressed by these provisions is one that arises, not just from the statute but, from the RTA between the Minister and, in this case, Loba. Section 40 does not dictate the contents of an RTA, which is a commercial arrangement between contracting parties. Each contract is individually negotiated between the Minister and a third party. While each RTA meets the objectives of section 40 and must have the consent of the Governor in Council, it is reasonable to conclude that each contract will be unique. As a result, the provisions in the PSSA do not wholly define the relationship among the Minister, Loba and an employee who wishes to transfer pension funds to Loba. In my view, it is imperative to keep this in mind when attempting to analyse the statute.

(c) Given the context, what was the intent of Parliament?

[29] Given the nature of these arrangements, it is a reasonable conclusion that Parliament intended that the

[26] Je ne suis donc pas encline à recourir à une règle étroite d'interprétation législative, tel que l'ont suggéré les deux parties, à moins que son application n'entraîne un résultat qui s'harmonise avec l'esprit de la loi. L'absence de dispositions spécifiques ne doit pas nécessairement entraîner l'incapacité, selon moi, pour M<sup>me</sup> Ault de révoquer son consentement, et pour le ministre d'assortir de conditions la révocation du consentement.

[27] En fait, l'approche que chacune des parties me demande d'adopter, c'est d'examiner à la loupe les autres dispositions de la loi en cause, et de déduire l'intention du législateur de l'existence ou de l'absence d'un certain libellé. L'inutilité du recours à une approche aussi mécanique est manifeste lorsqu'on considère les résultats diamétralement opposés auxquels en arrive, grâce à elle, chacune des parties. Bien qu'une telle analyse puisse s'avérer utile en l'espèce, par conséquent, elle ne permettra pas de répondre pleinement aux questions dont je suis saisie.

b) Dans quel contexte les dispositions s'inscrivent-elles?

[28] Contrairement à la plupart des autres dispositions de la LPFP, l'article 40 traite d'une situation qui met en cause un tiers. La relation visée par les dispositions découle non seulement de la loi, mais aussi de l'ART conclu entre le ministre et, en l'occurrence, Loba. L'article 40 ne prescrit pas la teneur d'un ART, qui constitue une entente commerciale passée par des cocontractants. Chaque accord est négocié individuellement entre le ministre et un tiers. Bien que chaque ART respecte les objectifs prévus à l'article 40 et doive être approuvé par le gouverneur en conseil, il est raisonnable de conclure que chaque accord a un caractère unique. Par suite, les dispositions de la LPFP ne régissent pas à elles seules la relation existant entre le ministre, Loba et un employé qui désire faire transférer à Loba son fonds de pension. Il est essentiel de ne pas l'oublier, selon moi, lorsqu'on procède à l'analyse de la loi.

c) Eu égard au contexte, quelle était l'intention du législateur?

[29] Étant donné la nature de ces ententes, il est raisonnable de conclure que le législateur entendait que

Minister would retain significant discretion with respect to how the transfer of funds is to operate. Since Parliament chose not to legislate a form of agreement, it would be impossible for Parliament to foresee every possible situation that could arise under these individually negotiated contracts. Accordingly, Parliament also chose not to provide significant legislated guidance on how to operate under these contracts. In the absence of explicit direction, the intention must have been to leave the Minister with sufficient discretion to make these arrangements work.

[30] The question then is whether this discretion of the Minister extends to dealing with something that is not explicitly referenced in the section. Surely, in allowing the Minister the latitude to deal with negotiating the contract, Parliament must have intended that he also have the ability to address unforeseen circumstances that might arise. In my view, the situation that has arisen in this case is exactly the type of situation that Parliament was contemplating; it was unforeseen and complex and demands an exercise of the Minister's discretion.

[31] Would Parliament have wanted to prohibit the Minister from allowing a revocation? The answer is likely "no", regardless of what other provisions in the PSSA might explicitly provide. However, at the same time, is it a reasonable interpretation of the Minister's discretion to say that the Minister must, without question, accept the unilateral withdrawal of a contributor's consent? Once again, the answer is likely "no". Neither Parliament nor this Court can possibly imagine all of the circumstances that could arise in the context of these complicated contractual arrangements. The problem with giving this provision of the statute the interpretation urged on me by Ms. Ault is that the "one size fits all" result may lead to unintended results in the case of another RTA or another contributor. The Minister, with his knowledge of each RTA and of the scheme of the PSSA, is in the best position to identify and assess the risks associated with a revocation of consent in each case that may arise. To tie his hands through a narrow interpretation of his discretion could not have been what Parliament intended. Providing a

le ministre conserve une large mesure de pouvoir discrétionnaire quant à la façon de procéder au transfert d'argent. Le législateur ayant choisi de ne pas prévoir législativement la teneur d'un accord, il lui aurait été impossible d'anticiper toute situation à laquelle puissent donner lieu les divers accords individuellement négociés. Le législateur, en conséquence, a choisi de donner peu de précisions législativement quant au mode d'application de ces accords. En l'absence d'instructions explicites, le législateur devait avoir l'intention de laisser au ministre un pouvoir discrétionnaire suffisant pour que ces accords puissent être mis en œuvre.

[30] La question qui se pose alors, c'est celle de savoir si le pouvoir discrétionnaire du ministre lui permet ou non de s'occuper de choses non mentionnées explicitement dans les dispositions concernées. En accordant au ministre toute latitude pour négocier l'accord, le législateur devait assurément avoir également l'intention qu'il soit en mesure de régler toute question imprévue pouvant survenir. À mon avis, la situation qui s'est posée en l'espèce est exactement du type de celles envisagées par le législateur; la situation était imprévisible et complexe et nécessitait l'exercice par le ministre de son pouvoir discrétionnaire.

[31] Le législateur souhaitait-il empêcher le ministre de permettre une révocation? Il faut vraisemblablement répondre par la négative, sans se soucier de ce que d'autres dispositions de la LPPF pourraient explicitement prescrire. Cependant, est-il raisonnable en même temps d'interpréter le pouvoir discrétionnaire du ministre de telle manière que celui-ci doive, sans autres conditions, accepter le retrait unilatéral du consentement d'un contributeur? Encore une fois, il faut vraisemblablement répondre par la négative. Il n'est possible ni pour le législateur ni pour la Cour d'imaginer toutes les situations auxquelles pourraient donner lieu ces accords contractuels complexes. Le problème qu'il y aurait en interprétant comme M<sup>me</sup> Ault me le demande les dispositions concernées de la loi, c'est que le résultat «taille unique» obtenu pourrait avoir des conséquences non souhaitées pour un autre ART ou un autre contributeur. Le ministre, qui connaît chaque ART ainsi que l'économie de la LPPF, est le mieux placé pour cerner et évaluer dans chaque situation pouvant survivre les risques pouvant découler de la révocation d'un

residual discretion in the Minister to deal with situations that might arise is a way to achieve that balance.

[32] I believe that Parliament's goal in enacting section 40 was to provide for portability of pensions, while allowing the Minister the discretion to arrange and oversee the entire relationship among companies, the Crown and the contributors. Inherent in that discretion must be a way for the Minister to permit contributors who wish to change their minds after asking for a transfer of pension funds to receive their well-earned pensions while, at the same time, protecting the public interest.

[33] Thus, it is reasonable to conclude that, pursuant to and consistent with the Minister's discretion under section 40, Ms. Ault may revoke her request only with the consent of and subject to such conditions as the Minister considers appropriate.

[34] That is not to say that the Minister's discretion is unfettered. As discussed above, decisions of the Minister must be made in a way that is not patently unreasonable.

(d) Is this harmonious with the statute as a whole?

[35] Interpreting the provisions of section 40 in this manner is harmonious with the statute as a whole. Contributors are not prohibited from accessing their pensions. Contrary to Ms. Ault's position that the position of the Minister is grossly inconsistent with the Minister's fiduciary role, I find the ability of the Minister to impose conditions where the circumstances warrant to be entirely harmonious with the obligations of the Minister under the PSSA. The Minister's fiduciary duty, as defined by the PSSA as a whole, extends beyond the narrow confines of Ms. Ault's pension to the efficient and effective administration of a complex pension scheme. He is accountable to many thousands of federal public servants and, indeed, to all Canadians for prudent

consentement. Le législateur n'a pu avoir l'intention qu'on lie les mains du ministre par une interprétation étroite de son pouvoir discrétionnaire. Une façon d'atteindre l'équilibre requis, c'est de conférer au ministre le pouvoir discrétionnaire résiduel lui permettant de s'occuper des diverses situations pouvant survenir.

[32] J'estime que l'objectif du législateur en adoptant l'article 40 était d'assurer la transférabilité des pensions, tout en conférant au ministre le pouvoir discrétionnaire de régir et de superviser l'ensemble de la relation existant entre les entreprises, la Couronne et les contributeurs. Il doit nécessairement découler de ce pouvoir discrétionnaire la faculté pour le ministre, tout en protégeant en même temps l'intérêt public, de permettre aux contributeurs qui désirent changer d'avis, après avoir demandé le transfert de leur fonds de pension, de recevoir l'argent bien mérité de leur pension.

[33] Il est ainsi raisonnable de conclure qu'en conformité avec le pouvoir conféré au ministre par l'article 40 et en vertu de ce pouvoir, M<sup>me</sup> Ault ne peut révoquer sa demande qu'avec le consentement du ministre et sous réserve des conditions jugées appropriées par ce dernier.

[34] Cela ne veut pas dire que le pouvoir discrétionnaire du ministre est absolu. Comme on l'a déjà mentionné, les décisions du ministre ne doivent pas être manifestement déraisonnables.

d) Cela s'harmonise-t-il avec la loi dans son ensemble?

[35] Interpréter l'article 40 de cette manière s'harmonise avec la loi dans son ensemble. On n'empêche pas aux contributeurs de toucher l'argent de leur pension. Contrairement à la prétention de M<sup>me</sup> Ault selon laquelle la position du ministre va totalement à l'encontre de son rôle fiduciaire, j'estime que la faculté du ministre d'imposer des conditions lorsque la situation le justifie s'harmonise parfaitement avec les obligations auxquelles l'assujettit la LPFP. L'obligation fiduciaire incombant au ministre en vertu de la LPFP dans son ensemble ne se restreint pas à la seule pension de M<sup>me</sup> Ault, mais a plutôt pour objet l'administration efficace d'un régime de pension complexe. Le ministre doit répondre de la gestion prudente de l'argent sous sa



management of the funds under his direction.

[36] By voluntarily resigning from her position with the federal public service and seeking to take advantage of the RTA, Ms. Ault set herself apart from those many public servants who made no such choice and continue to be governed by other provisions of the PSSA. Those public servants deserve and can expect an automatic, unconditional access to their pensions. Ms. Ault, having made her choices, must expect to be treated differently. This different treatment is also consistent with the thrust of the PSSA.

#### Conclusion

[37] In taking a broad and liberal approach to the interpretation of this statute, I would conclude that, in certain circumstances and subject to a reciprocal right of the Minister to protect the superannuation fund through terms and conditions on the revocation (discussed under Issue No. 2), Ms. Ault has the ability to revoke her request.

Issue No. 3: Was the requirement of the Minister that the applicant execute a release and indemnity a proper exercise of his discretion?

#### Applicant's Submissions

[38] The applicant submits that, even if the Minister has discretion to allow a contributor to revoke an unexecuted request for a transfer payment, the conditions which it seeks to impose on the applicant are improper and irrelevant (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121). The exercise of discretion for an improper purpose or on the basis of an irrelevant consideration is *ultra vires* (*Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231).

[39] It would be entirely inconsistent with the purposes of the PSSA to allow the Minister to use his power as custodian of the Superannuation Account and

responsabilité à plusieurs milliers de fonctionnaires fédéraux et, de fait, à l'ensemble des Canadiens.

[36] En démissionnant volontairement de son poste dans la fonction publique fédérale et en demandant à se prévaloir des dispositions de l'ART, M<sup>me</sup> Ault s'est dissociée des nombreux autres fonctionnaires qui n'ont pas fait un tel choix et continuent d'être régis par d'autres dispositions de la LPFP. Ces fonctionnaires s'attendent à avoir un accès automatique et inconditionnel à leur pension, attente qui est justifiée. Ayant fait les choix qui sont les siens, M<sup>me</sup> Ault doit s'attendre à être traitée de manière différente. Ce traitement différent est également compatible avec l'esprit de la LPFP.

#### Conclusion

[37] En recourant à une interprétation large et libérale de la loi en cause, je concluais qu'en certaines circonstances et sous réserve du droit inverse du ministre de protéger la caisse de retraite en assortissant la révocation de conditions (sujet examiné en regard de la 2<sup>e</sup> question), M<sup>me</sup> Ault peut révoquer sa demande.

3<sup>e</sup> question en litige: L'obligation imposée à la demanderesse par le ministre de signer un accord de désistement et d'indemnité constituait-il un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire?

#### Les prétentions de la demanderesse

[38] La demanderesse soutient que, même si le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser un contributeur à révoquer une demande non encore satisfaite de transfert de paiement, les conditions qu'il cherche à lui imposer sont inappropriées et non pertinentes (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121). L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans un but irrégulier ou fondé sur des motifs non pertinents est invalide (*Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231).

[39] Il serait totalement incompatible avec l'objet de la LPFP de permettre au ministre de se servir de ses pouvoirs à titre d'administrateur du compte de pension

administrator of the Superannuation Plan as a lever to extract collateral advantage from pensioners. Ms. Ault is an innocent victim in a dispute between the Crown and Loba. To require that, in order to obtain her pension, she must indemnify the Crown for damages for which the Crown might ultimately be liable to pay to Loba is punitive and inconsistent with the statutory purpose of the PSSA.

#### Respondent's Submissions

[40] In the respondent's submission, the Minister's reason for requiring a release and indemnity is to protect the Public Service Pension Fund and the federal Crown from future potential claims that could arise as a result of Ms. Ault's revocation of her direction to transfer. In particular, if Loba is successful in its breach of contract action, Ms. Ault could sue the Crown for damages, which could lead to double recovery since she would have been in receipt of a public service pension since 2002. In addition, Loba could sue the Crown for the 7.5% of the transferred pension funds that it would have received had Ms. Ault not revoked her request to transfer the funds.

[41] The respondent disagrees with Ms. Ault's portrayal of herself as the victim in the litigation between the Crown and Loba. Ms. Ault made a decision of her own free will to leave the federal public service and requested a transfer of her pension funds without legal advice and without investigating the ramifications. Moreover, she was aware that she had to be employed by Loba and that the Crown had issues with the validity of that employment relationship.

#### Analysis

[42] A discretionary decision such as this, as discussed above, is subject to considerable deference. However, that does not mean that every decision is unassailable by the Court. In particular, the imposition of a requirement for a release and indemnification is very harsh indeed. Its effect is to deprive Ms. Ault of the ability to claim damages for the actions of the Crown and to leave her open for claims by the Crown. Given the draconian nature of these requirements and the potential (even if

de retraite et du Régime de pensions pour soutirer des pensionnés des avantages accessoires. M<sup>me</sup> Ault est l'innocente victime d'un différend entre la Couronne et Loba. Exiger que, pour pouvoir obtenir sa pension, elle doive garantir la Couronne contre les dommages-intérêts que celle-ci pourrait être éventuellement tenue de verser à Loba a un caractère punitif et est incompatible avec l'objet de la LPFP.

#### Les prétentions du défendeur

[40] Le défendeur soutient que le ministre a exigé un accord de désistement et d'indemnité en vue de protéger la caisse de retraite de la fonction publique et la Couronne fédérale à l'encontre d'actions auxquelles pourraient éventuellement donner lieu la révocation par M<sup>me</sup> Ault de sa demande de transfert. Advenant que Loba ait gain de cause dans son action pour rupture de contrat, en particulier, M<sup>me</sup> Ault pourrait poursuivre la Couronne en dommages-intérêts. Il pourrait en résulter un double recouvrement, M<sup>me</sup> Ault touchant depuis 2002 une pension de la fonction publique. En outre, il se pourrait que Loba poursuive la Couronne pour les honoraires, fixés à 7,5 % des cotisations de retraite transférées, qu'elle aurait obtenus si M<sup>me</sup> Ault n'avait pas révoqué sa demande de transfert.

[41] Le défendeur estime que M<sup>me</sup> Ault se dépeint à tort comme une victime du litige opposant la Couronne et Loba. M<sup>me</sup> Ault a volontairement choisi de quitter la fonction publique fédérale, et elle a demandé le transfert de son fonds de pension sans demander d'avis juridique et sans étudier les répercussions de sa décision. Elle savait en outre qu'il lui fallait véritablement travailler pour Loba, et que la Couronne avait des doutes sur la validité de sa relation d'emploi.

#### Analyse

[42] Comme on l'a déjà mentionné, il faut faire preuve de beaucoup de retenue face à une décision discrétionnaire comme celle sous examen. Cela ne veut pas dire, toutefois, que pareille décision échappe toujours au contrôle judiciaire. Or, en particulier, l'obligation faite de signer un accord de désistement et d'indemnité s'avère très rigoureuse. Elle a pour effet d'empêcher M<sup>me</sup> Ault de réclamer des dommages-intérêts pour les actes de la Couronne, tout en la laissant

not likely) ramifications to Ms. Ault, I would expect to see both a careful consideration of all of the consequences of the condition and a clear expectation that the conditions were needed to protect the fiduciary duty of the Minister to the beneficiaries of the Superannuation Fund and the Canadian public interest. In this case, I saw neither.

[43] In analysing whether the decision was patently unreasonable, the following factors are very relevant:

- There was a delay of over a year by the Minister (from October 13, 2000 when the request to transfer was made and December 20, 2001 when criminal charges and Loba's statement of claim were filed) during which Ms. Ault was not apprised of the seriousness of the problems with the Loba RTA. Had she known prior to the laying of criminal charges against Loba, she may have been able to revoke her consent with the agreement of Loba. Evidence before me indicates that as late as September 2000, the Minister would consent to a revocation provided that Loba was in agreement.

- Although Ms. Ault freely chose to resign, and is not entirely an innocent victim, she certainly is not a party to the delay in transferring the funds or the claim by Loba against the Crown.

- There is a serious inequality of bargaining positions. Ms. Ault, who is now 60 years of age and otherwise eligible to receive a pension, is unable to access those funds without agreeing to the conditions imposed by the Minister.

[44] The respondent argues that it is entirely reasonable to request that Ms. Ault indemnify the Crown and thereby protect it should Loba be successful in its current actions or should the Crown be successfully sued by Loba. I find that such assertions by the respondent

susceptible d'être poursuivie par celle-ci. Étant donné le caractère draconien de ces obligations et leurs répercussions éventuelles (même si elles ne sont pas probables) pour M<sup>me</sup> Ault, je m'attendrais à ce qu'on ait examiné avec soin toutes les conséquences de la condition, et qu'on se soit attendu clairement à ce que celle-ci soit requise pour protéger l'intérêt public des Canadiens ainsi que le rôle de fiduciaire du ministre à l'endroit des prestataires de la Caisse de retraite. Or, on n'est en présence ni de l'une ni de l'autre situation en l'espèce.

[43] Les facteurs qui suivent sont particulièrement pertinents en vue d'établir si la décision était ou non manifestement déraisonnable.

- Il y a eu un retard de plus d'un an du fait du ministre (soit entre le 13 octobre 2000, la date où la demande de transfert a été présentée, et le 20 décembre 2001, la date où des accusations ont été portées au pénal et où la déclaration de Loba a été produite) pendant lequel M<sup>me</sup> Ault n'a pas été informée des graves problèmes soulevés par l'ART de Loba. Si M<sup>me</sup> Ault avait su plus tôt que des accusations étaient déposées contre Loba, elle aurait pu avec le consentement de celle-ci révoquer son consentement. Selon la preuve dont je suis saisie, le ministre aurait accepté une révocation aussi tardivement qu'en septembre 2000, du moment que Loba y consentait.

- Bien que M<sup>me</sup> Ault ait choisi librement de démissionner—et n'est pas ainsi une victime parfaitement innocente—elle n'est assurément en rien responsable du retard dans le transfert, non plus que de l'action intentée par Loba contre la Couronne.

- Il y a grave déséquilibre dans le pouvoir de négociation des parties. M<sup>me</sup> Ault, qui est maintenant âgée de 60 ans et qui a le droit par ailleurs de recevoir une pension, ne peut toucher l'argent sans accepter les conditions que le ministre lui impose.

[44] Le défendeur soutient qu'il est parfaitement raisonnable d'exiger que M<sup>me</sup> Ault indemnise la Couronne, et la tienne ainsi à couvert, advenant que Loba ait gain de cause dans ses actions actuelles ou éventuelles à son encontre. J'estime que pareilles

were unsupported by any evidence other than the originating statement of claim by Loba and the responding statement of defence. At this date, it is pure and unsubstantiated speculation as to whether Loba will be successful or whether Loba will sue the Crown for recovery of the 7.5% fee. The matter is left clouded even further by the existence of criminal charges against Loba. Should Ms. Ault be required to execute an indemnity based on this reasoning? I think not.

[45] With respect to the release requested, the situation is too complex at this stage to contemplate whether Ms. Ault has any possible claims against the Crown. If Ms. Ault has a claim against the Crown in respect of how this matter was handled, it could well be a legitimate claim that results in damages that are separate and apart from her pension benefits. If the claim—which is highly speculative—has merit, I would call the result “fair” not “double-dipping”. Further, I would expect that any such claim would be vigorously fought and success would not be certain. Should she be prohibited in all possible claims at this stage of uncertainty? I think not.

[46] The respondent points to the fact that Ms. Ault signed a similar release when she requested the transfer of her pension funds on October 13, 2000. Therefore, it is submitted that requiring the applicant to sign a release before she can revoke her consent to the transfer and exercise her options under section 13 [as am. by S.C. 1996, c. 18, s. 30; 1999, c. 34, s. 65] of the PSSA is reasonable. However, I note that Ms. Ault received no legal advice at the time she executed that standard-form document and may not have appreciated its importance. Therefore, I do not accept this argument as helpful to the respondent.

[47] The unusual circumstances associated with this decision lead me to the conclusion that it was patently unreasonable to require Ms. Ault to execute a release and indemnity as a condition to accepting the revocation of her consent to the transfer of funds. While the Minister must protect the interests of Canadians and current and

assertions du défendeur ne sont étayées par aucun élément de preuve autre que la déclaration de Loba et sa propre défense. À ce jour, on ne peut que spéculer quant à savoir si Loba aura gain de cause et si elle poursuivra la Couronne pour recouvrer ses honoraires de 7,5 %. La question est encore plus embrouillée du fait de l'existence d'accusations au pénal déposées contre Loba. M<sup>me</sup> Ault devrait-elle être tenue de signer un accord d'indemnité si l'on se fonde sur le raisonnement du défendeur? Je ne le crois pas.

[45] En ce qui concerne l'accord de désistement exigé, la situation est trop complexe au stade actuel pour qu'on puisse établir dans quelle mesure M<sup>me</sup> Ault disposerait de recours contre la Couronne. Si M<sup>me</sup> Ault peut faire valoir un recours relativement à la façon dont la Couronne a traité l'affaire, ce pourrait bien être une action légitime entraînant l'octroi—indépendamment de ses prestations de pension—de dommages-intérêts. Si l'action, très hypothétique, s'avère bien fondée, le résultat selon moi en serait un d'«équité» et non de «cumul d'avantages». Je m'attendrais en outre à ce qu'une défense vigoureuse soit opposée à une telle action, s'il en est, et que l'issue de celle-ci soit incertaine. Devrait-on interdire à M<sup>me</sup> Ault tout recours éventuel au niveau d'incertitude où l'on en est actuellement? Je crois que non.

[46] Le défendeur relève le fait que M<sup>me</sup> Ault a signé un accord de désistement semblable lorsqu'elle a demandé le transfert de son fonds de pension le 13 octobre 2000. Il soutient qu'il était donc raisonnable de demander à la demanderesse de signer un accord de désistement avant qu'elle ne révoque son consentement au transfert et n'exerce ses options en vertu de l'article 13 [mod. par L.C. 1996, ch. 18, art. 30; 1999, ch. 34, art. 65] de la LPFP. Je ferai remarquer, toutefois, que M<sup>me</sup> Ault n'a obtenu aucun avis juridique au moment où elle a signé le document type et a pu mal en saisir l'importance. Je n'estime donc pas cet argument utile au défendeur.

[47] Les circonstances inhabituelles entourant la présente affaire m'amènent à conclure qu'il était manifestement déraisonnable d'exiger, à titre de condition préalable, que M<sup>me</sup> Ault signe un accord de désistement et d'indemnité avant qu'on accepte la révocation de son consentement au transfert. Quoique le

future pension recipients, he must do so with measures that are not arbitrary and that are based on more than speculation.

#### Conclusion

[48] For these reasons, I would allow this application for judicial review. The matter will be referred back to the Minister for reconsideration and any consent to revocation will be made without the conditions put before me in this proceeding.

[49] While I hope that the Minister will accept the revocation without delay and free of any conditions, I am not prepared to go so far as to order the Minister to do so. Such an order would not be in accordance with my view that the Minister must be allowed to exercise his discretion in deciding whether and how to allow a reversal of a contributor's initial request. Although, on the basis of the facts before me, I see no need for any conditions, there may be circumstances of which I am not aware that would warrant different conditions. If so, I would expect the Minister to carefully analyse the reasonableness of any proposed conditions and to provide clear, supportable rationale for them to Ms. Ault.

#### Costs

[50] Ms. Ault requests costs on a solicitor-client basis. An award of costs on a solicitor-and-client basis is extraordinary. In my view, there is nothing in this application that would warrant costs on any basis other than in accordance with column III of the table to Tariff B [*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*].

#### ORDER

##### THIS COURT ORDERS THAT:

1. The decision of the Minister, as set out in the letter dated September 19, 2002 from Heather Macpherson to the applicant, is set aside and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

ministre doit protéger les intérêts des Canadiens et des pensionnés actuels et futurs, il doit recourir à cette fin à des mesures non arbitraires fondées sur davantage que des spéculations.

#### Conclusion

[48] J'accueillerais pour ces motifs la présente demande de contrôle judiciaire. L'affaire sera renvoyée au ministre pour nouvel examen, le consentement à la révocation ne devant pas être assorti des conditions dont j'ai été saisie dans la présente instance.

[49] Quoique j'espère que le ministre acceptera la révocation sans retard ni conditions, je ne suis pas disposée à aller jusqu'à le lui ordonner. Je suis en effet d'avis, au contraire, qu'il faut permettre au ministre de décider, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, s'il y a lieu d'autoriser le retrait de la demande initiale d'un contributeur et, le cas échéant, selon quel mode. Bien qu'en fonction des faits d'espèce, je ne juge pas nécessaire l'imposition de conditions, il pourrait y avoir des situations auxquelles je ne songe pas où des conditions différentes seraient justifiées. Je m'attendrais, dans un tel cas, à ce que le ministre examine avec soin si les conditions projetées sont ou non raisonnables, et donne à cet égard à M<sup>me</sup> Ault des explications claires et valables.

#### Dépens

[50] M<sup>me</sup> Ault demande qu'on lui attribue les dépens avocat-client. L'octroi de tels dépens est exceptionnel. Rien ne justifie selon moi, dans le cadre de la présente demande, qu'on adjuge des dépens autrement qu'en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B [*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*].

#### ORDONNANCE

##### LA COUR ORDONNE:

1. La décision du ministre énoncée dans la lettre du 19 septembre 2002 adressée par Heather Macpherson à la demanderesse est annulée, et l'affaire est renvoyée au ministre pour nouvel examen.

2. In exercising his discretion in deciding whether to accept the revocation by the applicant, the Minister shall not make it a condition of any consent given that the applicant execute a release and indemnity in the form submitted in this hearing.
3. Costs shall be awarded to the applicant, assessed in accordance with column III of the table to Tariff B.
2. Lorsqu'il décide, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, s'il y a lieu d'autoriser la révocation par la demanderesse de sa demande de transfert, le ministre ne doit pas imposer comme condition à l'octroi de tout consentement que la demanderesse signe un accord de désistement et d'indemnité en la forme produite à la présente audience.
3. Les dépens, calculés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B, sont attribués à la demanderesse.

T-158-01  
2003 FC 994

T-158-01  
2003 CF 994

**Matthew Stopford (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

*INDEXED AS: STOPFORD v. CANADA (F.C.)*

Federal Court, Gibson J.—Ottawa, April 7 and August 25, 2003.

*Armed Forces — Forces member served in Croatia under UN mandated operation — Suing Crown claiming general, punitive, aggravated, exemplary damages for breach of fiduciary duty — Eventually awarded 100% disability pension — Defendant's own report admitting treatment for those having served in Croatia "a disgrace" — Defendant revealing to plaintiff was poisoned by comrades in Croatia — No medical, emotional support given at time — Crown motion for summary judgment dismissing action denied.*

*Crown — Trusts — Crown sued for damages for negligence of servants, agents, breach of fiduciary duty to soldier severely disabled following service in Croatia — Poisoned by comrades — Report prepared by Crown treatment available to those serving in Croatia "a disgrace" — Crown moving for summary dismissal arguing: (1) receiving pension for injuries; (2) other Forces members did not owe plaintiff private law duty of care — Statutory provision no action lies against Crown where pension awarded — Case law holding statutory bar applies only if pension awarded on same factual basis as that of action — Federal Court, O.C.A. having recently recognized Crown's fiduciary duty in cases applicable herein — Motion denied.*

*Pensions — Soldier, disabled following service overseas, suing Crown for negligence, breach of fiduciary duty — Crown moving for summary dismissal — Plaintiff in receipt of full disability pension — Under Pension Act, s. 111, no action lies against Crown where pension awarded — Statutory bar applies only if pension awarded on same factual basis as*

**Matthew Stopford (demandeur)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

*RÉPERTORIÉ: STOPFORD c. CANADA (C.F.)*

Cour fédérale, juge Gibson—Ottawa, 7 avril et 25 août 2003.

*Forces armées — Membre des Forces qui a servi en Croatie dans le cadre d'une opération commandée par l'ONU — Il poursuit la Couronne en réclamant des dommages non symboliques et exemplaires pour manquement à une obligation fiduciaire — Il a obtenu une pension d'invalidité de 100 % — La défenderesse avoue elle-même dans son rapport que le traitement réservé aux soldats qui ont servi en Croatie était «honteux» — La défenderesse a révélé au demandeur qu'il avait été empoisonné par ses camarades en Croatie — Aucune aide médicale ni émotionnelle ne lui a été fournie à l'époque — La requête de la Couronne en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action est refusée.*

*Couronne — Fiducies — La Couronne a été poursuivie pour dommages en raison de la négligence de ses employés, préposés et mandataires, pour manquement à son obligation fiduciaire envers un soldat qui a été gravement handicapé par suite de son service en Croatie — Il a été empoisonné par ses camarades — Le rapport préparé par la Couronne indique que le traitement réservé aux soldats qui ont servi en Croatie était «honteux» — La Couronne a présenté une requête pour que l'action soit renvoyée de façon sommaire en faisant valoir: 1) que le soldat avait reçu une pension pour ses blessures; 2) que les autres membres des Forces ne devaient pas au demandeur une obligation de diligence de droit privé — La Loi statue qu'aucune action n'est recevable contre la Couronne lorsqu'une pension est accordée — La jurisprudence stipule que cette irrecevabilité d'origine législative ne s'applique que si la pension est accordée sur le même fondement factuel que l'action — La Cour fédérale et la C.A.O. ont récemment reconnu l'obligation fiduciaire de la Couronne dans des causes qui s'appliquent à l'espèce — Requête rejetée.*

*Pensions — Un soldat, rendu handicapé à la suite de son service à l'étranger, poursuit la Couronne pour négligence et manquement à son obligation fiduciaire — La Couronne a présenté une requête pour faire rejeter sommairement l'action — Le demandeur reçoit une pleine pension d'invalidité — En vertu de l'art. 111 de la Loi sur les pensions, aucune action*

*action barred — Plaintiff's argument: part of relief claimed not "in respect of" injury, aggravation during military service but after return to Canada — Motion denied.*

*Practice—Judgments and Orders—Summary Judgment—Soldier, badly disabled following service overseas, suing Crown for negligence, breach of fiduciary duty — Crown moving for summary dismissal as disability due to military service, action statute barred as in receipt of disability pension — Burden on moving party: satisfy Court no genuine issue for trial or issue so doubtful deserving no further consideration — Judge to take "hard look" at merits, if possible, make findings of fact, law — Evidentiary basis supporting plaintiff's argument claim not statute barred as not directly connected with military service, but that disease or aggravation arose after return to Canada — Motion denied.*

This was a motion by the Crown for summary judgment dismissing plaintiff's claim arising from disabling injuries suffered when serving in Croatia under a UN-mandated operation. Following plaintiff's return from the theatre and the onset of serious medical conditions, he was released as unfit and eventually awarded a 100% pension. A report prepared by the Crown itself acknowledged that the treatment of those who had served in Croatia between 1993 and 1995 was "a disgrace". To make matters even worse, in 1999 defendant revealed to plaintiff allegations that he had been poisoned by fellow soldiers whilst serving in Croatia but defendant failed to provide him with any medical or emotional support at that time. In fact, the Military Police Complaints Commission confirmed that "Visine, coalant and naphtha" had been put in his coffee.

Plaintiff's amended statement of claim seeks damages as well as punitive, aggravated and exemplary damages for defendant's breach of fiduciary duty, breach of statutory duty and negligence on the part of its servants and agents. In its defence, the Crown asserts that plaintiff has no cause of action since his disability is the result of military service.

*n'est recevable contre la Couronne lorsqu'une pension est accordée — Cette irrecevabilité d'origine législative ne s'applique que si la pension est accordée sur le même fondement factuel que l'action — L'argument du demandeur fait valoir qu'une part du redressement réclamé n'est pas «in respect of» une blessure ou une aggravation de celle-ci qui découle de son service militaire, mais «in respect of» une maladie qui s'est déclarée après son retour au Canada — Requête rejetée.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Un soldat, gravement handicapé à la suite de son service à l'étranger, poursuit la Couronne pour négligence et manquement à son obligation fiduciaire — La Couronne a présenté une requête pour faire rejeter sommairement l'action étant donné que l'invalidité est attribuable au service militaire, et donc que l'action est irrecevable puisque le soldat reçoit une pension d'invalidité — La partie qui présente une requête doit convaincre la Cour que la réclamation ne présente aucune véritable question litigieuse ou que la question en litige est tellement douteuse qu'elle ne mérite pas d'être examinée de façon approfondie — Le juge doit «examiner de près» le fond et, si possible, tirer des conclusions de fait et de droit — Le fondement probatoire est suffisant pour appuyer l'argument du demandeur selon lequel sa réclamation n'est pas irrecevable étant donné qu'elle n'est pas directement liée à son service militaire, mais que sa maladie ou l'aggravation de celle-ci s'est déclarée après son retour au Canada — Requête rejetée.*

Il s'agit d'une requête déposée au nom de la Couronne en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action du demandeur découlant des blessures graves qu'il a subies quand il servait en Croatie dans le cadre d'une opération commandée par l'ONU. Après son retour au Canada et l'apparition de graves symptômes, il a été libéré des Forces parce qu'il était inapte et il a finalement obtenu une pension de 100 %. Le rapport préparé par la Couronne elle-même reconnaît que le traitement des soldats qui avaient servi en Croatie entre 1993 et 1995 était «honteux». Pour empirer encore les choses, en 1999, la défenderesse a révélé au demandeur des allégations selon lesquelles il avait été empoisonné par ses camarades pendant son service en Croatie, mais la défenderesse ne lui a fourni aucune aide médicale ni émotionnelle à l'époque. En fait, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a confirmé que «de la visine, du réfrigérant et du naphtha» avaient été versés dans son café.

Dans sa déclaration modifiée, le demandeur réclame des dommages-intérêts non symboliques de même que des dommages-intérêts exemplaires découlant du manquement par la défenderesse à son obligation fiduciaire, ainsi qu'à son obligation d'origine législative, de la négligence de ses employés, préposés et mandataires. Dans sa défense, la Couronne affirme que le demandeur n'a pas de cause d'action



There were two issues upon this motion: (1) the appropriate test for summary judgment; and (2) whether that test was met. On the second issue, it was argued for plaintiff that the answer to the question of whether the Crown owes a fiduciary duty with regard to the treatment and support of injured soldiers is essential in responding to defendant's submission that this action is statute barred, plaintiff having been granted a military pension.

*Held*, the motion should be dismissed.

Upon an application for summary judgment, the moving party bears the burden of satisfying the Court that the claim presents no genuine issue for trial or that the issue is so doubtful as to deserve no further consideration. It is the responsibility of both sides to "put their best foot forward" to assist the motions judge to decide whether there is a genuine issue for trial. The judge has to take a "hard look" at the merits and, if possible, make findings of fact and law.

There was no dispute that plaintiff has a full disability pension and that, under *Pension Act*, section 111, no action lies against Her Majesty or any agent or servant thereof in respect of any injury or disease resulting in disability where a pension is or may be awarded under the Act. *Crown Liability and Proceedings Act*, section 9 is to somewhat the same effect. Of this last-mentioned provision, it has been held that, while broad, for the provision of a pension to bar an action against the Crown, it would have to be given on the same factual basis as the action barred. The purpose of section 9 is to prevent double recovery for the same claim. Plaintiff's argument was that a good part of the relief claimed was not "in respect of" an injury or aggravation thereof directly connected with military service, but rather "in respect of" disease or aggravation thereof arising after plaintiff's return to Canada. An evidentiary basis supporting that submission was before the Court.

As for case law, the Federal Court of Appeal has just recently sustained the decision of Lemieux J. denying the Crown's summary judgment application in a case where a female Captain sued the Crown, claiming damages for breach of fiduciary duty in that her superior officers failed to ensure an atmosphere conducive to the acceptance of women in

étant donné que son incapacité est attribuable à son service militaire.

Il y a deux questions à résoudre dans le cadre de la présente requête: 1) déterminer le critère qu'il convient d'appliquer au jugement sommaire; et 2) déterminer si ce critère a été respecté. Dans le cadre de la deuxième question en litige, le demandeur fait valoir que la réponse à la question de savoir si la Couronne a une obligation fiduciaire à l'égard du traitement et de l'aide apportés aux soldats blessés est essentielle pour pouvoir déterminer si la prétention de la défenderesse est exacte, c'est-à-dire que l'action est irrecevable du fait que le demandeur touche une pension militaire.

*Jugement*: la requête est rejetée.

Dans une requête en jugement sommaire, la partie qui présente la requête doit convaincre la Cour que la réclamation en cause ne présente aucune véritable question litigieuse, ou que la question en litige est tellement douteuse qu'elle ne mérite pas d'être examinée de façon approfondie. Il incombe aux deux parties de «présenter leurs meilleurs arguments» pour que le juge des requêtes puisse trancher cette question. Le juge doit «examiner de près» le fond et, si possible, tirer des conclusions de fait et de droit.

Il n'a pas été contesté que le demandeur reçoit une pleine pension d'invalidité et que, en vertu de l'article 111 de la *Loi sur les pensions*, nulle action n'est recevable contre Sa Majesté ni contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de Sa Majesté relativement à une blessure ou une maladie ayant entraîné une invalidité dans tous les cas où une pension est ou peut être accordée en vertu de la Loi. L'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* va généralement dans le même sens. Cet article, bien qu'il soit libellé en termes larges, n'en exige pas moins que, pour qu'elle fasse obstacle à une action contre l'État, la pension doit avoir le même fondement factuel que l'action irrecevable. L'article 9 a pour but d'empêcher la double indemnisation pour une même réclamation. Le demandeur soutient qu'une part importante du redressement qu'il réclame n'est pas «*in respect of*» une blessure ou une aggravation de celle-ci qui découle de son service militaire ou y est directement rattachée, mais plutôt «*in respect of*» une blessure ou une maladie, ou une aggravation de celle-ci, qui s'est déclarée après le retour du demandeur au Canada. La Cour était saisie d'un fondement probatoire suffisant pour appuyer cette prétention.

Quant à la jurisprudence, la Cour d'appel fédérale a récemment maintenu la décision du juge Lemieux rejetant une requête de la Couronne en jugement sommaire dans une affaire où une capitaine poursuivait la Couronne en dommages-intérêts pour manquement à son obligation fiduciaire parce que ses supérieurs hiérarchiques n'avaient pas établi une

non-traditional roles: *Marsot v. Canada (Department of National Defence)*. The Court of Appeal held that the Crown had failed to establish that the basis upon which she was awarded a pension was in respect of the same injury or loss which was the basis for her claims.

The issues of summary judgment and alleged breach of fiduciary duty were before the Ontario Court of Appeal in *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2001), concerning a pension administered by the Department of Veterans Affairs (DVA). The Court was in agreement that the Crown was a fiduciary in respect of those whose funds were being administered by the DVA and that duty had been breached by its failure to invest or pay interest on these funds. While *Authorson* has now been reversed on other grounds, it remains an authority for the proposition that plaintiff may have a right to relief even though in receipt of a pension and the relevant provisions of the *Pension Act* and the *Crown Liability and Proceedings Act* notwithstanding.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), s. 9.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106.  
*Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 111 (as am. by S.C. 2000, c. 34, s. 42).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Apotex Inc. v. Canada* (2003), 25 C.P.R. (4th) 479 (F.C.T.D.); *Marsot v. Canada (Department of National Defence)*, [2002] 3 F.C. 579; (2002), 217 F.T.R. 232 (T.D.); affd [2003] F.C.J. 453 (C.A.); *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2001), 58 O.R. (3d) 417; 215 D.L.R. (4th) 496; 33 C.C.P.B. 1; 92 C.R.R. (2d) 224; 157 O.A.C. 278 (C.A.); affg (2000), 53 O.R. (3d) 221; 84 C.R.R. (2d) 211 (S.C.J.).

##### CONSIDERED:

*Stopford v. Canada*, [2002] 1 F.C. 360; (2001), 11 C.C.E.L. (3d) 235; 209 F.T.R. 295 (T.D.); *Sarvanis v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 921; (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40; (2003), 227 D.L.R. (4th) 385; 36 C.C.P.B. 29; 306 N.R. 335.

atmosphère propice à l'acceptation des femmes dans des rôles non traditionnels: *Marsot c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*. La Cour d'appel a maintenu que la Couronne n'avait pas établi que le fondement sur lequel l'intimée s'était vu accorder une pension se rapportait à la même blessure ou à la même perte que le fondement à l'appui de sa demande.

Les questions de jugement sommaire et de manquement allégué à une obligation fiduciaire ont été examinées par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2001), concernant une pension gérée par le Ministère des Anciens Combattants (MAC). La Cour a reconnu que la Couronne agissait à titre de fiduciaire à l'égard des membres dont les fonds étaient gérés par le MAC et qu'elle avait manqué à son obligation en n'investissant pas ces fonds ou en ne versant pas d'intérêt sur ces fonds. Bien que la décision *Authorson* ait été renversée pour d'autres motifs, elle est toujours valide pour appuyer la prétention selon laquelle le demandeur peut avoir un droit d'indemnisation malgré le fait qu'il touche une pension et d'autres prestations en vertu de la *Loi sur les pensions* et de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 9.  
*Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 111 (mod. par L.C. 2000, ch. 34, art. 42).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Apotex Inc. c. Canada* (2003), 25 C.P.R. (4th) 479 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Marsot c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [2002] 3 C.F. 579; (2002), 217 F.T.R. 232 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [2003] A.C.F. 453 (C.A.); *Authorson v. Canada (Attorney General)* (2001), 58 O.R. (3d) 417; 215 D.L.R. (4th) 496; 33 C.C.P.B. 1; 92 C.R.R. (2d) 224; 157 O.A.C. 278 (C.A.); conf. (2000), 53 O.R. (3d) 221; 84 C.R.R. (2d) 211 (A.C.S.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Stopford c. Canada*, [2002] 1 C.F. 360; (2001), 11 C.C.E.L. (3d) 235; 209 F.T.R. 295 (1<sup>re</sup> inst.); *Sarvanis c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 921; (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40; (2003), 227 D.L.R. (4th) 385; 36 C.C.P.B. 29; 306 N.R. 335.

MOTION for summary judgment dismissing an action. Motion denied.

APPEARANCES:

*James G. Cameron and Paul Champ* for plaintiff.

*Alain Préfontaine* for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for plaintiff.*

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons follow the hearing on April 7, 2003 of a motion on behalf of the defendant for summary judgment dismissing this action with costs. The defendant's motion was filed on July 26, 2002. The grounds for the motion are stated in the notice of motion itself in the following terms:

1. The Plaintiff was a soldier. He served in Croatia in 1993. He suffered injuries and conditions while in Croatia. They have seriously disabled him. He was awarded a medical pension because of these conditions. They also caused his release from the Forces on 28 October, 1998. Because he was released from the Forces on medical grounds, the Plaintiff also receives an immediate annuity he would not otherwise be entitled to.
2. The claim of this former soldier is based on two allegations. Both should be dismissed summarily.
3. The first claim is in respect of injuries and conditions, or an aggravation thereof, arising out of the Plaintiff's military service. For these injuries, the Plaintiff already receives a pension paid out of the Consolidated Revenue Fund. By operation of law, the Plaintiff has no cause of action;

REQUÊTE en jugement sommaire en vue de rejeter une action. Requête rejetée.

ONT COMPARU:

*James G. Cameron et Paul Champ* pour le demandeur.

*Alain Préfontaine* pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour le demandeur*

*Le sous-procureur général du Canada, pour la défenderesse.*

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs se rapportent à l'audition, le 7 avril 2003, d'une requête déposée au nom de la défenderesse en vue d'obtenir un jugement sommaire rejetant la présente action avec dépens. La requête de la défenderesse a été déposée le 26 juillet 2002. Les motifs sont énoncés dans l'avis de requête lui-même dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

1. Le demandeur était un soldat. Il a servi en Croatie en 1993 où il a subi des blessures et a été exposé à des conditions qui l'ont gravement handicapé. En conséquence, une pension pour raisons médicales lui est versée et il a été libéré des Forces armées le 28 octobre 1998. En raison de sa libération, pour des motifs d'ordre médical, le demandeur touche en outre une rente immédiate à laquelle il n'aurait pas eu droit autrement.
2. La réclamation de cet ancien soldat se fonde sur deux allégations, qui devraient toutes deux être rejetées sommairement.
3. La première réclamation se rapporte aux blessures qu'il a subies et conditions auxquelles il a été exposé ou à une aggravation de son état, découlant de son service militaire. Pour ces blessures, le demandeur touche déjà une pension qui lui est versée à même le Trésor. Par opération de la loi, le demandeur n'a pas de cause d'action.

4. The second claim is based on an allegation that various other members of the Forces owed the Plaintiff a private law duty of care. These other soldiers were performing public law duties. They did not owe Plaintiff a private law duty of care. This is not a proper case in which to extend such a duty;
  5. The second claim also fails because proceedings were commenced after the expiry of the applicable limitation period;<sup>1</sup>
4. La deuxième réclamation se fonde sur l'allégation selon laquelle plusieurs autres membres des Forces ont envers lui une obligation de diligence de droit privé. Ces autres soldats s'acquittaient d'obligations de droit public. Ils n'ont aucune obligation de diligence de droit privé envers le demandeur. Il ne s'agit pas d'un cas où ce genre d'obligation doit être respecté.
  5. La deuxième réclamation doit également être rejetée parce que la procédure a été entamée après l'expiration du délai de prescription applicable<sup>1</sup>.

## BACKGROUND

[2] The plaintiff's action was the subject of an earlier motion to strike. The reasons for decision of Prothonotary Aronovitch dismissing the motion to strike are reported as *Stopford v. Canada*.<sup>2</sup> Prothonotary Aronovitch's decision was not appealed. The background to the action is, in my view, admirably summarized in paragraphs 3 to 15 of her reasons. Those paragraphs are repeated here verbatim:

It should be borne in mind that for the purposes of a motion to strike a claim, or any part thereof, the facts alleged in the plaintiff's statement of claim must be presumed to be true. The following are the salient facts asserted by the plaintiff.

The plaintiff was a member of the Canadian Armed Forces from 1980 until his release on July 26, 1998. He had attained the rank of warrant officer and participated in three tours of duty in Cyprus and in UN peacekeeping duties in the Special Duty Area of Yugoslavia, Slovenia and Croatia from March until October, 1993. The plaintiff was in good physical, mental and emotional health prior to his service in Croatia.

In March 1993, the plaintiff was sent to Croatia under a UN mandated operation to serve in an area called "South Sector" which has been described by the defendant as having "a pace and intensity of operations unknown to Canadian soldiers since the Korean War". Peacekeepers in the sector were subjected to constant combat conditions and crossfire and witnessed terrible atrocities.

The plaintiff's duties included cleaning the area of organic waste, including human and animal remains, and constructing bunkers using mine pilings that were later found to contain a hazardous substance called bauxite.

## CONTEXTE

[2] L'action du demandeur a déjà fait l'objet d'une requête en radiation. Les motifs de la décision de la protonotaire Aronovitch rejetant la requête en radiation sont répertoriés sous *Stopford c. Canada*.<sup>2</sup> La décision de la protonotaire Aronovitch n'a pas fait l'objet d'un appel. Le contexte de l'action est, à mon avis, admirablement résumé aux paragraphes 3 à 15 de ses motifs. Ces paragraphes sont reproduits textuellement ci-dessous:

Rappelons que, pour trancher une demande de radiation d'une déclaration en tout ou en partie, la Cour doit tenir pour avérés les faits allégués par le demandeur dans sa déclaration. Voici les faits importants invoqués par le demandeur.

Le demandeur a été membre des Forces armées canadiennes de 1980 jusqu'à sa libération le 26 juillet 1998. Il a atteint le grade d'adjudant et il a participé à trois périodes d'affectation à Chypre et dans les forces de maintien de la paix de l'ONU dans la zone de service spécial de Yougoslavie, Slovénie et Croatie, de mars à octobre 1993. Le demandeur était en bonne santé physique, mentale et émotionnelle avant son service en Croatie.

En mars 1993, le demandeur a été envoyé en Croatie dans le cadre d'une opération commandée par l'ONU pour servir dans une zone appelée le «Secteur sud» où, selon la description fournie par le demandeur, [TRADUCTION] «les opérations se déroulaient à un rythme et avec une intensité que les soldats canadiens n'avaient pas connus depuis la guerre de Corée». Les casques bleus du Secteur ont été placés en situation de combat constant et de feu croisé et ils ont été témoins d'atrocités abominables.

Le demandeur avait notamment pour fonction de nettoyer la zone de déchets organiques, dont des restes humains et animaux, et de construire des bunkers en utilisant des pilotes de mine qui, selon les constatations faites plus tard, contenaient une substance dangereuse appelée bauxite.

No protective clothing, masks or gloves were provided by the military to perform these duties. No clean water was available for washing. The plaintiff was not tested for any exposure to potentially hazardous materials.

In an October 2, 1993 performance review, the defendant determined that the plaintiff's performance in Croatia had been outstanding. On January 15, 1994, the plaintiff was awarded a medal for his contribution to the effort in Croatia.

When the plaintiff returned to Canada in October of 1993, he was given no medical or counselling assistance by the military. A report prepared by the defendant considered that the treatment available to those who had served in Croatia in 1993 to 1995 was "at best arbitrary", "inadequate" and "a disgrace".

During the period of 1993 to 1995, the plaintiff began to experience profuse sweating and joint aches. He sought medical help from the defendant through his superior officers and Armed Forces medical personnel. He was told to drink less coffee.

The plaintiff then developed redness in his eyes and brought this to the defendant's attention. He was told that it was just "red eye" or an allergy. By January of 1996, the plaintiff was going blind in one eye and was incapacitated due to joint pain. On June 26, 1998, the defendant determined that he was medically unfit and he was released from service.

In 1996, the plaintiff applied to the Department of Veterans' Affairs for a disability pension. He initially received a 25% pension, which was increased to 100% on March 14, 2000, after numerous appeals by the plaintiff.

The story does not end there. On August 7, 1999, the plaintiff was informed by the defendant that there were allegations that members of his own troops had poisoned him while he was serving in Croatia. No medical or emotional support was provided by the defendant to the plaintiff at that time.

Following its investigations into the allegations, the Military Police Complaints Commission (MPCC) reported that poisoning had taken place and that the medical and tactical chain of command was aware at the time of the poisoning allegations, and that the plaintiff was not informed. The defendant stated that "Visine, coolant and naphtha were placed in Stopford's coffee".

L'armée ne lui a pas fourni de vêtements, de masque ni de gants de protection pour exécuter ces fonctions. Il n'avait pas accès à de l'eau propre pour se laver. Le demandeur n'a subi aucun test pour déterminer s'il avait été exposé à des matières potentiellement dangereuses.

Dans un examen de rendement en date du 2 octobre 1993, la défenderesse a conclu que le rendement du demandeur en Croatie avait été exceptionnel. Le 15 janvier 1994, le demandeur a été décoré pour sa contribution à l'effort fourni en Croatie.

Lorsque le demandeur est revenu au Canada en octobre 1993, l'armée ne lui a pas fourni d'aide médicale ni de services de counselling. Selon un rapport préparé par la défenderesse, le traitement accordé aux personnes qui ont servi en Croatie de 1993 à 1995 était [TRADUCTION] «au mieux arbitraire», «insuffisant» et «honteux».

Entre 1993 et 1995, le demandeur a commencé à souffrir de diaphorèse et de douleurs articulaires. Il a demandé une aide médicale à la défenderesse par l'entremise de ses officiers supérieurs et du personnel médical des Forces. On lui a dit de boire moins de café.

Le demandeur a commencé à avoir les yeux rouges et l'a signalé à la défenderesse. On lui a dit qu'il avait simplement les [TRADUCTION] «yeux rouges» ou une allergie. En janvier 1996, le demandeur perdait la vue d'un œil, et était frappé d'incapacité en raison de ses douleurs articulaires. Le 26 juin 1998, la défenderesse a conclu qu'il était inapte pour des raisons de santé et l'a libéré.

En 1996, le demandeur a demandé une pension d'invalidité au ministère des Anciens combattants. Il a reçu à l'origine une pension de 25 p. 100, qui a été haussée à 100 p. 100 le 14 mars 2000, à la suite des nombreux appels du demandeur.

L'histoire ne se termine pas là. Le 7 août 1999, le demandeur a été informé par la défenderesse du fait que, selon certaines allégations, des membres de sa propre troupe l'avaient empoisonné pendant son service en Croatie. Le demandeur n'a reçu aucune aide médicale ni émotionnelle de la défenderesse à ce moment.

Après avoir fait enquête sur ces allégations, la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire (CEPPM) a signalé qu'il y avait effectivement eu empoisonnement, que la chaîne de commandement médicale et tactique était au courant des allégations d'empoisonnement à l'époque et que le demandeur n'en avait pas été informé. La défenderesse a affirmé que [TRADUCTION] «de la visine, du réfrigérant et du naphtha ont été versés dans le café de M. Stopford.»

The plaintiff now suffers from a number of health problems, including post-traumatic stress and depression, partial blindness and significant intestinal problems. At age 38, he has been informed that his life expectancy may be less than 10 years. He is unable to enjoy the quality of life he was accustomed to prior to his illness. He has incurred significant financial burdens resulting from his lengthy pension appeals. His promising military career has ended prematurely.

[3] While the plaintiff filed an extensive affidavit on this application for summary judgment that elaborated to a significant extent on the foregoing summary of the background to this action, I am satisfied that it is not necessary for the purpose of these reasons to go beyond the summary provided by Prothonotary Aronovitch. Suffice it to say, the defendant has not challenged the foregoing summary. Equally, the plaintiff has not challenged in any substantial way the evidence before the Court on behalf of the defendant.

[4] The plaintiff filed two additional affidavits on this motion for summary judgment; first, that of Dr. Jacques J. Gouws, a certified psychologist for independent clinical psychology practice in Ontario; and secondly, that of Jack L. Granatstein, the distinguished research professor of History Emeritus of York University, Toronto at the time he swore his affidavit. Professor Granatstein attests to “a life long personal and professional interest in the Canadian Military”.<sup>3</sup>

[5] In representations on behalf of the defendant filed on this motion, the defendant acknowledges that Dr. Gouws is “a recognized specialist in the diagnosis and treatment of veterans suffering PostTraumatic Stress Disorder. . . and major depression”.<sup>4</sup> That being said, the defendant further submits that, on cross-examination, Dr. Gouws: first, acknowledged that the Department of Veterans Affairs had been paying his fees ever since the plaintiff became one of his patients; secondly, agreed that all of the plaintiff’s psychological conditions were caused by his service in Croatia in 1993, or are aggravations of conditions suffered as a result of his service in former Yugoslavia; thirdly, recognized that the

Le demandeur souffre maintenant de nombreux problèmes de santé, notamment de stress post-traumatique et de dépression, de cécité partielle et de problèmes intestinaux importants. À l’âge de 38 ans, on lui a dit que son espérance de vie pouvait être inférieure à dix ans. Il ne peut plus jouir de la qualité de vie à laquelle il était habitué avant sa maladie. Ses longs appels relatifs à sa pension lui ont causés de lourds fardeaux financiers. Sa carrière militaire prometteuse s’est terminée prématurément.

[3] Bien que le demandeur ait déposé un affidavit détaillé dans le cadre de la présente demande de jugement sommaire qui élabore dans une assez large mesure sur le résumé précité du contexte de la présente action, je suis convaincu qu’il n’est pas nécessaire, pour les fins des présents motifs, d’aller au-delà du résumé qui a été fait par la protonotaire Aronovitch. Il suffira de dire que la défenderesse n’a pas contesté le résumé reproduit ci-dessus. De même, le demandeur n’a pas contesté en substance la preuve qui a été présentée au nom de la défenderesse.

[4] Le défendeur a déposé deux autres affidavits dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire: tout d’abord, celui de Dr Jacques J. Gouws, psychologue certifié en psychologie clinique et qui exerce en cabinet privé en Ontario; et deuxièmement, celui de Jack L. Granatstein, distingué professeur de recherche en histoire et professeur émérite de l’Université York de Toronto au moment où il a établi sous serment son affidavit. Le professeur Granatstein déclare qu’il manifeste «depuis toujours un intérêt personnel et professionnel à l’Armée canadienne»<sup>3</sup>.

[5] Dans les observations déposées au nom de la défenderesse dans la présente requête, celle-ci reconnaît que Dr Gouws est [TRADUCTION] «un spécialiste reconnu dans le diagnostic et le traitement du stress post-traumatique et [ . . . ] de la dépression majeure dont souffrent les anciens combattants»<sup>4</sup>. Cela dit, la défenderesse prétend en outre que, en contre-interrogatoire, Dr Gouws a: tout d’abord, reconnu que le ministre des Affaires des anciens combattants payait ses honoraires depuis que le demandeur le consulte; deuxièmement, reconnu que l’état psychologique du demandeur découlait essentiellement de son service en Croatie en 1993, ou constituait une aggravation des

health professionals involved in the care of the plaintiff were not negligent in their treatment of the plaintiff; and finally, acknowledged that he felt he had to advocate, on behalf of the plaintiff, and other veterans, that Canada ought to be doing more for its veterans.

[6] It is also urged on behalf of the defendant that, on cross-examination, Professor Granatstein admitted to having no information relevant to this action to offer, that he does not know the plaintiff or his circumstances or the provisions of the *Pension Act*<sup>5</sup> and that he was not aware of the allegations made in the pleadings or of the evidence tendered in support of those allegations.

[7] None of the foregoing submissions on behalf of the defendant in relation to the evidence of Dr. Gouws and Professor Granatstein was challenged in any substantial way on behalf of the plaintiff.

#### THE CLAIM AND THE DEFENCE

[8] In his amended statement of claim filed on August 20, 2001, the plaintiff seeks substantial damages as well as punitive, aggravated and exemplary damages and other relief resulting from the defendant's breach of fiduciary duty, breach of statutory duty, negligence by employees, servants, and agents of the defendant for the failure to properly perform all statutory obligations owed to him and negligence by such employees, servants and agents in failing to properly perform their duties in a competent manner towards him.

[9] The foregoing allegations are set out in the following terms:

42. The defendant owes the highest level of fiduciary duty to the plaintiff. It could, and did require that the plaintiff put himself in harm's way in serving his country. The defendant is

atteintes qu'il a subies par suite de son service dans l'ancienne Yougoslavie; troisièmement, reconnu que les professionnels de la santé qui ont traité le demandeur n'avaient pas été négligents dans leur travail; et finalement, reconnu qu'il se sentait le devoir de dire, au nom du demandeur et des autres anciens combattants, que le Canada devrait faire davantage pour ses anciens combattants.

[6] On fait également valoir au nom de la défenderesse que, en contre-interrogatoire, le professeur Granatstein a reconnu n'avoir aucun renseignement à offrir ayant trait à la présente action, qu'il ne connaît pas le demandeur ni sa situation, non plus que les dispositions de la *Loi sur les pensions*<sup>5</sup> et qu'il n'était pas au courant des allégations formulées dans les actes de procédure ni des éléments de preuve déposés à l'appui de ces allégations.

[7] Aucune des observations précitées déposées au nom de la défenderesse relativement aux témoignages de Dr Gouws et du professeur Granatstein n'a été contestée sur le fond au nom du demandeur.

#### LA RÉCLAMATION ET LA DÉFENSE

[8] Dans sa déclaration modifiée déposée le 20 août 2001, le demandeur réclame des dommages-intérêts non symboliques de même que des dommages-intérêts exemplaires ainsi que d'autres redressements découlant du manquement par la défenderesse à son obligation fiduciaire, ainsi qu'à son obligation d'origine législative, de la négligence des employés, préposés et mandataires de la défenderesse qui ne se sont pas acquittés correctement de toutes les obligations d'origine législative qui sont dues au demandeur, et de la négligence de ces employés, préposés et mandataires qui ne se sont pas acquittés correctement de leurs obligations d'une manière compétente envers lui.

[9] Les allégations précitées sont énoncées dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

42. La défenderesse a envers le demandeur le degré le plus élevé d'obligation fiduciaire. Elle pouvait exiger, et en fait elle a exigé, du demandeur qu'il s'expose à un danger en servant

required to take care of the plaintiff if he is injured as a result of that decision. Here, the defendant has signally failed in its [*sic*] duty.

43. The defendant breached its fiduciary obligations to the plaintiff by:

- a) failing to inform the plaintiff until January 17, 2001 of the knowledge that he was poisoned in Croatia in 1993;
- b) the uncaring and impersonal manner by which the plaintiff was informed of his poisoning in Croatia;
- c) failing to provide timely and appropriate medical treatment for the plaintiff, despite his repeated requests for such assistance;
- d) failing to provide appropriate counselling and treatment for the trauma the plaintiff experienced in Croatia;
- e) deliberately destroying certain records placed on his medical file and then denying having done so;
- f) failing to assist the plaintiff in obtaining a disability pension; and
- g) failing to inform the Department of Veterans' Affairs that the plaintiff had been poisoned in 1993.

44. By reason of the defendant's and her employees, 'agents' and 'servants' negligence, breach of statutory duties and obligations and breach of fiduciary obligations owed to the plaintiff, the plaintiff suffered injury as a result of poisoning, did not receive adequate medical assistance, and lost his status of employment within the Canadian Armed Forces. He has suffered and continues to suffer losses and damages as a consequence thereof, full particulars of which are as yet unascertained.

45. Due to the intentional, wrongful and high-handed conduct of the defendant, the plaintiff is entitled to receive punitive, aggravated and exemplary damages.<sup>6</sup>

[10] In her statement of defence filed on March 1, 2001, the defendant alleges that she took all reasonable measures required in the circumstances and that the plaintiff has no cause of action in that his disability results from an injury or disease or an aggravation thereof attributable to or incurred during military

son pays. La défenderesse est tenue de prendre soin du demandeur si celui-ci subit des blessures par suite de cette décision. En l'espèce, la défenderesse a manifestement manqué à son obligation.

43. La défenderesse a manqué à ses obligations fiduciaires envers le demandeur:

- a) du fait qu'elle a omis de l'informer avant le 17 janvier 2001 qu'elle savait qu'il avait été empoisonné en Croatie en 1993;
- b) par la manière négligente et impersonnelle dont le demandeur a été informé de son empoisonnement en Croatie;
- c) du fait qu'elle n'a pas donné au demandeur un traitement médical approprié et rapide, malgré ses demandes d'aide répétées;
- d) du fait qu'elle ne lui a pas fourni les services de counselling et les traitements appropriés pour les traumatismes qu'il a subis en Croatie;
- e) du fait qu'elle a délibérément détruit certains dossiers qui étaient versés à son dossier médical et qu'elle a nié l'avoir fait;
- f) du fait qu'elle n'a pas aidé le demandeur à obtenir une pension d'invalidité; et
- g) du fait qu'elle n'a pas informé le ministère des Affaires des anciens combattants que le demandeur avait été empoisonné en 1993.

44. En raison de la négligence de la défenderesse, de ses employés, mandataires et préposés, du manquement à leurs obligations d'origine législative et à leurs obligations fiduciaires qu'ils devaient au demandeur, celui-ci a subi des blessures par suite de cet empoisonnement, il n'a pas reçu l'aide médicale appropriée, et il a perdu son emploi au sein des Forces armées canadiennes. Il a subi et continue de subir des pertes et des dommages en raison de ces gestes, dont tous les détails ne sont pas à ce jour connus.

45. En raison de la mauvaise conduite intentionnelle et tyrannique de la défenderesse, le demandeur est en droit de recevoir des dommages-intérêts exemplaires<sup>6</sup>.

[10] Dans sa défense déposée le 1<sup>er</sup> mars 2001, la défenderesse allègue qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables qui s'imposaient dans les circonstances et que le demandeur n'a pas de cause d'action étant donné que son incapacité résulte d'une blessure ou d'une maladie ou d'une aggravation de celle-ci qui est



service.<sup>7</sup> In response to what might be construed as a claim for wrongful dismissal in paragraph 44 of the statement of claim quoted above, the defendant pleads that the plaintiff has no right of action, as service in the Canadian Forces does not create a contractual relationship.

attribuable à son service militaire ou qui s'est produit au cours de celui-ci<sup>7</sup>. En réponse à ce qui pourrait être interprété comme une réclamation en congédiement injustifié au paragraphe 44 de la déclaration mentionnée ci-dessus, la défenderesse fait valoir que le demandeur n'a pas de droit d'action, étant donné que le service dans les Forces canadiennes ne crée pas de lien contractuel.

## THE ISSUES

[11] Put at their simplest, I am satisfied that the issues on this motion for summary judgment are: first, the appropriate test for summary judgment; and secondly, whether that test has been met. Within the second issue question, the plaintiff addresses the questions of whether or not the defendant has a fiduciary duty to provide care, treatment and support to injured soldiers such as the plaintiff and whether the defendant's agents, employees or servants, owed, continue to owe and fulfilled and continue to fulfill a fiduciary duty of care to the plaintiff. Counsel for the plaintiff urges that answers to those questions are essential to responding to the issue of whether or not the plaintiff's action is statute barred by reason of the plaintiff's receipt of a military pension. Counsel further urges that the evidence before the Court is such as to support a conclusion that this action should proceed to trial.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[11] Pour résumer le plus simplement possible, je suis convaincu que les questions en litige dans la présente demande en jugement sommaire sont les suivantes: il s'agit, premièrement, de déterminer le critère qu'il convient d'appliquer au jugement sommaire; et deuxièmement, de déterminer si ce critère a été respecté. Dans le cadre de la deuxième question en litige, le demandeur soulève la question de savoir si la défenderesse a ou non une obligation fiduciaire consistant à procurer des soins, des traitements et de l'aide aux soldats blessés comme lui-même et si les mandataires, employés ou préposés de la défenderesse avaient et continuent d'avoir une obligation fiduciaire envers le demandeur et s'ils s'en sont acquittés et continuent de s'en acquitter. L'avocat du demandeur fait valoir que les réponses à ces questions sont essentielles pour pouvoir déterminer si l'action du demandeur est ou non irrecevable du fait que le demandeur touche une pension militaire. L'avocat soutient également que la preuve dont la Cour est saisie est suffisante pour appuyer une conclusion selon laquelle la présente action devrait être instruite.

## ANALYSIS

### (a) Summary Judgment Principles

[12] The principles governing the determination of a motion for summary judgment under the rules of this Court [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] were essentially not in dispute before me. They were, I am satisfied, admirably summarized by my colleague Justice Russell in *Apotex Inc. v. Canada*,<sup>8</sup> where he wrote at paragraphs 9 and 10 of his reasons:

There is no material disagreement between the parties as to the general principles applicable in a motion for summary

## ANALYSE

### a) Les principes applicables au jugement sommaire

[12] Les principes régissant la décision concernant une requête en jugement sommaire en vertu des règles de la présente Cour [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] n'ont pas été contestés devant moi. À mon avis, ils ont été admirablement résumés par mon collègue le juge Russell dans la décision *Apotex Inc. c. Canada*<sup>8</sup>, où il écrit ceci aux paragraphes 9 et 10 de ses motifs:

Les parties n'ont pas de différend important en ce qui concerne les principes généraux applicables dans une requête

judgment under rules 213-219 of the *Federal Court Rules, 1998*. As enunciated in cases such as *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd. S.A.* (1996), 111 F.T.R. 189, I am required to find that the claims in question present no genuine issue for trial or that the issue is so doubtful that it deserves no further consideration. Also, each case must be interpreted in its own context and if the necessary facts cannot be found, or if there are serious issues of credibility, the matter should go to trial.

The burden lies with the moving party to establish that there is no genuine issue to be tried, but both parties must “put their best foot forward” to enable the motions judge to decide whether or not there is a genuine issue for trial, and the judge is required to take “a hard look” at the merits and, if possible, make findings of fact and law if the materials allow this. *F. Von Langsdorff Licensing Ltd v. S. F. Concrete Technology Inc.* (1999), 165 F.T.R. 74, 1 C.P.R. (4th) 88.

I adopt the foregoing paragraphs as my own.

(b) Has the Test for Summary Judgment Been Met?

[13] It was not in dispute before me that the plaintiff is now in receipt of a full disability pension and of additional benefits under the *Pension Act*.<sup>9</sup> Elaine Robb, at paragraphs 5 and 7 of her affidavit filed on behalf of the defendant, attests:

At the centre of this scheme is the system of no-fault workers compensation created by the *Pension Act*. It guarantees that a member of the Forces will receive a pension where the member suffers disability resulting from an injury or disease or an aggravation thereof attributable to or incurred during military service. A member entitled to a pension is also eligible to other benefits.

...

Mr. Stopford now is in receipt of a full disability pension [and other benefits that are listed].<sup>10</sup> [Emphasis added.]

[14] Section 111 of the *Pension Act*, until its repeal and replacement by S.C. 2000, c. 34, section 42, assented on October 20, 2000, read as follows:

en jugement sommaire fondée sur les articles 213 à 219 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Conformément à ce qui est exposé dans des décisions telles que *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd. S.A.* (1996), 111 F.T.R. 189, je dois conclure soit que les réclamations en cause ne présentent aucune véritable question litigieuse, soit que la question en litige est tellement douteuse qu'elle ne mérite pas d'être examinée de façon approfondie. Aussi, chaque affaire doit être interprétée dans son propre contexte et devrait être instruite si les faits nécessaires ne sont pas dégagés ou si une question sérieuse est soulevée au sujet de la crédibilité.

Le fardeau d'établir qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse repose sur le requérant, mais les deux parties doivent «présenter leurs meilleurs arguments» pour que le juge des requêtes puisse trancher cette question, et le juge doit «examiner de près» le fond et, si possible, tirer des conclusions de fait et de droit si les documents le permettent: *F. Von Langsdorff Licensing Ltd c. S. F. Concrete Technology Inc.* (1999), 165 F.T.R. 74, 1 C.P.R. (4th) 88.

J'adopte le raisonnement énoncé dans les paragraphes qui précèdent.

b) Le critère applicable au jugement sommaire a-t-il été respecté?

[13] Il n'a pas été contesté devant moi que le demandeur reçoit maintenant une pleine pension d'invalidité de même que d'autres prestations en vertu de la *Loi sur les pensions*.<sup>9</sup> Elaine Robb, aux paragraphes 5 et 7 de son affidavit déposé au nom de la défenderesse, déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] Ce régime se fonde sur un système d'indemnisation des travailleurs sans égard à la faute qui est créée par la *Loi sur les pensions*. Ainsi, un membre des Forces est assuré de recevoir une pension s'il souffre d'une invalidité résultant d'une blessure ou d'une maladie ou de son aggravation attribuable à son service militaire ou qui s'est produite au cours de celui-ci. Le membre qui a droit à une pension est également admissible à d'autres prestations.

[. . .]

M. Stopford reçoit maintenant une pension d'invalidité complète [ainsi que d'autres prestations dont il est fait état]<sup>10</sup>. [Non souligné dans l'original.]

[14] L'article 111 de la *Loi sur les pensions*, se lisait comme suit avant qu'il soit abrogé et remplacé par L.C. 2000, ch. 34, article 42, sanctionné le 20 octobre 2000:

111. No action or other proceeding lies against Her Majesty or against any officer, servant or agent of Her Majesty in respect of any injury or disease or aggravation thereof resulting in disability or death in any case where a pension is or may be awarded under this Act or any other Act in respect of the disability or death.

[15] While counsel for the plaintiff originally urged before me that the more recent version of section 111 was applicable on the facts of this matter, he subsequently resiled from that position and agreed with the defendant's position that the foregoing version of section 111 is here applicable.

[16] Section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*<sup>11</sup> is to somewhat the same effect but of broader application. That section reads as follows:

9. No proceedings lie against the Crown or a servant of the Crown in respect of a claim if a pension or compensation has been paid or is payable out of the Consolidated Revenue Fund or out of any funds administered by an agency of the Crown in respect of the death, injury, damage or loss in respect of which the claim is made.

[17] In *Sarvanis v. Canada*,<sup>12</sup> the Supreme Court of Canada emphasized the breadth of the words "in respect of" in section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which words also appear in section 111 of the *Pension Act*. For the Court, Justice Iacobucci wrote at paragraphs 28 and 29:

In my view, the language in s. 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, though broad, nonetheless requires that such a pension or compensation paid or payable as will bar an action against the Crown be made on the same factual basis as the action thereby barred. In other words, s. 9 reflects the sensible desire of Parliament to prevent double recovery for the same claim where the government is liable for misconduct but has already made a payment in respect thereof. That is to say, the section does not require that the pension or payment be in consideration or settlement of the relevant event, only that it be on the specific basis of the occurrence of that event that the payment is made.

111. Nulle action ou autre procédure n'est recevable contre Sa Majesté ni contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de Sa Majesté relativement à une blessure ou une maladie ou à son aggravation ayant entraîné une invalidité ou le décès dans tous cas où une pension est ou peut être accordée en vertu de la présente loi ou de toute autre loi, relativement à cette invalidité ou à ce décès.

[15] Bien que l'avocat du demandeur ait d'abord fait valoir devant moi que la version la plus récente de l'article 111 s'appliquait aux faits de l'espèce, il a par la suite abandonné cette position et reconnu avec la défenderesse que c'est la version précitée de l'article 111 qui s'applique.

[16] L'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*<sup>11</sup> va généralement dans le même sens, bien qu'il soit d'application plus générale. Cet article est rédigé dans les termes suivants:

9. Ni l'État ni ses préposés ne sont susceptibles de poursuites pour toute perte—notamment décès, blessure ou dommage—ouvrant droit au paiement d'une pension ou indemnité sur le Trésor ou sur des fonds gérés par un organisme mandataire de l'État.

[17] Dans l'arrêt *Sarvanis c. Canada*<sup>12</sup>, la Cour suprême du Canada a insisté sur la large portée des mots «in respect of» utilisés à l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, expression qui se retrouve également à l'article 111 de la *Loi sur les pensions*. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci écrit ceci aux paragraphes 28 et 29:

À mon avis, bien que libellé en termes larges, l'art. 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* n'en exige pas moins que, pour qu'elle fasse obstacle à une action contre l'État, la pension ou l'indemnité payée ou payable ait le même fondement factuel que l'action. En d'autres termes, l'article 9 traduit le désir rationnel du législateur d'empêcher la double indemnisation d'une même réclamation dans les cas où le gouvernement est responsable d'un acte fautif mais où il a déjà effectué un paiement à cet égard. Autrement dit, cette disposition n'exige pas que la pension ou le paiement soit versé en dédommagement de l'événement pertinent, mais uniquement que le fondement précis de leur versement soit l'existence de cet événement.

This breadth is necessary to ensure that there is no Crown liability under ancillary heads of damages for an event already compensated. That is, a suit only claiming for pain and suffering, or for loss of enjoyment of life, could not be entertained in light of a pension falling within the purview of s. 9 merely because the claimed head of damages did not match the apparent head of damages compensated for in that pension. All damages arising out of the incident which entitles the person to a pension will be subsumed under s. 9, so long as that pension or compensation is given “in respect of”, or on the same basis as, the identical death, injury, damage or loss. [Emphasis in the original.]

[18] On the basis of the foregoing, counsel for the defendant urges that summary judgment should be granted since the fact of receipt of a pension by the plaintiff bars further recovery “in respect of” the same injury or aggravation thereof resulting in the disability for which the plaintiff is in receipt of the pension. In the result, counsel urges that this action presents no genuine issue for trial or, if it does present a genuine issue, that issue is so doubtful that it deserves no further consideration.

[19] Counsel for the plaintiff urges that a substantial portion of the relief that the plaintiff is claiming is not “in respect of” an injury or aggravation thereof that arose out of or was directly connected with military service, a prerequisite to the award of a pension under the *Pension Act*, but rather is “in respect of” injury or disease or aggravation thereof arising after the plaintiff’s return to Canada but nonetheless attributable to the conduct of the defendant or her employees, agents and servants. Such alleged conduct is described in paragraphs 42 to 45 of the amended statement of claim quoted in paragraph 9 of these reasons. I am satisfied that an evidentiary basis for these claims is clearly and unequivocally before the Court in the form of the affidavit of the plaintiff and schedules thereto.<sup>13</sup> I reach this conclusion while attaching little if any weight to the affidavits of Dr. Gouws and Professor Granatstein referred to earlier in these reasons.

Cette large portée est nécessaire pour éviter que l’État ne soit tenu responsable, sous des chefs accessoires de dommages-intérêts, de l’événement pour lequel une indemnité a déjà été versée. Autrement dit, en cas de versement d’une pension tombant dans le champ d’application de l’art. 9, un tribunal ne saurait connaître d’une action dans laquelle on ne réclame des dommages-intérêts que pour douleurs et souffrances ou encore pour perte de jouissance de la vie, du seul fait que ce chef de dommage ne correspond pas à celui qui a apparemment été indemnisé par la pension. Tous les dommages découlant du fait ouvrant droit à pension sont visés par l’art. 9, dans la mesure où la pension ou l’indemnité est versée «*in respect of*» la même perte—notamment décès, blessure ou dommage—ou sur le même fondement. [Souligné dans l’original.]

[18] En s’appuyant sur ce qui précède, l’avocat de la défenderesse fait valoir qu’un jugement sommaire devrait être accordé puisque le fait que le demandeur touche une pension l’empêche de toucher d’autres prestations pour la même blessure, ou l’aggravation de celle-ci, ayant entraîné l’invalidité pour laquelle il touche la pension. Par conséquent, l’avocat fait valoir que la présente action ne pose aucune véritable question litigieuse ou, si elle pose une question sérieuse, celle-ci est tellement douteuse qu’elle ne mérite pas d’être examinée de façon approfondie.

[19] L’avocat du demandeur soutient de son côté qu’une part importante du redressement qu’il réclame n’est pas «*in respect of*» une blessure ou une aggravation de celle-ci qui découle de son service militaire ou y est directement rattachée, ce qui est une condition préalable à l’octroi d’une pension en vertu de la *Loi sur les pensions*, mais plutôt «*in respect of*» une blessure ou une maladie, ou une aggravation de celle-ci, qui s’est déclarée après le retour du demandeur au Canada, et qui est néanmoins attribuable à la conduite de la défenderesse ou à celle de ses employés, mandataires et préposés. Cette conduite alléguée est décrite aux paragraphes 42 à 45 de la déclaration modifiée qui est citée au paragraphe 9 des présents motifs. Je suis convaincu que la Cour est manifestement et sans équivoque saisie d’un fondement probatoire suffisant pour faire valoir ces réclamations, c’est-à-dire l’affidavit du demandeur et les pièces qui y sont jointes<sup>13</sup>. Je suis parvenu à cette conclusion tout en attachant peu d’importance, sinon aucune, aux affidavits de Dr Gouws

[20] There is recent authority to support the plaintiff's allegation that the defendant might owe duties to the plaintiff, on the facts of this matter, that go beyond those recognized by and compensable under the *Pension Act*.

[21] In *Marsot v. Canada (Department of National Defence)*,<sup>14</sup> Captain Marsot claimed against the federal Crown for, among other things, damages for breach of fiduciary duty, a claim here asserted by the plaintiff. At paragraph 28 of his reasons leading to a dismissal of a motion on behalf of the defendant for summary judgment, Justice Lemieux wrote:

In support of her claim for breach of fiduciary duty the plaintiff . . . states the majors who were her immediate supervisors and professional mentors were in a special position of trust and in a fiduciary relationship with her and, because of this, had a special duty of care to act in her best interest and to mentor her as a young infantry officer as well as to ensure the atmosphere within the infantry community was one which was conducive to the acceptance and support of women in non traditional roles. She alleges the majors used the authority which they had vested within them by the federal Crown to abuse her, inflict mental pain and suffering on her, harass her, intimidate her, interfere with her and in the case of one of the majors, assault and batter her, all of which constitute breaches of the fiduciary duty owed to her.

While the nature of the alleged breaches of fiduciary duty detailed in the foregoing quotation are substantially different from those alleged on behalf of the plaintiff in this matter, the essence of the breaches alleged is not dissimilar.

[22] Justice Lemieux concluded at paragraph 56 of his reasons:

I am of the view the defendant's application for summary judgment should be dismissed and this, broadly speaking, for

et du professeur Granatstein dont il a été question précédemment dans les présents motifs.

[20] Une décision récente appuie l'allégation du demandeur selon laquelle la défenderesse pourrait avoir certaines obligations envers lui, d'après les faits de l'espèce, obligations qui vont au-delà de celles qui sont reconnues dans la *Loi sur les pensions* et qui peuvent faire l'objet d'une indemnisation.

[21] Dans la décision *Marsot c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*<sup>14</sup>, le capitaine Marsot réclamait à la Couronne fédérale, entre autres choses, des dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire, ce que réclame en l'espèce le demandeur. Au paragraphe 28 de ses motifs, qui a mené au rejet d'une requête en jugement sommaire déposée au nom du défendeur, le juge Lemieux écrit ceci:

Au soutien de sa réclamation fondée sur le manquement aux obligations fiduciaires, la demanderesse [. . .] affirme que les majors qui étaient ses supérieurs hiérarchiques immédiats et ses mentors professionnels occupaient une position spéciale de confiance et se trouvaient vis-à-vis d'elle dans une relation fiduciaire, et que, à cause de cela, ils étaient investis d'un devoir spécial de prudence qui les obligeait à agir dans son intérêt et à la soutenir dans son rôle de jeune officier d'infanterie, ainsi qu'à veiller à ce que l'atmosphère qui régnait parmi les officiers d'infanterie fût une atmosphère propice à l'acceptation et au soutien des femmes exerçant des rôles non traditionnels. Elle affirme que les majors ont usé des pouvoirs qui leur avaient été dévolus par la Couronne fédérale pour l'exploiter, pour la tourmenter moralement, pour la harceler, pour l'intimider, pour la contrecarrer et, dans le cas de l'un des majors, pour l'agresser. Aux yeux de la demanderesse, tous ces agissements constituent des manquements aux obligations fiduciaires qu'ils avaient envers elle.

Bien que la nature des manquements allégués aux obligations fiduciaires qui sont détaillés dans la citation précitée soit assez différente des manquements allégués au nom du demandeur en l'espèce, en substance les manquements allégués ne sont pas sans se ressembler.

[22] Le juge Lemieux conclut dans ses mots au paragraphe 56 de ses motifs:

Je suis d'avis que la requête de la défenderesse en jugement sommaire devrait être rejetée et cela, généralement parlant,

a lack of an evidentiary foundation and for several legal reasons related to the interpretation of section 9 of the CLPA [the *Crown Liability and Proceedings Act*]. I make no mention of former section 111 of the *Pension Act* in terms of a statute barring provision because that provision has been repealed and now only provides for the mandatory stay.

Much the same could be said on the record now before me.

[23] Mr. Justice Lemieux's decision in *Marsot* was upheld by the Federal Court of Appeal<sup>15</sup> which provided very brief reasons to the following effect:

We are all of the view that the Motions Judge was correct to conclude that the Crown provided insufficient evidence in support of its summary judgment motion to establish that the basis on which the respondent was awarded a pension under the *Pension Act*, . . ., is in respect of the same injury, damage or loss as the basis for her claims. We express no opinion on the Motions Judge's interpretation of section 9 of the *Crown Liability and Proceeding Act*, . . ., which was completed without the benefit of the decision of the Supreme Court of Canada in *Sarvanis v. Canada* [Citations omitted.]

[24] While I have had the benefit of the decision of the Supreme Court of Canada in *Sarvanis*, and have referred to it briefly, I am satisfied that it does not significantly impact Justice Lemieux's analysis or my analysis herein.

[25] I note that neither Justice Lemieux nor the Court of Appeal reflected in any significant way on the efficacy of the claim for breach of fiduciary duty that was before them. Such was not the case in *Authorson v. Canada (Attorney General)*.<sup>16</sup> While the facts in *Authorson*, and certain of the issues, were very different from the facts and some issues in this matter, there were substantial similarities in some of the issues. The headnote to the Ontario Court of Appeal decision reads in part as follows:

The Crown, under several statutes, provided a disability pension, a treatment allowance and an income supplement to

pour insuffisance de la preuve ainsi que pour plusieurs raisons juridiques se rapportant à l'interprétation de l'article 9 de la LRCECA [la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*]. Je ne fais pas mention de l'ancien article 111 de la *Loi sur les pensions* en fait de disposition faisant obstacle à une action en justice, parce que cette disposition a été abrogée et qu'elle ne prévoit aujourd'hui que la suspension obligatoire.

La presque totalité de ce qui précède peut s'appliquer au dossier dont je suis maintenant saisi.

[23] La décision du juge Lemieux dans *Marsot* a été maintenue par la Cour d'appel fédérale<sup>15</sup> qui n'a donné que les brefs motifs suivants:

Nous sommes tous d'avis que le juge des requêtes a eu raison de conclure que la Couronne n'avait pas fourni un nombre suffisant d'éléments de preuve à l'appui de sa requête en jugement sommaire en vue d'établir que le fondement sur lequel l'intimée s'est vu accorder une pension en vertu de la *Loi sur les pensions*, [. . .], se rapporte à la même blessure, au même dommage ou à la même perte que le fondement à l'appui de sa demande. Nous n'exprimons pas d'avis au sujet de l'interprétation que le juge des requêtes a donnée à l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, [. . .], interprétation qui a été donnée sans le bénéfice de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Sarvanis c. Canada*. [Citations omises.]

[24] Bien que j'aie eu l'avantage de lire la décision de la Cour suprême du Canada dans *Sarvanis*, et que j'y aie fait référence brièvement, je suis convaincu que cela n'a pas d'effet important sur l'analyse du juge Lemieux ou sur mon analyse en l'espèce.

[25] Je note que ni le juge Lemieux ni la Cour d'appel n'ont analysé en profondeur l'efficacité de la réclamation invoquant un manquement à une obligation fiduciaire, dont ils étaient saisis. Cela n'a pas été le cas dans l'arrêt *Authorson v. Canada (Attorney General)*<sup>16</sup>. Bien que, dans l'affaire *Authorson*, les faits et certaines des questions aient été très différents des faits et de certaines des questions soulevées en l'espèce, il existe des ressemblances fondamentales sur certains points. Le sommaire qui précède la décision de la Cour d'appel de l'Ontario indique en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] La Couronne, en vertu de plusieurs lois, assure le versement d'une pension d'invalidité, d'une

war veterans. For all three kinds of funds, the governing legislation made provision for the designation of an administrator to manage the funds, and sometimes private funds, for a war veteran who was incapable of managing them. JPA [Mr. Authorson], who was a disabled war veteran, was the representative plaintiff in a certified class action against the federal Crown, which, through the Department of Veterans Affairs (“DVA”), had administered the plaintiff’s pension because he was incapable of doing so himself. During the years it administered the funds, the DVA neither invested them nor accrued interest on them, and JPA alleged that this was a breach of fiduciary duty. In 1990, pursuant to s. 21(2) of the *Financial Administration Act*, . . . , the Crown began to pay interest, and it also enacted s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act* to prohibit any claim for interest on the funds prior to January 1, 1990. JPA sued for compensation for the Crown’s alleged breach of fiduciary duty, and both he and the Crown moved for summary judgment. JPA’s motion was granted by Brockenshire J., and the Crown’s motion was dismissed. . . . The Crown appealed. [Citation and reference to the disposition as to costs omitted.]

Thus, the issue of alleged breach of fiduciary duty and the issue of summary judgment were both before the Ontario Court of Appeal.

[26] Justices Austin and Goudge, with Justice Weiler concurring, wrote at paragraph 41 under the heading “The Fiduciary Duty Issue”:

When the DVA is directed to administer the pension of a veteran who cannot manage his funds for himself, what is the nature of that relationship? Is it, as the appellant [the Crown] argues, a matter of public law that is beyond the scope of private law remedies? Or, as the respondent [Mr. Authorson] contends, does the administrator owe a fiduciary duty to the veteran?

[27] The appellant Crown relied in part on section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. The Court of Appeal upheld the summary judgment [(2000), 53 O.R. (3d) 221 (S.C.J.)] in favour of *Authorson* noting that:

allocation de traitement et d’un supplément de revenu aux anciens combattants. Pour ces trois types de fonds, la législation en vigueur a prévu la désignation d’un administrateur pour gérer les fonds, et quelquefois des fonds privés, pour un ancien combattant qui était incapable de le faire lui-même. JPA [M. Authorson], ancien combattant invalide, était le demandeur représentant dans un recours collectif certifié contre la Couronne fédérale qui, par l’entremise du ministère des Affaires des anciens combattants (MAC), avait administré la pension du demandeur parce qu’il en était incapable. Pendant les années où il a administré les fonds, le MAC n’a fait aucun investissement, ni versé d’intérêts et JPA allègue qu’il s’agit d’un manquement à une obligation fiduciaire. En 1990, aux termes du par. 21(2) de la *Loi sur l’administration financière*, [ . . . ], la Couronne a commencé à lui verser des intérêts, et elle a également adopté le par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Affaires des anciens combattants* pour empêcher toute réclamation d’intérêt sur les fonds avant le 1<sup>er</sup> janvier 1990. JPA a intenté une poursuite en indemnisation en alléguant un manquement à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne; la Couronne et lui-même ont réclamé un jugement sommaire. La requête de JPA a été accordée par le juge Brockenshire, et la requête de la Couronne a été rejetée [ . . . ] La Couronne en a appelé. [Les citations et les renvois au dispositif concernant les dépens ont été omis.]

Ainsi, la question du manquement allégué à une obligation fiduciaire et la question du jugement sommaire ont tous deux été examinés par la Cour d’appel de l’Ontario.

[26] Les juges Austin et Goudge, aux motifs desquels a souscrit le juge Weiler, ont écrit ceci au paragraphe 41 sous la rubrique «The Fiduciary Duty Issue» (L’obligation fiduciaire):

[TRADUCTION] Quand le MAC reçoit l’ordre d’administrer la pension d’un ancien combattant qui ne peut le faire lui-même, quelle est la nature de ce lien? S’agit-il, comme l’appelante [la Couronne] le prétend, d’une question de droit public qui échappe au champ d’application des redressements de droit privé? Ou, comme le défendeur [M. Authorson] le soutient, l’administrateur a-t-il une obligation fiduciaire à l’égard de l’ancien combattant?

[27] La Couronne appelante s’est appuyée en partie sur l’article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. La Cour d’appel a maintenu le jugement sommaire [(2000), 53 O.R. (3d) 221 (C.S.J.)] en faveur d’*Authorson* en notant ce qui suit:

All of the material on which Brockenshire J. decided the motions was properly before him and virtually all of that material was based on evidence that had been tendered by the Crown. Significantly, the appellant [Crown] tendered no fresh evidence on the appeal, let alone any evidence that would contradict anything on which the motions judge relied or that would give rise to a genuine issue of fact for trial.<sup>17</sup>

[28] At paragraph 133 of the reported decision, the following appears:

For these reasons, we agree with the conclusions and dispositions that the motions judge made on each of the issues in appeal. In particular, we agree that the Crown was a fiduciary to the class members while their funds were being administered by the DVA and that the Crown breached its fiduciary duty by failing to invest or pay interest on these funds. In addition, s. 9 of the CLPA is not a bar to this action.

[29] Thus, the Ontario Court of Appeal not only upheld summary judgment in favour of *Authorson*, it explicitly answered in the affirmative the issue question of whether the Crown owed a fiduciary duty to the veteran on which the veteran could succeed before it.

[30] The decision of the Ontario Court of Appeal in *Authorson* was appealed to the Supreme Court of Canada and that appeal had been heard and a decision was outstanding when this matter came on for hearing before me. Since that time, the Supreme Court of Canada has delivered judgment.<sup>18</sup> While the Supreme Court of Canada granted the appeal, it essentially did not deal with the issue of Mr. Authorson's right to relief on the basis of a fiduciary duty owed by the Crown to him. In paragraph 8 of the reasons delivered on behalf of the Court by Justice Major, the following appears:

The Crown no longer denies that it had a fiduciary duty to the veterans to pay interest on those accounts. However, the Crown claims that it is not liable for its breach of trust because of federal legislation. . . .

[TRADUCTION] Tous les éléments à partir desquels le juge Brockenshire s'est prononcé sur les requêtes avaient été à bon droit déposés devant lui et la presque totalité de ces éléments se fondait sur une preuve qui avait été fournie par la Couronne. Il est important de noter que l'appelante [la Couronne] n'a offert aucune nouvelle preuve en appel, et encore moins une preuve pouvant contredire les éléments sur lesquels le juge des requêtes s'est appuyé ou pouvant donner naissance à une véritable question de fait litigieuse<sup>17</sup>.

[28] Au paragraphe 133 de la décision publiée, il est dit ceci:

[TRADUCTION] Pour ces motifs, nous souscrivons aux conclusions et aux dispositifs auxquels en est arrivé le juge des requêtes sur chacune des questions soulevées dans l'appel. En particulier, nous reconnaissons que la Couronne agissait à titre de fiduciaire à l'égard des membres du groupe pendant que leurs fonds étaient gérés par le MAC et que la Couronne a manqué à son obligation fiduciaire en n'investissant pas ces fonds ou en ne versant pas d'intérêt sur ces fonds. En outre, l'article 9 de la LRCECA ne fait pas obstacle à la présente action.

[29] Ainsi donc, la Cour d'appel de l'Ontario a non seulement maintenu le jugement sommaire en faveur d'*Authorson*, mais elle a explicitement répondu affirmativement à la question de savoir si la Couronne avait une obligation fiduciaire à l'égard de l'ancien combattant et au sujet de laquelle celui-ci pouvait obtenir gain de cause devant elle.

[30] La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Authorson* a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême du Canada et cet appel a été entendu; la décision était toujours en suspens au moment où j'ai commencé à entendre la présente affaire. Depuis, la Cour suprême du Canada a rendu jugement<sup>18</sup>. Bien qu'elle ait accueilli l'appel, elle n'a pas traité sur le fond de la question du droit de M. Authorson d'obtenir un redressement en s'appuyant sur une obligation fiduciaire qui lui était due par la Couronne. Au paragraphe 8 des motifs prononcés au nom de la Cour par le juge Major, on peut lire ce qui suit:

L'État ne nie plus qu'il avait, envers les anciens combattants, une obligation de fiduciaire de verser des intérêts sur ses comptes. Toutefois, l'État prétend être dégagé de toute responsabilité à cet égard par une disposition d'une loi fédérale [. . .]



[31] Thus, while reversed on other grounds by the Supreme Court of Canada, the decision of the Ontario Court of Appeal stands in response to the question of whether the Crown owed a fiduciary duty to Mr. Authorson and, by extension, the Ontario Court of Appeal decision could be read to confer a right to relief on the plaintiff herein notwithstanding the fact that he is in receipt of a pension and other benefits under the *Pension Act* and notwithstanding section 111 of that Act and section 9 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. As in *Authorson*, the evidence before this Court, much of it tendered by the Crown, gives rise to a genuine issue of fact for trial and that issue of fact underlies the issue in law of breach of fiduciary duty, in circumstances akin to the those in which the Ontario Court of Appeal, in *Authorson*, found the Crown to be a fiduciary.

## CONCLUSION

[32] In the result, I conclude that the defendant, the applicant on this motion for summary judgment, has failed to establish that the plaintiff's allegations herein of negligence and breach of fiduciary duty in terms of his treatment by the defendant after his return to Canada following his tour of peacekeeping duties in the special duty area of Yugoslavia, Slovenia and Croatia present no genuine issue for trial or that the issue is so doubtful that it deserves no further consideration. The defendant's motion for summary judgment will be dismissed. The plaintiff is entitled to his costs of the motion in any event of the cause.

[31] Ainsi, bien qu'elle ait été renversée par la Cour suprême du Canada pour d'autres motifs, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario est toujours valide quant à savoir si la Couronne avait une obligation fiduciaire à l'égard de M. Authorson et, par extension, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario pourrait être interprétée comme conférant un droit d'indemnisation au demandeur en l'espèce, malgré le fait qu'il touche une pension et d'autres prestations en vertu de la *Loi sur les pensions*, et malgré l'article 111 de la Loi et l'article 9 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Comme dans l'affaire *Authorson*, la preuve dont est saisie la présente Cour, dont la majeure partie a été fournie par la Couronne, soulève une véritable question de fait litigieuse et cette question de fait englobe une question de droit, soit le manquement à une obligation fiduciaire, dans des circonstances semblables à celles dans lesquelles la Cour d'appel de l'Ontario a jugé, dans l'affaire *Authorson*, que la Couronne était fiduciaire.

## CONCLUSION

Par conséquent, je conclus que la défenderesse, qui est la requérante dans la présente requête en jugement sommaire, n'a pas établi que les allégations du demandeur en l'espèce, soit négligence et manquement à une obligation fiduciaire relativement au traitement qu'il a reçu de la défenderesse après son retour au Canada, à la suite de sa période d'affectation à la mission de maintien de la paix dans le secteur spécial de Yougoslavie, de Slovanie et de Croatie, ne soulève aucune véritable question litigieuse ou que la question est si douteuse qu'elle ne mérite pas d'être analysée de façon approfondie. La requête en jugement sommaire de la défenderesse sera rejetée. Le demandeur a droit aux frais de la requête en tout état de cause.

<sup>1</sup> Motion record of the defendant, Vol.1, Tab A, pp. 001-002.

<sup>2</sup> [2002] 1 F.C. 360 (T.D.).

<sup>3</sup> Motion record of the plaintiff, Vol. II, Tab 3, p. 304.

<sup>4</sup> Motion record of the defendant, Vol. 4, Tab L, para. 8.

<sup>5</sup> R.S.C., 1985, c. P-6.

<sup>6</sup> Motion record of the defendant, Vol. 3, Tab J, pp. 732-733.

<sup>1</sup> Dossier de la requête de la défenderesse, vol. 1, onglet A, p. 001 et 002.

<sup>2</sup> [2002] 1 C.F. 360 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> Dossier de la requête du demandeur, vol. II, onglet 3, p. 304.

<sup>4</sup> Dossier de la requête de la défenderesse, vol. 4, onglet L, par. 8.

<sup>5</sup> L.R.C. (1985), ch. P-6.

<sup>6</sup> Dossier de la requête de la défenderesse, vol. 3, onglet J, p. 732 et 733.

<sup>7</sup> Motion record of the defendant, Vol. 3, Tab K, pp. 752-753.

<sup>8</sup> (2003), 25 C.P.R. (4th) 479 (F.C.T.D.), not cited before me; appeal filed April 17, 2003, Court file: A-188-03.

<sup>9</sup> *Supra*, note 5.

<sup>10</sup> Motion record of the defendant, Vol. 2, Tab G, p. 469.

<sup>11</sup> R.S.C., 1985, c. C-50 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21].

<sup>12</sup> [2002] 1 S.C.R. 921.

<sup>13</sup> Motion record of the plaintiff, Vol. 1, Tab 1.

<sup>14</sup> [2002] 3 F.C. 579 (T.D.).

<sup>15</sup> 2003 FCA 145; [2003] F.C.J. No. 453 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> (2001), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.).

<sup>17</sup> Reasons for judgment, at para. 127.

<sup>18</sup> [2003] 2 S.C.R. 40.

<sup>7</sup> Dossier de la requête de la défenderesse, vol. 3, onglet K, p. 752 et 753.

<sup>8</sup> (2003), 25 C.P.R. (4th) 479 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), non citée devant moi; appel déposé le 17 avril 2003, n<sup>o</sup> de greffe: A-188-03.

<sup>9</sup> Précitée, note 5.

<sup>10</sup> Dossier de la requête de la défenderesse, vol. 2, onglet G, p. 469.

<sup>11</sup> L.R.C. (1985), ch. C-50 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21].

<sup>12</sup> [2002] 1 R.C.S. 921.

<sup>13</sup> Dossier de la requête du demandeur, vol. 1, onglet 1.

<sup>14</sup> [2002] 3 C.F. 579 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>15</sup> 2003 CAF 145, [2003] A.C.F. n<sup>o</sup> 453 (C.A.) (QL).

<sup>16</sup> (2001), 58 O.R. (3d) 417 (C.A.).

<sup>17</sup> Motifs du jugement, au par. 127.

<sup>18</sup> [2003] 2 R.C.S. 40.

A-349-03  
2003 FCA 407

A-349-03  
2003 CAF 407

**Adil Charkaoui** (*Appellant*)

**Adil Charkaoui** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration and The Solicitor General of Canada** (*Respondents*)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada** (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Nadon J.J.A.—Ottawa, October 31, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et Nadon, J.C.A.—Ottawa, 31 octobre 2003.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion to strike out notice of appeal from order for continued detention made by Federal Court judge under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83 — Respondent ministers issuing certificate appellant inadmissible on grounds of national security — Also issued, executed warrant for arrest, detention of appellant under Act, s. 82(1) — Close relationship between certificate attesting inadmissibility, detention — S. 80(3) precluding appeal from determination of reasonableness of inadmissibility certificate — No such provision with respect to continued detention decision — Inconceivable Parliament intending to not allow determination of danger to national security by way of appeal in proceeding so closely related to proceeding in which such review permitted — Right of appeal from detention decision also incompatible with ongoing review mechanism in Act, s. 83 — Motion allowed, Décary J.A. dissenting.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête en radiation de l'avis d'appel d'une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l'art. 83 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les ministres intimés ont émis un certificat attestant que l'appelant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité — Ils ont également lancé un mandat d'arrestation et de détention de l'appelant en vertu de l'art. 82(1) de la Loi — Lien étroit entre l'interdit de territoire attesté par le certificat et la détention — Selon l'art. 80(3) la décision sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel — Il n'y a aucune disposition semblable concernant la décision relative au maintien en détention — Il est inconcevable que le législateur ait voulu que la détermination de la dangerosité pour la sécurité nationale ne puisse être révisée en appel, mais qu'une procédure qui s'y rattache étroitement puisse l'être — Un droit d'appel de la décision sur la détention s'avère aussi incompatible avec le mécanisme de révision continue de l'art. 83 — Requête accueillie, juge Décary J.C.A., dissident.*

*Construction of Statutes — Whether right of appeal in relation to order for continued detention under Immigration and Refugee Protection Act, s. 83 — At issue interpretation of statutory provisions enacted by Parliament to ensure Canada's security, to protect it from terrorism — Federal Courts Act, s. 27(1)(c) conferring right of appeal from interlocutory ruling by Federal Court judge — S. 80(3) expressly precluding appeal from decision on reasonableness of inadmissibility certificate — No such provision with respect to continued detention decision — Statutory interpretation based neither solely on Federal Courts Act, s. 27(1)(c) nor on Parliament's failure to expressly state no right of appeal from decision in relation to detention — Close relationship between certificate attesting inadmissibility, detention important factor in search of Parliament's intention — Inconceivable Parliament intended to create duality of concurrent remedies*

*Interprétation des lois — Existe-t-il un droit d'appel d'une ordonnance de maintien en détention prononcée en vertu de l'art. 83 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés? — Le litige porte sur l'interprétation de dispositions législatives adoptées par le Parlement pour assurer la sécurité du Canada et le protéger contre le terrorisme — L'art. 27(1)(c) de la Loi sur les Cours fédérales confère un droit d'appel d'une décision interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale — L'art. 80(3) de la Loi prohibe expressément tout appel d'une décision sur le caractère raisonnable du certificat de l'interdit de territoire — Il n'y a aucune disposition semblable concernant la décision relative au maintien en détention — L'interprétation législative ne saurait être fondée seulement sur l'art. 27(1)(c) de la Loi sur les Cours fédérales, ni sur l'omission du législateur de dire expressément qu'il n'existe pas de droit d'appel d'une décision relative à la*

— *Parliament not contemplating appeal from decision on detention, Décarý J.A. dissenting.*

This was a motion to strike out a notice of appeal in relation to an order for continued detention made by a Federal Court judge under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. On May 16, 2003, the respondent ministers issued a certificate under subsection 77(1) of the Act, stating that the appellant was inadmissible on grounds of security because he was a member of the terrorist network of Osama Bin Laden. On the same day, the respondent ministers availed themselves of the provisions of subsection 82(1) of the Act to issue a warrant for the arrest and detention of the appellant in regard to whom there were “reasonable grounds to believe that he is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”. The appellant has been detained since May 21, 2003. As required by subsection 83(1) of the Act, Noël J. commenced a review of the reasons for the continued detention no later than 48 hours after the beginning of the detention. On July 15, 2003, he continued the detention “until the designated judge rules again in regard to the continuation of detention under subsection 83(2) of the Act”. The appellant filed a notice of appeal of that decision. The Deputy Attorney General of Canada, on behalf of the two respondent ministers, filed a motion in writing in which he argued there is no right of appeal of the order for continued detention. It was submitted that, since subsection 80(3) expressly precludes an appeal from the substantive decision on the reasonableness of the certificate, there cannot be a right of appeal from the interlocutory and ancillary order for continued detention. At issue was the interaction between these new provisions and paragraph 27(1)(c) of the *Federal Court’s Act* which confers, in a general way, a right of appeal from an interlocutory ruling by a Federal Court judge. More specifically, the issue was whether there is a right of appeal in relation to an order for continued detention under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

*Held* (Décarý J.A. dissenting), the motion should be allowed.

*Per* Létourneau J.A. (Nadon J.A. concurring): This litigation had to do with the interpretation of statutory provisions enacted by Parliament to ensure Canada’s security

*détention — L’existence d’un lien étroit entre le certificat attestant l’interdiction de territoire et la détention est un facteur important dans la recherche de l’intention législative — Il est inconcevable que le législateur ait voulu créer une dualité de recours concurrents — Le législateur n’envisageait pas d’appel d’une décision sur la détention, juge Décarý J.C.A., dissident.*

Il s’agit d’une requête en radiation de l’avis d’appel relativement à une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l’article 83 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Le 16 mai 2003, les ministres intimés déposaient, en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi, un certificat attestant que l’appelant est interdit de territoire pour raison de sécurité du fait qu’il est membre du réseau terroriste d’Oussama Ben Laden. Ce même jour, les ministres intimés se prévalaient des dispositions du paragraphe 82(1) de la Loi pour lancer un mandat visant l’arrestation et la détention de l’appelant, à l’égard duquel il y avait «des motifs raisonnables de croire qu’il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi». L’appelant est détenu depuis le 21 mai 2003. Ainsi que le requiert le paragraphe 83(1) de la Loi, le juge Noël, dans les 48 heures suivant le début de la détention, a entrepris le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention. Le 15 juillet 2003, il maintenait la détention et ce, «jusqu’à ce que le juge désigné statue à nouveau à l’égard du maintien de la détention selon le paragraphe 83(2) de la Loi». L’appelant a déposé un avis d’appel relativement à cette décision. Le sous-procureur général du Canada, au nom des deux ministres intimés, a déposé une requête écrite dans laquelle il prétendait qu’il n’existe pas de droit d’appel à l’encontre de l’ordonnance de maintien en détention. Les intimés ont soutenu que, puisque le paragraphe 80(3) de la Loi, interdit tout appel de la décision de fond relative au caractère raisonnable du certificat, il ne saurait non plus y avoir un droit d’appel à l’encontre de l’ordonnance interlocutoire et accessoire du maintien en détention. Le litige porte sur l’interaction entre ces nouvelles dispositions et l’alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui confère, d’une manière générale, un droit d’appel d’une décision interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale. Plus précisément, il porte sur l’existence ou non d’un droit d’appel relativement à une ordonnance de maintien en détention prononcée en vertu de l’article 83 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

*Arrêt* (le juge Décarý, J.C.A., dissident): la requête doit être accueillie.

Le juge Létourneau, J.C.A. (le juge Nadon, J.C.A., souscrivant à ces motifs): le litige porte sur l’interprétation de dispositions législatives adoptées par le Parlement pour assurer

and protect it, among other things, from terrorism. The issue was essentially one of seeking and crystallizing Parliament's intention in enacting sections 82 and 83 in relation to detention and its review. That intention could not be based solely on the language of *Federal Courts Act*, paragraph 27(1)(c). Similarly, this statutory interpretation could not be based solely on Parliament's failure to state expressly that there is no right of appeal from a decision in relation to detention. The issue in dispute, the appellant's detention, is closely connected with the main issue, the inadmissibility cited against the appellant. Such connection is clear from both the reasons in support of each case and the common objective sought by them. With one exception, the reasons for detention and inadmissibility are identical, that is the protection of Canada's security. But when the purpose of detention is also to ensure the appearance of the person who is the subject of the certificate, the detention order is ancillary to and necessarily connected with the main issue posed by the certificate, which is the fear for the security of Canada. Subsection 83(2) which links detention and its review to adjudication on the certificate was also proof of a close relationship between the certificate attesting inadmissibility and the detention. That relationship is an important factor in the search for Parliament's intention.

Subsection 80(3) of the Act provides that the determination of the judge on whether the certificate is reasonable is "final and may not be appealed or judicially reviewed". By adding these words, Parliament clearly limited the general appeal jurisdiction of this Court, which it failed to do in sections 82 and 83 concerning detention. However, this did not mean that the decision on detention is liable to appeal on judicial review. Under section 80 of the Act, the designated judge must determine whether the certificate is reasonable. He must also, on the issue of detention, verify whether the minister had reasonable grounds to fear for national security because of the danger posed by the appellant. In either case, he must verify the reasonableness of the fear for national security. It is inconceivable that Parliament intended that the determination of the issue of dangerousness to national security in the context of the analysis of the certificate could not be reviewed on appeal, but that the same issue, if determined by the same judge in the context of a review of the detention, could be reviewed on appeal. To allow an appeal in the context of the review of detention is to allow a person subject to inadmissibility to do indirectly what that person cannot do directly because of the prohibition in subsection 80(2) of the Act.

Furthermore, a decision by the Court of Appeal on the dangerousness of the person detained or the reasonableness of

la sécurité du Canada et le protéger, entre autres, contre le terrorisme. Il s'agit essentiellement de rechercher et de cristalliser l'intention que le législateur avait en adoptant les articles 82 et 83 relatifs à la détention et à son contrôle. Cette intention ne saurait être fondée sur le seul libellé du texte de l'alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. De même, cette interprétation législative ne saurait trouver son assise dans la seule omission par le Parlement de dire expressément qu'il n'existe pas de droit d'appel d'une décision relative à la détention. La question en litige, c'est-à-dire la détention de l'appelant, est étroitement liée à la question principale, soit l'interdiction de territoire invoquée contre l'appelant. Ce lien ressort tant des motifs au soutien de l'une et de l'autre que de l'objectif commun recherché par l'une et par l'autre. Sauf un, les motifs de détention et d'interdit de territoire sont identiques, c'est-à-dire la protection de la sécurité du Canada. Mais, lorsque la détention a aussi pour but d'assurer la comparution de la personne qui fait l'objet du certificat, l'ordonnance de détention est accessoire et nécessairement liée à la question principale posée par le certificat, soit la crainte pour la sécurité du Canada. La preuve du lien étroit entre l'interdit de territoire attesté par le certificat et la détention ressort également du paragraphe 83(2) de la Loi qui lie la détention et sa révision à l'adjudication sur le certificat. Ce lien étroit s'avère un facteur important dans la recherche de l'intention législative.

Le paragraphe 80(3) de la Loi prévoit que la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est «définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire». Par l'ajout de ces termes, le législateur a clairement restreint la compétence générale d'appel de la Cour, ce qu'il a omis de faire aux articles 82 et 83 concernant la détention. Toutefois, cela ne veut pas dire que la décision sur la détention est susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire. En vertu de l'article 80 de la Loi, le juge désigné doit décider du caractère raisonnable du certificat. Il doit également, en ce qui concerne la détention, déterminer s'il était raisonnable ou non pour les ministres de craindre pour la sécurité du Canada à cause du danger que pose l'appelant. Dans un cas comme dans l'autre, il doit vérifier la raisonabilité de la crainte pour la sécurité nationale. Il est inconcevable que le législateur ait voulu que la détermination de la question de la dangerosité pour la sécurité nationale dans le contexte de l'analyse du certificat ne puisse être révisée en appel, mais que la même question puisse l'être, si elle est déterminée par le même juge dans le contexte d'une révision de la détention. Permettre l'appel dans le contexte de la révision de la détention, c'est permettre à une personne visée par l'interdit de territoire de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement à cause de la prohibition du paragraphe 80(2) de la Loi.

De plus, une décision rendue par la Cour d'appel sur la dangerosité du détenu ou sur la raisonabilité des craintes pour

the fears for national security places the designated judge in an impossible situation when the time comes to determine the validity of the certificate. There would be nothing further to decide if the Court of Appeal had already concluded, in the context of detention, that the person being held does not constitute a danger to Canada. The Court of Appeal would then be usurping functions exclusively assigned by Parliament to the designated judge. Recognizing a right of appeal on the issue of detention would also contravene Parliament's intention in relation to the taking and the handling of the evidence and would allow such evidence to go beyond the designated judge and end up before the Court of Appeal. This was another indicator that Parliament did not contemplate any appeal from a decision on detention.

A right of appeal from the detention decision is also incompatible with the ongoing review mechanism adopted by Parliament. Given the prejudicial nature of the power of arrest and detention *vis-à-vis* the right to liberty and security of the person, Parliament opted for a smooth, flexible, efficient and inexpensive mechanism which is consistent with its intention, expressed in paragraph 78(c) of the Act, that the designated judge shall proceed informally and expeditiously. A conclusion that Parliament intended to maintain a long and costly appeal process, would disregard its intention. The right of appeal to the Federal Court of Appeal under the Act is either non-existent or strictly controlled. It was not Parliament's intention, in connection with the question of detention, to create a duality of concurrent remedies, review and appeal, which multiply the proceedings and render the system dysfunctional. It was not Parliament's intention either to punctuate and break-up, through uncontrolled and repeated appeals, the continuity of this process of review of the detention by a designated judge.

*Per* Décary J.A. (dissenting): There is an appeal to the Federal Court of Appeal only in those cases expressly provided by the Act. Subsection 27(1) of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court of Appeal a general right of appeal in regard to, for example, final judgments and interlocutory judgments of the Federal Court. Parliament can limit or eliminate this general right of appeal, which it has expressly done in some specific instances. But Parliament did not think fit to expressly exclude an order for continued detention made under section 83 of the Act from the general principle that an appeal lies to the Federal Court of Appeal from a final or interlocutory decision by a Federal Court judge. Thus, if there is an exception to the general principle of a right of appeal, it can only be by interpretation or inference. This interpretation or inference must nevertheless flow naturally from the language of the statute in question, and must support a finding that Parliament has clearly presumed or intended, even if it did not

la sécurité nationale place le juge désigné dans une situation impossible lorsque vient le temps pour lui de décider de la validité du certificat. Il ne lui reste plus rien à décider si la Cour d'appel a déjà conclu, dans le contexte de la détention, que la personne détenue ne constitue pas un danger pour la sécurité du Canada. La Cour d'appel usurpe ainsi des fonctions spécifiquement et exclusivement assignées par le législateur au juge désigné. La reconnaissance d'un droit d'appel sur la question de la détention contreviendrait également à l'intention du législateur en matière d'administration de la preuve et permettrait à cette preuve de sortir de ce cadre pour aboutir devant la Cour d'appel. Cela indique encore une fois que le législateur n'envisageait pas d'appel d'une décision sur la détention.

Un droit d'appel de la décision sur la détention s'avère aussi incompatible avec le mécanisme de révision continue adopté par le législateur. Compte tenu du caractère attentatoire du pouvoir d'arrestation et de détention vis-à-vis le droit à la liberté et à la sécurité de la personne, le Parlement a opté pour un mécanisme souple, flexible, rapide, efficace et peu coûteux qui s'accorde avec l'intention législative exprimée à l'alinéa 78c) de la Loi où il est stipulé que le juge désigné doit procéder sans formalisme et avec célérité. C'est faire fi de l'intention du législateur que de conclure qu'il a voulu maintenir un processus d'appel long et coûteux. Le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale en vertu de la Loi est soit inexistant, soit strictement contrôlé. Le Parlement n'a pas voulu créer, en rapport avec la question de la détention, une dualité de recours concurrents, révision et appel, qui multiplient les procédures et rendent le système dysfonctionnel. Il n'était pas de l'intention du législateur d'entre couper et de rompre par des appels incontrôlés et répétés la continuité de ce processus de révision de la détention par un juge désigné.

Le juge Décary, J.C.A. (dissent): il n'y a appel à la Cour d'appel fédérale que dans les cas expressément prévus par la Loi. Le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère un droit d'appel général à la Cour d'appel fédérale à l'égard, notamment, des jugements définitifs et des jugements interlocutoires rendus par la Cour fédérale. Le Parlement peut restreindre ou supprimer ce droit général d'appel, ce qu'il a fait de manière expresse dans des cas précis. Le législateur n'a pas cru bon de soustraire une ordonnance de maintien en détention prononcée en vertu de l'article 83 de la Loi, du moins expressément, au principe général qui veut qu'il y ait appel à la Cour d'appel fédérale d'une décision finale ou interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale. Par conséquent, si exception au principe général du droit d'appel il y a, ce ne peut donc être que par interprétation ou inférence. Cette interprétation ou cette inférence doit néanmoins découler naturellement du texte de loi en cause et doit permettre de

say so explicitly, that there is no right of appeal. The statutory provisions at issue do not support a finding that Parliament, by inference or interpretation, eliminated the right of appeal from orders for continued detention. Parliament was especially selective and specific, in the newly enacted Act, when it decided to eliminate or limit the right of appeal to the Federal Court of Appeal. The two procedures herein, albeit parallel, originated in two distinct ministerial acts: the issuance of a certificate of inadmissibility and the issuance of a warrant of arrest. Each has its own life, each has distinct purposes and each leads to an independent decision. The decision on detention is not a decision ancillary to the decision on the certificate and consequently is not an interlocutory decision subject, in respect of the right of appeal, to the same fate as the main decision on the certificate. The decision on the continued detention is a substantive ruling on the appellant's right to remain at liberty and this right is completely distinct from his right to remain in Canada. That decision did not affect in any way the inquiry conducted in relation to the certificate or the decision forthcoming upon that inquiry. In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, the Supreme Court of Canada held that the power to order the continued detention "does not flow by necessary implication from the power to decide if" the certificate is reasonable. That order is a final judgment or, at the very outside, an interlocutory judgment that is unrelated to the ultimate order that will be made in relation to the reasonableness of the certificate. In either case, the elimination of the right of appeal, in subsection 80(3), cannot apply. However, continued detention is not entered for reasons which are completely unrelated to the reasonableness of the certificate. The reasons may be similar where security is at stake, but the objective sought, in one case, is long-term and in the other, short-term. The issuance of the certificate is based on the past actions of the interested party while the arrest warrant is based on the current danger he represents. That the same actions may be cited in either proceeding do not prevent the objective sought from being distinct.

To repeat the expression used in *Tobiass*, the power to order the continued detention and the power to declare the certificate of inadmissibility reasonable are "separate, divisible" judicial acts. The continued detention is not "related" to the reasonableness of the certificate which will be determined irrespective of whether the interested party is in detention. The argument of the respondent ministers based on

conclure que le Parlement a clairement supposé ou voulu, même s'il ne l'a pas dit expressément, qu'il n'y avait pas droit d'appel. Les dispositions législatives en cause ne permettent pas de conclure que le Parlement, par inférence ou interprétation, a supprimé le droit d'appel eu égard aux ordonnances de maintien en détention. Le Parlement s'est montré particulièrement sélectif et précis, dans cette Loi fraîchement adoptée, quand est venu le temps de supprimer ou de restreindre le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale. Les deux procédures, quoique parallèles, originent de deux actes ministériels distincts, soit l'émission d'un certificat d'interdiction de territoire et l'émission d'un mandat d'arrestation. Elles ont leur vie propre, elles visent deux objets distincts et elles mènent chacune de leur côté à une décision autonome. La décision relative à la détention n'est pas une décision accessoire à celle relative au certificat et par conséquent ne constitue pas une décision interlocutoire qui serait assujettie, pour ce qui est du droit d'appel, au même sort que la décision principale relative au certificat. La décision relative au maintien en détention statue au fond sur le droit de l'appelant de demeurer en liberté et ce droit est tout à fait distinct du droit de l'appelant de demeurer au Canada. La décision relative à la détention n'affecte d'aucune manière l'enquête menée relativement au certificat non plus que la décision à venir suite à cette enquête. Dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, la Cour suprême du Canada a décidé que le pouvoir d'ordonner le maintien en détention «ne découle pas nécessairement du pouvoir de décider si» le certificat est raisonnable. Cette ordonnance est un jugement définitif ou, à la rigueur, un jugement interlocutoire qui ne se rapporte pas à l'ordonnance ultime qui sera prononcée relativement au caractère raisonnable du certificat. Dans l'un ou l'autre cas, la suppression du droit d'appel, au paragraphe 80(3), ne saurait s'appliquer. Toutefois, le maintien en détention n'est pas ordonné pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec le caractère raisonnable du certificat. Il se peut que les motifs se rejoignent là où la sécurité est en jeu, mais l'objectif recherché, dans un cas, est à long terme et dans l'autre, à court terme. La délivrance du certificat se fonde essentiellement sur les agissements passés de l'intéressé tandis que le mandat d'arrestation se fonde essentiellement sur le risque actuel qu'il représente. Que les mêmes agissements puissent être invoqués dans l'une et l'autre des procédures n'empêchent pas l'objectif recherché d'être distinct.

Pour reprendre l'expression utilisée dans *Tobiass*, le pouvoir d'ordonner le maintien en détention et le pouvoir de déclarer raisonnable le certificat d'interdiction de territoire sont des actes judiciaires «distincts et divisibles». Le maintien en détention ne «se rapporte» pas au caractère raisonnable du certificat, lequel sera déterminé peu importe que l'intéressé soit ou non en détention. L'argument fondé sur le paragraphe 83(2)

subsection 83(2), which guarantees an automatic review and allows a discretionary review of the detention, was ill-founded since it confused appeal and review and assumed that once the continued detention is ordered, the interested party can have no remedy other than review. The respondent ministers were asking the Court to add to Division 9 of the Act a provision that is simply not there and that would have the effect of establishing a dependency between the order on the certificate and the order on continued detention that does not exist. The order for continued detention made on July 15, 2003 may be appealed.

de la Loi invoqué par les ministres intimés, lequel paragraphe assure une révision automatique et permet une révision discrétionnaire de la détention, est mal fondé car il confond appel et révision et suppose qu'une fois le maintien en détention ordonné, l'intéressé ne saurait avoir d'autre recours que la révision. Les ministres intimés invitaient la Cour à ajouter à la section 9 de la Loi une disposition qui ne s'y trouve tout simplement pas et qui aurait pour effet d'établir, entre l'ordonnance relative au certificat et celle relative au maintien en détention, une dépendance qui n'existe pas. L'ordonnance de maintien en détention rendue le 15 juillet 2003 est susceptible d'appel.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1),(3).  
*Courts Administration Service Act*, S.C. 2002, c. 8.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 520 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 86; S.C. 1999, c. 3, s. 31), 521 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 87; S.C. 1999, c. 3, s. 32).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 5, 450 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 451 (as am. *idem*), 452 (as am. *idem*), 453 (as am. *idem*), 454 (as am. *idem*), 455 (as am. *idem*), 461 (as am. *idem*), 477, 900-920, 1714, 1715.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 216, 369.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 1), ss. 2(1) "final judgment", 27(1)(c) (as am. *idem*, s. 34), 46 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 1992, c. 1, s. 68), 52(a) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 50).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73), 103 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i), 34, 54, 55, 57, 58, 62, 63(2),(3), 64(1), 72, 74(d), 75(2), 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 105(4).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238 (C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 520 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 86; L.C. 1999, ch. 3, art. 31), 521 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 87; L.C. 1999, ch. 3, art. 32).  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(1),(3).  
*Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires*, L.C. 2002, ch. 8.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 1), art. 2(1) «jugement définitif», 27(1)c) (mod., *idem*, art. 34), 46 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 1992, ch. 1, art. 68), 52a) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 50).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.2 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 103 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)h,i), 37, 54, 55, 57, 58, 62, 63(2),(3), 64(1), 72, 74d), 75(2), 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 105(4).  
*Règle de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 450 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 451 (mod., *idem*), 452 (mod., *idem*), 453 (mod., *idem*), 454 (mod., *idem*), 455 (mod., *idem*), 461 (mod., *idem*), 477, 900 à 920, 1714, 1715.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 216, 369.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657; (2002), 224 D.L.R. (4th) 158; 26 Imm. L.R. (3d) 1; 305 N.R. 238 (C.A.).



## CONSIDERED:

*Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161; 273 N.R. 264 (F.C.A.); *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 882; [2003] F.C.J. No. 1119 (F.C.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81.

## REFERRED TO:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *R. v. Carrier* (1979), 2 Man.R. (2d) 168; 51 C.C.C. (2d) 307 (Man. C.A.); *R. v. Bradley and Bickerdike*, [1977] C.S. 1055; (1977), 38 C.C.C. (2d) 283; 1 C.R. (3d) 28 (Qué.); *R. v. Ghannime*, [1980] C.S. 433; (1980), 18 C.R. (3d) 186 (Qué.); *R. v. D.C.G.S.*, 2003 ABQB 420; [2003] A.J. No. 776 (Alta. Q.B.) (QL); *R. v. S.K.M.* (2003), 229 Nfld. & P.E.I.R. 67 (S.C.); *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 30 Imm. L.R. (3d) 9 (F.C.A.); *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 71 C.R.R. (2d) 113; 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Cournoyer, Guy and Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2004*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2003.

MOTION to strike out notice of appeal in relation to an order for continued detention made by a Federal Court judge under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Motion allowed.

## WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

*Johanne Doyon* and *Julius H. Grey* for appellant.  
*J. Daniel Roussy* and *J. C. Luc Cadieux* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon*, Montréal, for appellant.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161; 273 N.R. 264 (C.A.F.); *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 882; [2003] A.C.F. n° 1119 (C.F.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *R. v. Carrier* (1979), 2 Man.R. (2d) 168; 51 C.C.C. (2d) 307 (C.A. Man); *R. c. Bradley et Bickerdike*, [1977] C.S. 1055; (1977), 38 C.C.C. (2d) 283; 1 C.R. (3d) 28 (Qué.); *R. c. Ghannime*, [1980] C.S. 433; (1980), 18 C.R. (3d) 186 (Qué.); *R. v. D.C.G.S.*, 2003 ABQB 420; [2003] A.J. n° 776 (B.R. Alb.) (QL); *R. v. S.K.M.* (2003), 229 Nfld. & P.E.I.R. 67 (C.S.); *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 30 Imm. L.R. (3d) 9 (C.A.F.); *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 71 C.R.R. (2d) 113; 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (C.A.F.).

## DOCTRINE

Cournoyer, Guy et Gilles Ouimet. *Code criminel annoté 2004*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2003.

REQUÊTE en radiation de l'avis d'appel relativement à une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l'article 83 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Requête accueillie.

## OBSERVATIONS ÉCRITES:

*Johanne Doyon* et *Julius H. Grey* pour l'appellant.  
*J. Daniel Roussy* et *J. C. Luc Cadieux* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Doyon, Guertin, Montbriand & Plamondon*, Montréal, pour l'appellant.

*Deputy Attorney General of Canada for respondents.*

*Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.*

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

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

[1] LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Mr. Justice Décary. Unfortunately, I am unable to subscribe to them or to the conclusion to which they lead.

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: J'ai eu le bénéfice de prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge Décary. Malheureusement, je ne peux y souscrire ainsi qu'à la conclusion sur laquelle ils débouchent.

[2] I will confine myself to listing some of the principal facts, avoiding inasmuch as possible the duplication of those related by my colleague.

[2] Je me contenterai d'énumérer quelques faits principaux évitant, autant que faire se peut, le double emploi avec ceux relatés par mon collègue.

#### Facts and relevant statutory provisions

#### Les faits et les dispositions législatives pertinentes

[3] I reproduce at this point some of the relevant sections of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) in order to facilitate access thereto and consultation for a fuller understanding of these reasons:

[3] Je reproduis à ce stade certains des articles pertinents de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi) afin d'en faciliter l'accès et la consultation pour une meilleure compréhension des présents motifs:

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants:

(a) engaging in an act of espionage or an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

a) être l'auteur d'actes d'espionnage ou se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

(c) engaging in terrorism;

c) se livrer au terrorisme;

(d) being a danger to the security of Canada;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

...

[. . .]

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Section de première instance de la Cour fédérale

foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court—Trial Division, which shall make a determination under section 80.

(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

**78.** The following provisions govern the determination:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of

le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

**78.** Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de

the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

**79.** (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*.

**80.** (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

**81.** If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

**79.** (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

**80.** (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

**81.** Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

82. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

[4] This litigation has to do with the interpretation of statutory provisions enacted by Parliament to ensure Canada's security and protect it, *inter alia*, from terrorism. At issue is the interaction of paragraph 27(1)(c) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. *idem*, s. 1], with these new provisions. Paragraph 27(1)(c) confers, in a general way, a right of appeal from an interlocutory ruling by a judge of the Federal Court.

[5] As my colleague has already stated, at paragraphs 2 and 3 of his reasons, the respondent ministers issued a certificate stating that the appellant is inadmissible on grounds of security: subsection 77(1) of the Act. More specifically, the respondent ministers allege that the appellant constitutes a danger to the security of Canada because he is a member of the terrorist network of Osama Bin Laden and that, alone or as a member of that organization, he has engaged, is engaging or will engage in terrorism: paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the Act.

82. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparait au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

[4] Le litige porte sur l'interprétation de dispositions législatives adoptées par le Parlement pour assurer la sécurité du Canada et le protéger, entre autres, contre le terrorisme. Il met en cause l'interaction de l'alinéa 27(1)c [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod., *idem*, art. 1], avec ces nouvelles dispositions. L'alinéa 27(1)c confère, d'une manière générale, un droit d'appel d'une décision interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale.

[5] Comme mon collègue l'a déjà exprimé aux paragraphes 2 et 3 de ses motifs, les ministres intimés ont émis un certificat attestant que l'appelant est interdit de territoire pour des raisons de sécurité: paragraphe 77(1) de la Loi. Plus précisément, les ministres intimés reprochent à l'appelant de constituer un danger pour la sécurité du Canada du fait qu'il est membre du réseau terroriste d'Oussama Ben Laden et que, seul ou comme membre de cette organisation, il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme: alinéas 34(1)c), (d) et (f) de la Loi.

[6] From this perspective, and consecutively to the intended security objective, the ministers availed themselves of subsection 82(1) of the Act. They issued a warrant for the arrest and detention of the appellant. The reason cited, based on reasonable grounds, is clear and precise: the appellant constitutes a danger to national security or to the security of others persons or, knowing that he is being prosecuted, is unlikely to appear for the proceeding taken against him or the removal that will follow if the certificate in relation to inadmissibility is declared valid.

[7] Thus it is already evident, in this case, that there is a significant linkage between the reasons for the detention of the appellant and the reasons on which inadmissibility is based as attested by the certificate issued by the ministers under section 77 of the Act. I will return to this question in greater detail a little later in my reasons.

No right of appeal from the decision of the designated judge reviewing the reasons for detention of the appellant

[8] The issue is essentially one of seeking and crystallizing Parliament's intention in enacting sections 82 and 83 in relation to detention and its review. This search must be conducted in light of the other provisions of Division 9, which contains sections 82 and 83, and the objective sought both by this Division and by the Act. Parliament's intention cannot be based solely on the language of paragraph 27(1)(c) of the *Federal Courts Act*: see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. Similarly, this statutory interpretation cannot be based solely on Parliament's failure to state expressly that there is no right of appeal from a decision in relation to detention.

(a) Existence of a close connection between the certificate attesting inadmissibility and the detention

[9] I think it is necessary, from the outset, to distinguish this case from *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2

[6] Dans cette optique et consécutivement à l'objectif de sécurité recherché, les ministres se sont prévalus du paragraphe 82(1) de la Loi. Ils ont lancé un mandat pour l'arrestation et la détention de l'appellant. La raison invoquée, fondée sur des motifs raisonnables, est nette et précise: l'appellant constitue un danger pour la sécurité nationale ou celle d'autrui ou, se sachant poursuivi, il se soustraira vraisemblablement à la procédure prise contre lui ou au renvoi qui s'ensuit si le certificat relatif à l'interdiction de territoire est déclaré valide.

[7] On peut donc voir d'ores et déjà, en l'espèce, un recoupement important entre les motifs de la détention de l'appellant et ceux qui fondent l'interdiction de territoire attestée par le certificat émis par les ministres en vertu de l'article 77 de la Loi. Je reviendrai plus à fond sur cette question un peu plus tard dans mes motifs.

L'absence de droit d'appel de la décision du juge désigné contrôlant les motifs de la détention de l'appellant

[8] Il s'agit essentiellement de rechercher et de cristalliser l'intention que le législateur avait en adoptant les articles 82 et 83 relatifs à la détention et à son contrôle. Cette recherche doit se faire en fonction des autres dispositions de la section 9 où se trouvent les articles 82 et 83 ainsi qu'en fonction de l'objectif recherché tant par cette section que par la Loi. L'intention législative ne saurait être fondée sur le seul libellé du texte de l'alinéa 27(1)c) de la *Loi sur les Cours fédérales*: voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. De même, cette interprétation législative ne saurait trouver son assise dans la seule omission par le Parlement de dire expressément qu'il n'existe pas de droit d'appel d'une décision relative à la détention.

a) l'existence d'un lien étroit entre le certificat attestant l'interdit de territoire et la détention

[9] Dès le départ, je crois qu'il faut distinguer l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657 (C.A.) de la présente.

F.C. 657 (C.A.). In *Obodzinsky*, the issue was the interpretation and application of a rule of procedure of the Federal Court that had no relationship to the main issue, which was to determine whether citizenship had been obtained as the result of misrepresentations or fraudulent schemes. In the case at bar, the issue in dispute, that is, the appellant's detention, is closely and intimately connected with the main issue, the inadmissibility that is cited against the appellant.

[10] In the first place, this connection between detention and inadmissibility is clear from both the reasons in support in each case and the common objective sought by each. With one exception, the reasons for detention and inadmissibility are identical. Furthermore, both the inadmissibility and the detention of the appellant have as their common denominator the protection of Canada's security. And this is one of the key objectives of the Act, as Parliament has stated in paragraphs 3(1)(h) and (i) under the heading "Objectives and Application". Paragraph 3(1)(h) states that the objective of the Act is "to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society", while paragraph 3(1)(i) says the objective is "to promote international justice and security by . . . denying access to Canadian territory to persons who are . . . security risks".

[11] In the case at bar, the inadmissibility certificate was issued by the ministers because the appellant represented a risk to Canada's security due to his membership in a terrorist organization or because he has engaged, is engaging or will engage in terrorism. In other words, the reason for inadmissibility is the fear for security; the reasons for the fear for security are the appellant's membership in a terrorist organization and the possibility that terrorist acts will be engaged in by him or by the organization of which he is a member: see the certificate issued pursuant to subsection 77(1) of the Act.

[12] Now, it is apparent from the warrant of arrest and detention, as it is in regard to the inadmissibility, that the fear for security is the fundamental and primary reason for the issuance of this warrant and the order of detention it contains. It is true that detention may also be ordered

Dans l'affaire *Obodzinsky*, la question en litige portait sur l'interprétation et l'application d'une règle de procédure de la Cour fédérale qui n'avait aucun lien avec la question principale, cette dernière consistant à déterminer si l'obtention de la citoyenneté avait été la résultante de fausses déclarations ou de manœuvres dolosives. En l'espèce, la question en litige, i.e. celle de la détention de l'appelant est intimement et étroitement liée à la question principale, soit l'interdiction de territoire invoquée contre l'appelant.

[10] Tout d'abord, ce lien entre la détention et l'interdiction de territoire ressort tant des motifs au soutien de l'une et de l'autre que de l'objectif commun recherché par l'une et par l'autre. Sauf un, les motifs de détention et d'interdit de territoire sont identiques. En outre, tant l'interdiction de territoire que la détention de l'appelant ont comme commun dénominateur la protection de la sécurité du Canada. Cette dernière est d'ailleurs un des objectifs importants de la Loi, ainsi exprimé par le législateur aux alinéas 3(1)(h) et (i) sous la rubrique «Objet de la Loi». L'alinéa 3(1)(h) énonce que la Loi a pour objet «de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité» alors que l'alinéa 3(1)(i) mentionne comme objet celui «de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par [. . .] l'interdiction de territoire aux personnes qui [. . .] constituent un danger pour la sécurité».

[11] Dans la présente affaire, le certificat attestant l'interdiction de territoire fut émis par les ministres parce que l'appelant représentait un danger pour la sécurité du Canada du fait de son appartenance à une organisation terroriste ou qu'il s'est livré, se livre ou se livrera au terrorisme. En d'autres termes, le motif de l'interdit de territoire, c'est la crainte pour la sécurité; ceux de la crainte pour la sécurité, ce sont l'appartenance de l'appelant à une organisation terroriste et la possibilité que des actes de terrorisme soient posés par lui ou par l'organisation dont il est membre: voir le certificat délivré en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi.

[12] Or, tel qu'il appert du mandat d'arrestation et de détention, c'est aussi, comme pour l'interdit de territoire, la crainte pour la sécurité qui est la raison fondamentale et première de la délivrance dudit mandat et de l'ordonnance de détention qu'il contient. Il est vrai que

for an additional reason, to ensure that the person subject to the warrant does not evade the proceeding or removal order. But it is obvious that in such cases, i.e. when the purpose of detention is also to ensure the appearance of the person who is the subject of the certificate, the detention order is ancillary to and necessarily connected with the main issue posed by the certificate, which is the fear for the security of Canada. It is a necessary complement to the certificate.

[13] Proof of the close relationship between the detention and the inadmissibility attested by the certificate is likewise indicated by subsection 83(2) of the Act. Parliament there links detention and its review to the adjudication on the certificate. The clause stipulates that “until a determination is made [on the certificate]”, the person who is being detained must be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review of the reasons for the detention.

(b) Importance and meaning of the existence of the connection between the certificate attesting inadmissibility and the detention

[14] The existence of a close relationship between the certificate attesting inadmissibility and the detention proves to be an important factor in the search for Parliament’s intention.

[15] In subsection 80(3) of the Act, Parliament provided that the determination of the judge on whether the certificate is reasonable is “final and may not be appealed or judicially reviewed”. By adding these words, it clearly limited the general appeal jurisdiction of this Court, which it unfortunately failed to do in sections 82 and 83 concerning detention. However, this does not mean that the decision on detention is liable to appeal or judicial review. This can be seen simply by examining, in the first place, the role the designated judge is required to perform in relation to the certificate and the detention.

[16] Under section 80 of the Act, the designated judge must determine whether the certificate is reasonable. He must, based on evidence, determine whether it was or

la détention peut aussi être ordonnée pour un motif additionnel, soit pour éviter que la personne visée par le mandat puisse se soustraire à la procédure ou à la mesure de renvoi. Mais, il est évident qu’en pareil cas, i.e. lorsque la détention a aussi pour but d’assurer la comparution de la personne qui fait l’objet du certificat, l’ordonnance de détention est accessoire et nécessairement liée à la question principale posée par le certificat, soit la crainte pour la sécurité du Canada. Elle est d’une complémentarité nécessaire au certificat.

[13] La preuve du lien étroit entre l’interdit de territoire attesté par le certificat et la détention ressort également du paragraphe 83(2) de la Loi. Le législateur y lie la détention et sa révision à l’adjudication sur le certificat. Le paragraphe stipule que «[t]ant qu’il n’est pas statué sur le certificat», la personne détenue doit comparaître au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle des motifs de la détention.

b) l’importance et la signification de l’existence du lien entre le certificat attestant l’interdiction de territoire et la détention

[14] L’existence d’un lien étroit entre le certificat attestant l’interdiction de territoire et la détention s’avère un facteur important dans la recherche de l’intention législative.

[15] Le législateur a prévu au paragraphe 80(3) de la Loi que la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est «définitive et n’est pas susceptible d’appel ou de contrôle judiciaire». Par l’ajout de ces termes, il a clairement restreint la compétence générale d’appel de notre Cour, ce qu’il a malheureusement omis de faire aux articles 82 et 83 concernant la détention. Ceci ne veut, toutefois, pas dire que la décision sur la détention est susceptible d’appel ou de révision judiciaire. Il suffit pour s’en convaincre d’examiner, dans un premier temps, le rôle qu’est appelé à jouer le juge désigné en rapport avec le certificat et la détention.

[16] En vertu de l’article 80 de la Loi, le juge désigné doit décider du caractère raisonnable du certificat. Il doit à partir des éléments de preuve déterminer s’il était



was not reasonable for the ministers to fear for the security of Canada because of the risk posed by the appellant, and consequently whether it was or was not reasonable to file a certificate attesting inadmissibility. On the issue of detention, the designated judge must likewise verify whether or not the minister had reasonable grounds to fear for national security because of the danger posed by the appellant. In either case, he must verify the reasonableness of the fear for national security.

[17] It is inconceivable to me that Parliament intended that the determination of the issue of dangerousness to national security in the context of the analysis of the certificate could not be reviewed on appeal, but that the same issue, if determined by the same judge in the context of a review of the detention, could instead be reviewed on appeal. To allow an appeal in the context of the review of detention is to allow a person subject to inadmissibility to do indirectly what that person cannot do directly because of the prohibition in subsection 80(2) of the Act, that is, to review the reasonableness of the minister's fears for national security. In other words, it is to use the detention to obtain a review of the validity of the reasons for the certificate although Parliament had no intention that those reasons should be reviewed by the Court of Appeal.

(c) Other incongruous consequences of a possible appeal from the decision of the designated judge on the issue of detention

[18] Over and above the fact that a right of appeal from the detention decision would allow doing indirectly what Parliament has prohibited doing directly, a decision by the Court of Appeal on the dangerousness of the person detained or the reasonableness of the fears for national security places the designated judge in an impossible situation when the time comes for him to determine the validity of the certificate. To all intents and purposes, there is nothing further for him to decide if the Court of Appeal has already concluded, in the context of the detention, that the person being held does or does not constitute a danger to the security of Canada and that the minister's fears in this regard are or are not justified. The Court of Appeal is then usurping functions

raisonnable ou non pour les ministres de craindre pour la sécurité du Canada à cause du danger que pose l'appellant et, en conséquence, raisonnable ou non de déposer un certificat attestant un interdit de territoire. Or, en matière de détention, le juge désigné doit également vérifier si le ministre avait des motifs raisonnables ou non de craindre pour la sécurité nationale à cause du danger que constitue l'appellant. Dans un cas comme dans l'autre, il doit vérifier la raisonabilité de la crainte pour la sécurité nationale.

[17] Il m'apparaît inconcevable que le législateur ait voulu que la détermination de la question de la dangerosité pour la sécurité nationale dans le contexte de l'analyse du certificat ne puisse être révisée en appel, mais que la même question, si déterminée par le même juge dans le contexte d'une révision de la détention puisse, elle, être révisée en appel. Permettre l'appel dans le contexte de la révision de la détention, c'est permettre à une personne visée par l'interdit de territoire de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement à cause de la prohibition du paragraphe 80(2) de la Loi, c'est-à-dire réviser la raisonabilité des craintes du ministre pour la sécurité nationale. En d'autres termes, c'est permettre de faire réviser, par le truchement de la détention, la validité des motifs du certificat alors que le législateur n'a pas voulu que ceux-ci le soient par la Cour d'appel.

c) autres conséquences incongrues découlant d'un possible appel de la décision du juge désigné sur la question de la détention

[18] Au delà du fait qu'un droit d'appel de la décision relative à la détention permettrait de faire indirectement ce que le législateur a interdit de faire directement, une décision rendue par la Cour d'appel sur la dangerosité du détenu ou sur la raisonabilité des craintes pour la sécurité nationale place le juge désigné dans une situation impossible lorsque vient le temps pour lui de décider de la validité du certificat. À toutes fins utiles, il ne lui reste plus rien à décider si la Cour d'appel a déjà conclu, dans le contexte de la détention, que la personne détenue constitue ou ne constitue pas un danger pour la sécurité du Canada et que les craintes du ministre à cet égard sont ou ne sont pas bien fondées. La Cour d'appel usurpe ainsi des fonctions spécifiquement et

specifically and exclusively assigned by Parliament to the designated judge.

[19] Recognizing a right of appeal on the issue of detention would also contravene Parliament's intention in relation to the taking and the handling of the evidence. Indeed, it is clear from subsection 80(3) of the Act, which prohibits any appeal on the reasonableness of the certificate, that Parliament intended that the evidence concerning the dangerousness for national security, which is necessary in determining the reasonableness of the certificate, be taken and handled by the designated judge and go no further. However, to recognize a right of appeal on the issue of detention would allow such evidence to go beyond this framework and end up before the Court of Appeal. This poses a number of practical problems and raises some important questions for which Parliament has not provided any answer—which, in my opinion, indicates once again that Parliament did not contemplate any appeal from a decision on detention.

[20] In fact, as this case illustrates, the designated judge, when taking and handling the evidence, did hear from a number of witnesses for both the prosecution and the defence on the issue of the danger to security posed by the appellant. He not only heard these witnesses, he saw them. He assessed their credibility. What useful role can the Court of Appeal play in such a context, given the applicable standard of review in such situations? Worse still, how would it assess this evidence if there is no recording of the testimony? Will it then proceed with a hearing *de novo*, hear the witnesses, review the documentary evidence and assess the testimony in light of that evidence? It would then no longer be an appeal, strictly speaking, but rather a hybrid review comparable to the review under sections 520 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 86; S.C. 1999, c. 3, s. 31] and 521 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 87; S.C. 1999, c. 3, s. 32] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] in which, as we can see in subsections 520(7) and 521(8), which confer such powers, the reviewing judge may accept new evidence and exhibits from the inmate and the prosecutor and—notwithstanding an initial expression of deference thereto—substitute his discretion for that of the judge below: Cournoyer and Ouimet, *Code criminel annoté 2004* (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2003), at pages 817 and 819; *R. v. Carrier* (1979),

exclusivement assignées par le législateur au juge désigné.

[19] La reconnaissance d'un droit d'appel sur la question de la détention contrevient également à l'intention du législateur en matière d'administration de la preuve. En effet, il ressort clairement du paragraphe 80(3) de la Loi, lequel prohibe l'appel sur la raisonnable du certificat, que le législateur a voulu que la preuve sur la dangerosité pour la sécurité nationale, qui est nécessaire pour établir le caractère raisonnable du certificat, soit administrée par le juge désigné et reste devant lui. Or, reconnaître un droit d'appel sur la question de la détention permettrait à cette preuve de sortir de ce cadre pour aboutir devant la Cour d'appel. Ceci pose un certain nombre de problèmes pratiques et soulève des questions importantes pour lesquelles le législateur n'a pas donné de réponse, ce qui, à mon avis, indique encore une fois que le législateur n'envisageait pas d'appel d'une décision sur la détention.

[20] En effet, comme on peut le voir en l'espèce, le juge désigné a, dans le contexte de l'administration de la preuve, entendu plusieurs témoins à charge et à décharge sur la question du danger pour la sécurité que l'appelant pose. Il a non seulement entendu ces témoins, il les a vus. Il a apprécié leur crédibilité. Quel rôle utile la Cour d'appel peut-elle jouer dans un tel contexte, compte tenu de la norme de contrôle applicable en pareille situation? Pire encore, comment va-t-elle pouvoir apprécier cette preuve s'il n'y a pas d'enregistrement des témoignages? Va-t-elle alors procéder à une audition *de novo*, entendre les témoins, réviser la preuve documentaire et apprécier les témoignages en fonction de cette preuve? Il ne s'agit plus alors à proprement parler d'un appel, mais plutôt d'une révision hybride comparable à celle des articles 520 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 86; L.C. 1999, ch. 3, art. 31] et 521 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 27, art. 87; L.C. 1999, ch. 3, art. 32] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] où, comme on peut le voir aux paragraphes 520(7) et 521(8) qui confèrent de tels pouvoirs, le juge révisonnaire peut accepter de nouvelles preuves et pièces de la part du détenu et du ministère public et, non sans y avoir au préalable payé respect, substituer sa discrétion à celle du premier juge: Cournoyer et Ouimet, *Code criminel annoté 2004*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2003,

2 Man. R. (2d) 168 (C.A.); *R. v. Bradley et Bickerdike*, [1977] C.S. 1055 (Qué.) ; *R. v. Ghannime*, [1980] C.S. 433 (Qué.); *R. v. D.C.G.S.*, 2003 ABQB 420; [2003] A.J. No. 776 (Alta. Q.B.) (QL); *R. v. S.K.M.* (2003), 229 Nfld. & P.E.I.R. 67 (S.C.). In the case before us, no section in the Act gives the Court of Appeal such powers.

[21] Determining the dangerousness of a detained person generally involves a question of fact. The question of whether this dangerousness is sufficient to warrant preventive detention, that is, detention while awaiting a decision on the main issue, is a question of mixed law and fact. Again, in view of the standard of review applicable on appeal to questions of mixed fact and law, I seriously question the practical necessity of a traditional right of appeal as appears to be contemplated in this case.

[22] A right of appeal from the detention decision is also demonstrably incompatible with the ongoing review mechanism selected and adopted by Parliament.

[23] When it granted a power of arrest and detention, Parliament was aware of the prejudicial nature of that power *vis-a-vis* the right to liberty and security of the person. It was also sensitive to the need to preclude and monitor abuses in such matters. Accordingly, it opted for a smooth, flexible, efficient and inexpensive mechanism. In short, Parliament opted for the antithesis of what a three-judge panel appeal mechanism would be.

[24] First, the detention must be reviewed within 48 hours following its commencement. Second, it must be reviewed again at least once within the six months following each preceding review, or as needed in accordance with the order of the designated judge. Third, this flexible and rapid mechanism is consistent with Parliament's intention, expressed in paragraph 78(c) of the Act, which states that the designated judge shall proceed informally and expeditiously. With respect, I think that any conclusion that Parliament intended to maintain, in juxtaposition with this efficient and rapid mechanism, a long and costly appeal process, is to disregard Parliament's intention. But there is more.

aux pages 817 et 819; *R. v. Carrier* (1979), 2 Man. R. (2d) 168 (C.A.); *R. c. Bradley et Bickerdike*, [1977] C.S. 1055 (Qué.); *R. c. Ghannime*, [1980] C.S. 433 (Qué.); *R. v. D.C.G.S.*, 2003 ABQB 420; [2003] A.J. n° 776 (B.R. Alb.) (QL); *R. v. S.K.M.* (2003), 229 Nfld. & P.E.I.R. 67 (C.S.). Dans le cas qui nous est soumis, aucun article de la Loi ne confère à la Cour d'appel de tels pouvoirs.

[21] La détermination de la dangerosité d'un détenu implique en général une question de fait. Celle de savoir si cette dangerosité est suffisante pour justifier une détention préventive, i.e. une détention en attente d'une décision sur la question principale, est une question mixte de fait et de droit. Encore une fois, compte tenu de la norme de contrôle applicable en appel à des questions de fait ou mixtes de fait et de droit, je m'interroge sérieusement sur l'utilité pratique d'un droit d'appel traditionnel comme on semble l'envisager en l'espèce.

[22] Un droit d'appel de la décision sur la détention s'avère aussi incompatible avec le mécanisme de révision continue choisi et adopté par le législateur.

[23] En octroyant un pouvoir d'arrestation et de détention, le Parlement était sensible au caractère attentatoire de ce pouvoir vis-à-vis le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Il était aussi sensible à la nécessité de prévenir et de contrôler les abus en la matière. Aussi a-t-il opté pour un mécanisme souple, flexible, rapide, efficace et peu coûteux. Bref, le Parlement a opté pour l'antithèse de ce que serait un mécanisme d'appel devant une formation de trois juges.

[24] Premièrement, la détention doit être révisée dans les 48 heures suivant le début de celle-ci. Deuxièmement, une nouvelle révision doit se faire au moins une fois dans les six mois suivant chaque révision antérieure, ou au besoin selon ce qu'ordonne le juge désigné. Troisièmement, ce mécanisme souple et rapide s'accorde avec l'intention législative exprimée à l'alinéa 78c) de la Loi où il est stipulé que le juge désigné doit procéder sans formalisme et avec célérité («*expeditiously*» en anglais). Avec respect, je crois que c'est faire fi de l'intention du législateur que de conclure qu'il a voulu maintenir en juxtaposition avec ce mécanisme efficace et rapide un processus d'appel long et coûteux. Mais à mon avis, il y a plus.

[25] In the first place, how informal will proceedings be before a three-judge panel in the Court of Appeal? And can the designated judge proceed with a review while the person who is detained has an appeal pending in the Court of Appeal? If so, and if a new decision is handed down by the designated judge upholding the detention, this decision replaces the previous one and consequently the appeal becomes moot. The detained person must then initiate new appeal proceedings to contest the new decision. And this would happen after each review of the detention, such reviews, let us recall, being held as needed. The ongoing review can result in a cascade of futile appeals. If, at the conclusion of an appeal, the Court of Appeal upholds the continued detention of the appellant, this decision places the designated judge, who is nevertheless much more familiar with the file and its evolution during the appeal, in an undesirable position when he is required to review the detention in accordance with the requirements of the review procedure.

[26] Finally, a reading of subsection 55(1), sections 57, 58, subsections 63(2) and (3), 64(1), 72(1) and paragraph 74(d) of the Act adds to my conviction that Parliament excluded a right of appeal on the issue of detention:

**55. (1)** An officer may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident or a foreign national who the officer has reasonable grounds to believe is inadmissible and is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, an admissibility hearing or removal from Canada.

...

**57. (1)** Within 48 hours after a permanent resident or a foreign national is taken into detention, or without delay afterward, the Immigration Division must review the reasons for the continued detention.

(2) At least once during the seven days following the review under subsection (1), and at least once during each 30-day period following each previous review, the Immigration Division must review the reasons for the continued detention.

(3) In a review under subsection (1) or (2), an officer shall bring the permanent resident or the foreign national before the Immigration Division or to a place specified by it.

[25] Tout d'abord, comment va se matérialiser en Cour d'appel l'absence de formalisme avec une formation de trois juges? De son côté, le juge désigné peut-il procéder à une révision alors que la personne détenue a un appel pendant devant la Cour d'appel? Si oui et si une nouvelle décision est rendue par le juge désigné maintenant la détention, cette décision remplace la décision précédente et, en conséquence, rend l'appel caduc. Le détenu doit alors initier de nouvelles procédures d'appel pour contester la nouvelle décision. Il en sera ainsi après chaque contrôle de la détention, lesquels contrôles, rappelons-le, peuvent avoir lieu au besoin. La révision continue peut déboucher sur une cascade d'appels futiles. Si, au terme d'un appel, la Cour d'appel confirme le maintien en détention de l'appellant, cette décision place le juge désigné, pourtant beaucoup plus familier avec le dossier et son évolution pendant l'appel, dans une position peu souhaitable lorsqu'il est appelé à réviser la détention en conformité avec les exigences du mécanisme de révision.

[26] Enfin, la lecture du paragraphe 55(1), des articles 57, 58, des paragraphes 63(2) et (3), 64(1), 72(1) et de l'alinéa 74(d) de la Loi ajoute à ma conviction que le législateur a écarté le droit d'appel sur la question de la détention:

**55. (1)** L'agent peut lancer un mandat pour l'arrestation et la détention du résident permanent ou de l'étranger dont il a des motifs raisonnables de croire qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi.

[. . .]

**57. (1)** La section contrôle les motifs justifiant le maintien en détention dans les quarante-huit heures suivant le début de celle-ci, ou dans les meilleurs délais par la suite.

(2) Par la suite, il y a un nouveau contrôle de ces motifs au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle, puis au moins tous les trente jours suivant le contrôle précédent.

(3) L'agent amène le résident permanent ou l'étranger devant la section ou au lieu précisé par celle-ci.

58. (1) The Immigration Division shall order the release of a permanent resident or a foreign national unless it is satisfied, taking into account prescribed factors, that

(a) they are a danger to the public;

(b) they are unlikely to appear for examination, an admissibility hearing, removal from Canada, or at a proceeding that could lead to the making of a removal order by the Minister under subsection 44(2);

(c) the Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that they are inadmissible on grounds of security or for violating human or international rights; or

(d) the Minister is of the opinion that the identity of the foreign national has not been, but may be, established and they have not reasonably cooperated with the Minister by providing relevant information for the purpose of establishing their identity or the Minister is making reasonable efforts to establish their identity.

(2) The Immigration Division may order the detention of a permanent resident or a foreign national if it is satisfied that the permanent resident or the foreign national is the subject of an examination or an admissibility hearing or is subject to a removal order and that the permanent resident or the foreign national is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, an admissibility hearing or removal from Canada.

(3) If the Immigration Division orders the release of a permanent resident or a foreign national, it may impose any conditions that it considers necessary, including the payment of a deposit or the posting of a guarantee for compliance with the conditions.

...

63. . . .

(2) A foreign national who holds a permanent resident visa may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision at an examination or admissibility hearing to make a removal order against them.

(3) A permanent resident or a protected person may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision at an examination or admissibility hearing to make a removal order against them.

...

64. (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a

58. (1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants:

a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique;

b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2);

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux;

d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger.

(2) La section peut ordonner la mise en détention du résident permanent ou de l'étranger sur preuve qu'il fait l'objet d'un contrôle, d'une enquête ou d'une mesure de renvoi et soit qu'il constitue un danger pour la sécurité publique, soit qu'il se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi.

(3) Lorsqu'elle ordonne la mise en liberté d'un résident permanent ou d'un étranger, la section peut imposer les conditions qu'elle estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution.

[. . .]

63. [. . .]

(2) Le titulaire d'un visa de résident permanent peut interjeter appel de la mesure de renvoi prise au contrôle ou à l'enquête.

(3) Le résident permanent ou la personne protégée peut interjeter appel de la mesure de renvoi prise au contrôle ou à l'enquête.

[. . .]

64. (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison

permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

...

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

...

74. . . .

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

[27] Where a person is arrested and detained as inadmissible under a warrant issued by an officer pursuant to section 55 of the Act, Parliament has also provided for ongoing review of this detention by the Immigration Division (the Division). At best, the Division's decision on the detention—and I carefully refrain from determining this question—could be the subject of judicial review under section 72, with the major inconveniences posed by ongoing review that I noted earlier. Such review by the Federal Court is not automatic, however. It cannot be done without first obtaining leave.

[28] Similarly, there is no appeal from a judgment following judicial review unless a serious question of general importance is certified. As a matter of fact, in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161 (F.C.A.), there was an appeal to the Federal Court of Appeal from the decision of the Federal Court concerning the minister's authority to order the detention of a person only because a question pertaining to detention was certified.

[29] In this case, the arrest and detention resulted from a warrant issued by the ministers. Parliament intended that this decision of the ministers would be reviewed by a judge of the Federal Court on an ongoing basis until the determination on the main issue. The need for

de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

[. . .]

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure—décision, ordonnance, question ou affaire—prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

[. . .]

74. [. . .]

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[27] Lorsque l'arrestation et la détention d'une personne pour un interdit de territoire se fait en vertu d'un mandat émis par un agent conformément à l'article 55 de la Loi, le législateur a aussi prévu pour cette détention une révision continue exercée par la section de l'immigration (Section). Au mieux, la décision de la Section sur la détention, et je me garde bien de décider cette question, pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'article 72, avec les inconvénients majeurs que pose la révision continue et que j'ai déjà notés. Cette révision par la Cour fédérale n'en est toutefois pas une de plein droit. Elle est subordonnée à l'obtention d'une permission.

[28] De même, il n'y a pas d'appel d'un jugement consécutif à un contrôle judiciaire à moins qu'une question grave de portée générale ne soit certifiée. D'ailleurs, dans l'affaire *Lai v. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161 (C.A.F.), il y eut appel, à la Cour d'appel fédérale, de la décision de la Cour fédérale portant sur le pouvoir du ministre d'ordonner la détention d'une personne parce qu'une question relative à la détention fut certifiée.

[29] Or, dans la présente affaire, l'arrestation et la détention résultèrent d'un mandat émis par les ministres. Le législateur a voulu que cette décision des ministres soit révisée par un juge de la Cour fédérale sur une base continue jusqu'à la détermination de la question

judicial review is understandable: the ministers do not necessarily have all the evidence at the time they issue the warrant and an objective and impartial assessment of the reasonable grounds they cite is necessary. I have already explained the reasons that governed the choice of an ongoing review mechanism.

[30] A reading of the aforementioned sections of the Act does not reveal any great symmetry in Parliament's treatment of the right of appeal or review of the decisions. But it does reveal one constant factor: the Division's decisions are not liable to appeal to the Federal Court of Appeal. Rather, they are subject to judicial review in the Federal Court, but the judicial review is itself subject to a review procedure, an application for leave. There is no automatic appeal from the decision issued at the conclusion of a judicial review. Again, some review was provided, and it takes the form of a question certified by the Federal Court.

[31] In short, the right of appeal to the Federal Court of Appeal under the Act is either non-existent or strictly controlled. In these circumstances, it seems to me surprising, if not inconceivable, that Parliament could have intended to grant a right of appeal to the Federal Court of Appeal, without prior review, on the ancillary issue of the preventive detention when it granted no right of appeal on the much more fundamental issue of inadmissibility, the consequences of which are significant to the person contemplated by the prohibition: see subsections 64(1) and 80(3) of the Act.

### Conclusion

[32] In conclusion, I do not think that in connection with the question of detention, Parliament intended a duality of concurrent remedies, review and appeal, which multiply the proceedings and render the system dysfunctional. I find it hard to believe that Parliament could have been so inconsistent in such a key area as the security of Canadians. I admit that sometimes it is much better to spell things out. No doubt it would have been preferable and simpler for Parliament to state expressly that there is no right of appeal of the decision on detention, instead of settling the issue by relying on the

principale. La nécessité d'une révision judiciaire se comprend: les ministres ne disposent pas nécessairement de toute la preuve au moment où ils émettent le mandat et une appréciation objective et impartiale des motifs raisonnables qu'ils invoquent s'impose. J'ai déjà expliqué les raisons qui ont présidé au choix d'un mécanisme de révision continue.

[30] La lecture des articles précités de la Loi ne révèle pas une grande symétrie dans le traitement que le législateur a fait du droit d'appel ou de révision des décisions. Mais elle révèle tout de même une constante: les décisions de la Section ne sont pas sujettes à appel devant la Cour d'appel fédérale. Elles sont plutôt soumises à un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, mais la révision judiciaire est assujettie à un mécanisme de contrôle, i.e. une demande de permission. L'appel de la décision rendue au terme d'un contrôle judiciaire n'existe pas de plein droit. Encore là un contrôle a été prévu, lequel prend la forme d'une question certifiée par la Cour fédérale.

[31] En somme, le droit d'appel à la Cour d'appel fédérale en vertu de la Loi est soit inexistant, soit strictement contrôlé. Dans ces circonstances, il m'apparaît surprenant, pour ne pas dire inconcevable, que le législateur puisse avoir voulu accorder un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale, sans contrôle préalable, sur la question accessoire de la détention préventive alors qu'il n'a accordé aucun droit d'appel sur la question beaucoup plus fondamentale de l'interdiction de territoire dont les conséquences sont significatives pour la personne visée par l'interdiction: voir les paragraphes 64(1) et 80(3) de la Loi.

### Conclusion

[32] En conclusion, je ne crois pas qu'en rapport avec la question de la détention, le Parlement a voulu une dualité de recours concurrents, i.e. révision et appel, qui multiplient les procédures et rendent le système dysfonctionnel. J'ai peine à croire que le Parlement ait pu être aussi incohérent dans un secteur aussi névralgique que la sécurité des canadiens. Je concède que ce qui va sans dire va parfois beaucoup mieux en le disant. Il n'y a pas de doute qu'il eût été préférable et plus simple pour le législateur de dire expressément qu'il n'y a pas de droit d'appel de la décision sur la détention

unpredictable process of interpretation through deductions or necessary inferences. Having said this, I am persuaded that, taking into account national security, which is an important and fundamental purpose of the Act, the need to proceed expeditiously and informally, the fact that both the review by judicial review and the decision rendered on a judicial review are subject to prior review, the denial of the right of appeal on the main issue of inadmissibility, the ancillary nature of the detention and the intrinsic nature of an ongoing review procedure, it was not Parliament's intention to punctuate and break up, through uncontrolled and repeated appeals, the continuity of this process of review of the detention by a designated judge.

[33] For these reasons, I would allow the motion to strike out the notice of appeal and I would dismiss the appeal for want of jurisdiction.

NADON J.A.: I concur

\* \* \*

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

[34] DÉCARY J.A. (dissenting): At issue on this motion to strike is whether there is or is not a right of appeal in relation to an order for continued detention made by a judge of the Federal Court under section 83 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (the Act), assented to November 1, 2001.

[35] On May 16, 2003, the respondent ministers availed themselves of the provisions of subsection 77(1) of the Act and filed a certificate in the Trial Division of the Federal Court stating that they were of the opinion [TRANSLATION] "in light of security intelligence of which [they were] informed, that [the appellant], a permanent resident, is inadmissible for security reasons under paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*". (On July 2, 2003, by Order in Council TR/2003-109, the *Courts Administration Service Act*, S.C. 2002, c. 8, s. 33 *et seq.*, came into force, and the *Federal Court Act* then became the

plutôt que de s'en remettre pour la détermination de la question à l'aléatoire processus d'interprétation par déductions ou par inférences nécessaires. Ceci dit, je suis convaincu que, compte tenu de la sécurité nationale qui est un objet important et fondamental de la Loi, de la nécessité de procéder avec célérité et sans formalisme, du fait que tant la révision par contrôle judiciaire que la décision rendue sur un contrôle judiciaire sont soumis à un contrôle préalable, de la négation du droit d'appel sur la question principale de l'interdiction de territoire, du caractère accessoire de la détention et de la nature intrinsèque d'un mécanisme de révision continue, il n'était pas de l'intention du législateur d'entre couper et de rompre par des appels incontrôlés et répétés la continuité de ce processus de révision de la détention par un juge désigné.

[33] Pour ces motifs, j'accueillerais la requête en radiation de l'avis d'appel et je rejetterais l'appel pour défaut de compétence.

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

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[34] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. (dissent): Cette requête en radiation porte sur l'existence ou non d'un droit d'appel relativement à une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l'article 83 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi), sanctionnée le 1<sup>er</sup> novembre 2001.

[35] Le 16 mai 2003, les ministres intimés se prévalaient des dispositions du paragraphe 77(1) de la Loi et déposaient à la Section de première instance de la Cour fédérale un certificat attestant qu'ils étaient d'avis, «à la lumière des renseignements en matière de sécurité dont [ils ont] eu connaissance, que [l'appelant], un résident permanent, est interdit de territoire pour raison de sécurité, aux termes des alinéas 34(1)c), d) et f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*». (Le 2 juillet 2003, par le décret TR/2003-109, la *Loi sur le Service administratif des tribunaux judiciaires* (L.C. 2002, ch. 8, art. 33 et suivants) est entrée en vigueur, la



*Federal Courts Act* and the Trial Division became the Federal Court.)

[36] On the same day, the respondent ministers availed themselves of the provisions of subsection 82(1) of the Act to issue a warrant for the arrest and detention of the appellant, in regard to whom there were [TRANSLATION] “reasonable grounds to believe that he is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”.

[37] This arrest warrant was executed on May 21, 2003, and the appellant has been held since that day.

[38] As required by subsection 83(1) of the Act, Mr. Justice Simon Noël, no later than 48 hours after the beginning of the detention, commenced “a review of the reasons for the continued detention”. Following a hearing, Noël J., on July 15, 2003 [*Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 882; [2003] F.C.J. No. 1119 (F.C.) (QL)], continued the detention [at paragraph 71] “until the designated judge rules again in regard to the continuation of detention under subsection 83(2) of the Act”.

[39] On July 25, 2003, the appellant filed a notice of appeal of this decision.

[40] On September 6, 2003, the Deputy Attorney General of Canada, on behalf of the two respondent ministers, filed a motion in writing under rule 369 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], in which he argued there is no right of appeal of the order for continued detention made July 15, 2003, and accordingly asked that the appeal be struck under paragraph 52(a) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 50] of the *Federal Courts Act*.

[41] The appellant filed his motion record on September 17, 2003, and the respondents, their record in reply on September 23, 2003.

[42] It will be useful, before going further, to reproduce the most relevant provisions of the Act; to facilitate the reading, I have added the marginal notes:

*Loi sur la Cour fédérale* est alors devenue la *Loi sur les Cours fédérales* et la Section de première instance est devenue la Cour fédérale.)

[36] Ce même jour, les ministres intimés se prévalaient des dispositions du paragraphe 82(1) de la Loi pour lancer un mandat visant l’arrestation et la détention de l’appelant, à l’égard duquel il y avait «des motifs raisonnables de croire qu’il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi».

[37] Ce mandat d’arrestation a été exécuté le 21 mai 2003 et l’appelant est détenu depuis ce jour.

[38] Ainsi que le requiert le paragraphe 83(1) de la Loi, le juge Simon Noël, dans les 48 heures suivant le début de la détention, a entrepris «le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention». Après enquête et audience, le juge Noël, le 15 juillet 2003 [*Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 882; [2003] A.C.F. n° 1119 (C.F.) (QL)], maintenait la détention et ce [au paragraphe 71], «jusqu’à ce que le juge désigné statue à nouveau à l’égard du maintien de la détention selon le paragraphe 83(2) de la Loi».

[39] Le 25 juillet 2003, l’appelant déposait un avis d’appel relativement à cette décision.

[40] Le 6 septembre 2003, le sous-procureur général du Canada, au nom des deux ministres intimés, déposait une requête écrite en vertu de la règle 369 des *Règles de la Cour fédérale, 1998* [DORS/98-106], dans laquelle il prétend qu’il n’existe pas de droit d’appel à l’encontre de l’ordonnance de maintien en détention rendue le 15 juillet 2003 et demande en conséquence que l’appel soit radié en vertu de l’alinéa 52a) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 50] de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[41] L’appelant a déposé son dossier de réponse le 17 septembre 2003, et les intimés, leur dossier de réplique le 23 septembre 2003.

[42] Il sera utile, avant d’aller plus loin, de reproduire les dispositions les plus pertinentes de la Loi; pour faciliter la lecture, j’ai ajouté les notes marginales:

## DIVISION 6

## DETENTION AND RELEASE

**Immigration Division**      **54.** The Immigration Division is the competent Division of the Board with respect to the review of reasons for detention under this Division.

**Arrest and detention with warrant**      **55.** (1) An officer may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident or a foreign national who the officer has reasonable grounds to believe is inadmissible and is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, an admissibility hearing or removal from Canada.

...

**Review of detention**      **57.** (1) Within 48 hours after a permanent resident or a foreign national is taken into detention, or without delay afterward, the Immigration Division must review the reasons for the continued detention.

...

## DIVISION 7

## RIGHT OF APPEAL

**Competent jurisdiction**      **62.** The Immigration Appeal Division is the competent Division of the Board with respect to appeals under this Division.

...

**No appeal for inadmissibility**      **64.** (1) No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

...

## DIVISION 8

## JUDICIAL REVIEW

**Application for judicial review**      **72.** (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter—a decision, determination or order made, a measure taken

## SECTION 6

## DÉTENTION ET MISE EN LIBERTÉ

**54.** La Section de l'immigration est la section de la Commission chargée du contrôle visé à la présente section.      **Juridiction compétente**

**55.** (1) L'agent peut lancer un mandat pour l'arrestation et la détention du résident permanent ou de l'étranger dont il a des motifs raisonnables de croire qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête ou au renvoi.      **Arrestation sur mandat et détention**

[. . .]

**57.** (1) La section contrôle les motifs justifiant le maintien en détention dans les quarante-huit heures suivant le début de celle-ci, ou dans les meilleurs délais par la suite.      **Contrôle de la détention**

[. . .]

## SECTION 7

## DROIT D'APPEL

**62.** La Section d'appel de l'immigration est la section de la Commission qui connaît de l'appel visé à la présente section.      **Juridiction compétente**

[. . .]

**64.** (1) L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.      **Restriction du droit d'appel**

[. . .]

## SECTION 8

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

**72.** (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure—décision, ordonnance, question ou affaire—prise dans le cadre      **Demande d'autorisation**

or a question raised—under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

Application (2) The following provisions govern an application under subsection (1):

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent à la demande d'autorisation: Application

...

[. . .]

(e) no appeal lies from the decision of the Court with respect to the application or with respect to an interlocutory judgment.

e) le jugement sur la demande et toute décision interlocutoire ne sont pas susceptibles d'appel.

...

[. . .]

Judicial review 74. Judicial review is subject to the following provisions:

74. Les règles suivantes s'appliquent à la demande de contrôle judiciaire: Demande de contrôle judiciaire

...

[. . .]

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

...

[. . .]

Inconsistencies

75. . . .  
(2) In the event of an inconsistency between this Division and any provision of the *Federal Court Act*, this Division prevails to the extent of the inconsistency.

75. [. . .] Incompatibilité  
(2) Les dispositions de la présente section l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur la Cour fédérale*.

DIVISION 9

SECTION 9

PROTECTION OF INFORMATION

EXAMEN DE RENSEIGNEMENTS À PROTÉGER

EXAMINATION ON REQUEST BY THE MINISTER AND THE SOLICITOR GENERAL OF CANADA

EXAMEN À LA DEMANDE DU MINISTRE ET DU SOLLICITEUR GÉNÉRAL

...

[. . .]

Referral of certificate

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court—Trial Division, which shall make a determination under section 80.

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Section de première instance de la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80. Dépôt du certificat

...

[. . .]

Judicial con-  
sideration

**78.** The following provisions govern the determination:

(a) the judge shall hear the matter;

(b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

**78.** Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire: Examen judiciaire

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

	<p>(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;</p> <p>(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and</p> <p>(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.</p>	<p>h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;</p> <p>i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;</p> <p>j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.</p>	
Proceedings suspended	<p><b>79.</b> (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).</p>	<p><b>79.</b> (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).</p>	Suspension de l'affaire
Proceedings resumed	<p>(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the <i>Federal Court Act</i>.</p>	<p>(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la <i>Loi sur la Cour fédérale</i>.</p>	Reprise de l'affaire
Determination that certificate is reasonable	<p><b>80.</b> (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.</p>	<p><b>80.</b> (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.</p>	Décision
Determination that certificate is not reasonable	<p>(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.</p>	<p>(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.</p>	Annulation du certificat

Determination not reviewable	(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.	(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.	Caractère définitif de la décision
Effect of determination —removal order	<p><b>81.</b> If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),</p> <p>(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;</p> <p>(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and</p> <p>(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).</p>	<p><b>81.</b> Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).</p>	Effet du certificat

## DETENTION

## DÉTENTION

Detention of permanent resident	<p><b>82.</b> (1) The Minister and the Solicitor General of Canada may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.</p>	<p><b>82.</b> (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.</p>	Arrestation et détention facultatives
Mandatory de-tention	<p>(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.</p>	<p>(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.</p>	Détention obli-gatoire
Review of decision for detention	<p><b>83.</b> (1) Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.</p>	<p><b>83.</b> (1) Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.</p>	Contrôle des motifs de la détention
Further reviews	<p>(2) The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.</p>	<p>(2) Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.</p>	Comparutions supplémentaires
Order for continuation	<p>(3) A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent</p>	<p>(3) L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger</p>	Maintien en détention

resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Release

**84.** (1) The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

**84.** (1) Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

Mise en liberté

Judicial release

(2) A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

(2) Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

Mise en liberté judiciaire

Inconsistency

**85.** In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

**85.** Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

Incompatibilité

#### CONSIDERATION DURING AN ADMISSIBILITY HEARING OR AN IMMIGRATION APPEAL

#### EXAMEN DANS LE CADRE D'UNE ENQUÊTE OU D'UN APPEL EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Application for non-disclosure—Immigration Appeal Division

**86.** (1) The Minister may, during an admissibility hearing, a detention review or an appeal before the Immigration Appeal Division, make an application for non-disclosure of information.

**86.** (1) Le ministre peut, dans le cadre de l'appel devant la Section d'appel de l'immigration, du contrôle de la détention ou de l'enquête demander l'interdiction de la divulgation des renseignements.

Interdiction de divulgation

Procedure

(2) Section 78 applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require, including that a reference to "judge" be read as a reference to the applicable Division of the Board.

(2) L'article 78 s'applique à l'examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, la mention de juge valant mention de la section compétente de la Commission.

Application

#### CONSIDERATION DURING JUDICIAL REVIEW

#### EXAMEN DANS LE CADRE DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

Application for non-disclosure—Court

**87.** (1) The Minister may, in the course of a judicial review, make an application to the judge for the non-disclosure of any information with respect to information protected under subsection 86(1) or information considered under section 11, 112 or 115.

**87.** (1) Le ministre peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, demander au juge d'interdire la divulgation de tout renseignement protégé au titre du paragraphe 86(1) ou pris en compte dans le cadre des articles 11, 112 ou 115.

Interdiction de divulgation

Procedure	(2) Section 78, except for the provisions relating to the obligation to provide a summary and the time limit referred to in paragraph 78(d), applies to the determination of the application, with any modifications that the circumstances require.	(2) L'article 78 s'applique à l'examen de la demande, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l'obligation de fournir un résumé et au délai.	Application
I will also refer to subsections 18(1) and (3) of the <i>Citizenship Act</i> [R.S.C., 1985, c. C-29]:		Je ferai également référence aux paragraphes 18(1) et (3) de la <i>Loi sur la citoyenneté</i> [L.R.C. (1985), ch. C-29]:	
Notice to person in respect of revocation	<p><b>18.</b> (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and</p> <p>(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or</p> <p>(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>18.</b> (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne soit réalisée:</p> <p>a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;</p> <p>b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Avis préalable à l'annulation
Decision final	(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.	(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.	Caractère définitif de la décision
and section 27 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 34] of the <i>Federal Courts Act</i> :		et à l'article 27 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 34] de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> :	
JURISDICTION OF FEDERAL COURT OF APPEAL		COMPÉTENCE DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE	
Appeals from the Federal Court	<p><b>27.</b> (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any of the following decisions of the Federal Court:</p> <p>(a) a final judgment;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) an interlocutory judgment; or</p>	<p><b>27.</b> (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d'appel fédérale, des décisions suivantes de la Cour fédérale:</p> <p>a) jugement définitif;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>c) jugement interlocutoire;</p>	Appels des jugements de la Cour fédérale
[43] The respondents argue, essentially, that since there is no appeal under subsection 80(3) of the Act from the substantive decision on the reasonableness of the		[43] Les intimés soutiennent, essentiellement, que puisqu'il n'y a pas d'appel, aux termes du paragraphe 80(3) de la Loi, à l'encontre de la décision de fond	



certificate, there cannot be a right of appeal either from the interlocutory and ancillary order, which they say is the order for continued detention. They rely on the judgment by the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, in which the Court held that some interlocutory judgments made in the context of a referral under subsection 18(1) of the *Citizenship Act* were no more subject to an appeal than the final judgment on the referral.

[44] The respondents also argue that the appellant's right under subsection 83(2) of the Act to appear "at least once in the six-month period following each preceding review", or at any other time that the judge may authorize, is an indication of Parliament's intention to limit the power of intervention of the Federal Court of Appeal in detention matters. In the case at bar, a new appearance by the appellant is scheduled to be held on January 12, 2004, if the Federal Court has not at that point issued its decision on the certificate.

[45] It is trite law that there is an appeal to the Federal Court of Appeal only in those cases expressly provided by the Act (*Tobiass, supra*, at page 412). In subsection 27(1) of the *Federal Courts Act*, Parliament chose to give the Federal Court of Appeal a general right of appeal in regard to, for example, final judgments and interlocutory judgments of the Federal Court.

[46] It is also trite law that Parliament can limit or eliminate this general right of appeal (*Tobiass, supra*, at page 413), which it has expressly done in some specific instances. Among these exceptions, under the *Immigration and Protection of Refugees Act*, are the decision on the reasonableness of the certificate of inadmissibility for security reasons issued under section 77 of that Act, which may not be appealed (subsection 80(3)); a judgment pursuant to judicial review of any measure taken by the Federal Court in the context of that Act, which may be appealed only if the judge certifies that a serious question of general importance is involved (paragraph 74(d)); a judgment on an application for leave for judicial review or any interlocutory judgment in relation to it, from which no appeal lies (paragraph

relative au caractère raisonnable du certificat, il ne saurait non plus y avoir un droit d'appel à l'encontre de l'ordonnance interlocutoire et accessoire que serait l'ordonnance de maintien en détention. Ils s'appuient sur l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, où la Cour aurait décidé que des jugements interlocutoires rendus dans le contexte d'un renvoi prévu au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* n'étaient pas davantage susceptibles d'appel que le jugement final portant sur le renvoi.

[44] Les intimés plaident aussi que le droit conféré à l'appellant par le paragraphe 83(2) de la Loi de comparaître «au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle», ou à tout autre moment sur autorisation du juge, est un indice de l'intention du législateur de limiter le pouvoir d'intervention de la Cour d'appel fédérale en matière de détention. Il est prévu, en l'espèce, qu'une nouvelle comparution de l'appellant aura lieu le 12 janvier 2004 si la Cour fédérale n'a pas alors rendu sa décision relative au certificat.

[45] Il est acquis qu'il n'y a appel à la Cour d'appel fédérale que dans les cas expressément prévus par la Loi (*Tobiass*, précité, à la page 412). Le Parlement a choisi au paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, de conférer un droit d'appel général à la Cour d'appel fédérale à l'égard, notamment, des jugements définitifs et des jugements interlocutoires rendus par la Cour fédérale.

[46] Il est acquis, également, que le Parlement peut restreindre ou supprimer ce droit général d'appel (*Tobiass*, précité, à la page 413), ce qu'il a fait de manière expresse dans des cas précis. Parmi ces cas d'exception se trouvent, en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la décision portant sur le caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire pour raison de sécurité émis en vertu de l'article 77 de ladite Loi, laquelle décision n'est pas susceptible d'appel (paragraphe 80(3)); le jugement consécutif au contrôle judiciaire de toute mesure prise par la Cour fédérale dans le cadre de ladite Loi, lequel jugement n'est susceptible d'appel que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale (alinéa 74d)); le jugement sur la

72(2)(e)); and the decision that is deemed to be a rejection of a claim for refugee protection of a person liable to extradition, which likewise “may not be appealed, and is not subject to judicial review except to the extent that a judicial review of the order of surrender is provided for under the *Extradition Act*” (subsection 105(4)).

[47] Among these exceptions is also, under the *Citizenship Act*, the decision of a judge of the Federal Court on the loss of citizenship in case of fraud, which may not be appealed “notwithstanding any other Act of Parliament” (subsection 18(3)). It was this subsection that was at issue in *Tobiass*.

[48] In the situation that concerns us, an order for continued detention made by a judge of the Federal Court under section 83 of the Act, Parliament did not think fit to exclude it, at least expressly, from the general principle that an appeal lies to the Federal Court of Appeal from a final or interlocutory decision by a judge of the Federal Court. Thus, if there is some exception to the general principle of a right of appeal, it can only be by interpretation or inference. That, basically, is the argument of the respondent ministers, for whom the exception under subsection 80(3) of the Act in relation to decisions on the reasonableness of the certificate implicitly covers decisions on the detention.

[49] I am prepared to acknowledge that can be an exception to the general principle of the right of appeal by interpretation or inference. But in my opinion this interpretation or inference must nevertheless flow naturally from the language of the statute in question, which is to say that one must be able to find that Parliament has clearly presumed or intended, even if it did not say so explicitly, that there was not or is not any right of appeal. In making this statement, I base myself on the fact that Parliament has, over the years, refined its formulations. For example, paragraph 72(2)(e) of the *Immigration and Refugee Protection Act* refers expressly to “an interlocutory judgment”, which section 82.2 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985,

demande d’autorisation de contrôle judiciaire ou toute décision interlocutoire relative à celle-ci, lesquels ne sont pas susceptibles d’appel (alinéa 72(2)e)); et la décision qui est assimilée au rejet de la demande d’asile d’une personne passible d’extradition, laquelle n’est pas, non plus, «susceptible d’appel ni, sauf sous le régime de la *Loi sur l’extradition*, de contrôle judiciaire» (paragraphe 105(4)).

[47] Parmi ces cas d’exception se trouve aussi, en vertu de la *Loi sur la citoyenneté*, celui de la décision d’un juge de la Cour fédérale portant sur la perte de citoyenneté en cas de fraude, laquelle décision n’est pas susceptible d’appel «par dérogation à toute autre loi fédérale» (paragraphe 18(3)). C’est ce paragraphe qui était en cause dans l’affaire *Tobiass*.

[48] Dans le cas qui nous concerne, soit celui d’une ordonnance de maintien en détention prononcée par un juge de la Cour fédérale en vertu de l’article 83 de la Loi, le législateur n’a pas cru bon de la soustraire, du moins expressément, au principe général qui veut qu’il y ait appel à la Cour d’appel fédérale d’une décision finale ou interlocutoire rendue par un juge de la Cour fédérale. Si exception au principe général du droit d’appel il y a, ce ne peut donc être que par interprétation ou inférence. C’est, au fond, ce que plaident les ministres intimés, pour qui l’exception prévue au paragraphe 80(3) de la Loi relativement aux décisions portant sur le caractère raisonnable du certificat vise implicitement les décisions portant sur la détention.

[49] Je suis prêt à reconnaître qu’il peut y avoir exception au principe général du droit d’appel par interprétation ou inférence. Encore faut-il, cependant, à mon avis, que cette interprétation ou cette inférence découle naturellement du texte de loi en cause, ce qui revient à dire qu’il faut être en mesure de conclure que le Parlement a clairement supposé ou voulu, même s’il ne l’a pas dit expressément, qu’il n’y avait pas ou qu’il n’y ait pas droit d’appel. Je me fonde, pour faire cette affirmation, sur le fait que le législateur a raffiné au cours des ans sa façon de dire. Ainsi, par exemple, le paragraphe 72(2)e) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* mentionne expressément «toute décision interlocutoire», ce que ne faisait pas l’article 82.2 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 19;

c. I-2] did not do (see *Froom v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003) 30 Imm. L.R. (3d) 1 (F.C.A.).

[50] For the following reasons, I have concluded that the statutory provisions at issue do not support a finding that Parliament, by inference or interpretation, eliminated the right of appeal from orders for continued detention.

[51] The provisions covering the certificate of inadmissibility (sections 77-81) and the provisions covering the warrant of arrest (sections 82-85) are in the same division of the Act, Division 9. Parliament, it seems to me, was especially selective and specific, in this newly enacted Act, when the time came to eliminate or limit the right of appeal to the Federal Court of Appeal. As I said earlier, it did so in four places and I think it is significant that in Division 9 Parliament did consider the question of the right of appeal when it established the procedure for judicial review of the certificate and that it did not address this question when, three sections later, it established the procedure pertaining to review of the reasons for detention.

[52] The two procedures, albeit parallel, originate in two distinct ministerial acts: the issuance of a certificate of inadmissibility and the issuance of a warrant of arrest. Each has its own life, each has distinct purposes and each leads to an independent decision. In my opinion, the respondent ministers are wrong to think that the decision on detention is a decision ancillary to the decision on the certificate and consequently is an interlocutory decision that would be subject, in respect of the right of appeal, to the same fate as the main decision, the decision on the certificate. Subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* defines the “final judgment” as a decision that “determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding”. In the case at bar, there is no doubt that the decision on the continued detention is a substantive ruling on the appellant’s right to remain at liberty and that this right is completely distinct from the appellant’s right to remain in Canada. Furthermore, the decision on detention does not affect in any way the inquiry

L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l’immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] (voir *Froom c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2003), 30 Imm. L.R. (3d) 1 (C.A.F.).

[50] J’en suis venu à la conclusion, pour les raisons qui suivent, que les dispositions législatives en cause ne permettent pas de conclure que le Parlement, par inférence ou interprétation, a supprimé le droit d’appel eu égard aux ordonnances de maintien en détention.

[51] Les dispositions qui visent le certificat d’interdiction de territoire (les articles 77 à 81) et celles qui visent le mandat d’arrestation (les articles 82 à 85) se retrouvent dans la même section de la Loi, la section 9. Le Parlement, me semble-t-il, s’est montré particulièrement sélectif et précis, dans cette Loi fraîchement adoptée, quand est venu le temps de supprimer ou de restreindre le droit d’appel à la Cour d’appel fédérale. Il l’a fait, comme je l’ai dit plus haut, à quatre reprises et il m’apparaît significatif que dans la section 9, le législateur se soit penché sur la question du droit d’appel quand il a établi la procédure relative à l’examen judiciaire du certificat et qu’il n’ait point traité de la question, trois articles plus loin, quand il a établi la procédure relative au contrôle des motifs de la détention.

[52] Les deux procédures, quoique parallèles, prennent leur origine dans deux actes ministériels distincts, soit l’émission d’un certificat d’interdiction de territoire et l’émission d’un mandat d’arrestation. Elles ont leur vie propre, elles visent deux objets distincts et elles mènent chacune de leur côté à une décision autonome. C’est à tort, selon moi, que les ministres intimés estiment que la décision relative à la détention est une décision accessoire à celle relative au certificat et constitue en conséquence une décision interlocutoire qui serait assujettie, pour ce qui est du droit d’appel, au même sort que la décision principale que serait la décision relative au certificat. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* définit le «jugement définitif» comme celui qui «statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d’une ou plusieurs des parties à une instance». Il n’y a aucun doute, en l’espèce, que la décision relative au maintien en détention statue au fond sur le droit de l’appelant de demeurer en liberté et que ce droit est tout à fait distinct du droit de l’appelant de

conducted in relation to the certificate or the decision forthcoming upon that inquiry; there is nothing ancillary or interlocutory about it in relation to the latter.

[53] The existence of a right of appeal from the order for continued detention is an extension of what Parliament has itself recognized, elsewhere in the Act, in respect of the orders for continued detention issued by some immigration officers for security reasons.

[54] Indeed, through the combined operation of sections 57 and 58 (which are in Division 6 of the Act, devoted to the detention on an order of an immigration officer, and which replaced section 103 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 27; S.C. 1992, c. 49, s. 94; 1995, c. 15, s. 19] of the *Immigration Act*) and sections 72 and 74 (which are in Division 8 of the Act devoted to judicial review), the decision by the Immigration Division in relation to review of a detention ordered by an officer for security reasons is at some point subject, upon leave, to judicial review in the Federal Court. Thus, in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161 (F.C.A.), a warrant of arrest had been issued by a senior immigration officer under subsection 103(1) of the *Immigration Act*. The person detained had been taken before an adjudicator under subsection 103(6) for review of the reasons for the continued detention. The adjudicator upheld the detention. An application for judicial review of the adjudicator's decision was filed and the Federal Court decision, on a certified question, was appealed to the Federal Court of Appeal. The latter agreed to hear the appeal even though—as is inevitable given the prescribed periods for review of the reasons for detention—the decision in question was now moot.

[55] Under sections 82 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the same procedure is generally followed, with this difference, for the purposes of concern to us, that the arrest warrant is issued by the respondent ministers instead of by a senior immigration officer, and the review of the reasons for detention is

demeurer au Canada. Qui plus est, la décision relative à la détention n'affecte d'aucune manière l'enquête menée relativement au certificat non plus que la décision à venir suite à cette enquête; elle ne revêt aucun caractère accessoire ou interlocutoire par rapport à cette dernière.

[53] Qu'il y ait droit d'appel relativement à l'ordonnance de maintien en détention s'inscrit dans le prolongement de ce que le législateur a lui-même reconnu, ailleurs dans la Loi, eu égard aux ordonnances de maintien en détention émises par des agents d'immigration pour raison de sécurité.

[54] En effet, par le jeu combiné des articles 57 et 58 (qui se trouvent dans la section 6 de la Loi consacrée à la détention sur ordre d'un agent d'immigration et qui ont remplacé l'article 103 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 27; L.C. 1992, ch. 49, art. 94; 1995, ch. 15, art. 19] de la *Loi sur l'immigration*) et des articles 72 et 74 (qui se trouvent dans la section 8 de la Loi consacrée au contrôle judiciaire), la décision rendue par la Section de l'immigration relativement au contrôle d'une détention ordonnée par un agent pour raison de sécurité est éventuellement sujette, sur permission, au contrôle judiciaire de la Cour fédérale. Ainsi, dans *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 15 Imm. L.R. (3d) 161 (C.A.F.), un mandat d'arrestation avait été émis par un agent principal en vertu du paragraphe 103(1) de la *Loi sur l'immigration*. La personne détenue avait été amenée devant un arbitre, aux termes du paragraphe 103(6), pour examen des motifs qui pourraient justifier le maintien en détention. L'arbitre a maintenu la détention. La décision de l'arbitre a fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire et la décision de la Cour fédérale, sur question certifiée, a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale. La Cour d'appel fédérale a accepté d'entendre l'appel quand bien même, ce qui est inévitable vu les délais prescrits pour la révision des motifs de la détention, la décision en cause n'avait plus d'effet.

[55] En vertu des dispositions des articles 82 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la même procédure est généralement suivie, à cette différence, pour les fins qui nous concernent, que le mandat d'arrestation est émis par les ministres intimés plutôt que par un agent principal et que le contrôle des

conducted by a judge of the Federal Court instead of the Immigration Division. Since it would be incongruous to subject the decision of a Federal Court judge to judicial review, an appeal procedure is provided for challenging that decision. So, logically speaking, it is not at all surprising that the decision of a Federal Court judge on a review of the reasons for continued detention by the two respondent ministers is liable to appeal in the Federal Court of Appeal. A perfect symmetry would require that the right of appeal to the Federal Court of Appeal be subject to certification of the question or to an application for leave to appeal.

[56] It is unclear to me why Parliament, which allows one level of review when it is the decision of an immigration officer, would not allow it, without saying so expressly, when it is the decision of a judge. It means the same thing in the end—deprivation of liberty—and the least that can be said is that this outcome is important for the person concerned. It is interesting to note that Parliament, while prohibiting any right of appeal to the Immigration Appeal Division by an inadmissible person (subsection 64(1)), has nevertheless allowed that person direct access to the Federal Court to apply for review of a decision for continued detention made in respect of that person by an officer under subsection 57(1). It would have been so simple for Parliament, if such had been its intention, to insert in Division 9 a provision analogous to subsection 64(1) in Division 6. And it is not as if Parliament had inadvertently ignored Division 6, since it goes on to say, in section 85 that “In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.”

[57] Contrary to the respondents’ submission, the conclusion I reach is supported by the decision in *Tobiass, supra*. That case involved, *inter alia*, a determination as to whether subsection 18(3) of the *Citizenship Act*—which provides that the decision of the Federal Court judge on loss of citizenship in case of fraud is not liable to appeal, notwithstanding any other Act of Parliament—applied to an order to stay proceedings made in relation to the review undertaken by a judge of that Court. The Supreme Court held that

motifs de la détention est fait par un juge de la Cour fédérale plutôt que par la Section de l’immigration. Comme il serait incongru d’assujettir la décision d’un juge de la Cour fédérale à un contrôle judiciaire, c’est par voie d’appel que cette décision peut être remise en question. Il n’y a dès lors rien d’étonnant, en toute logique, que la décision rendue par un juge de la Cour fédérale relativement au contrôle des motifs d’une détention ordonnée par les deux ministres intimés soit susceptible d’appel devant la Cour d’appel fédérale. Une symétrie parfaite exigerait que le droit d’appel à la Cour d’appel fédérale soit sujet à la certification d’une question ou encore à une demande d’autorisation d’appel.

[56] Je m’expliquerais mal que le législateur, qui permet un niveau de contrôle quand il y va de la décision d’un agent, ne le permette pas, sans le dire expressément, quand il y va de la décision d’un juge. L’enjeu est en effet le même—la privation de la liberté—et le moins qu’on puisse dire est que cet enjeu est important pour la personne concernée. Il est intéressant de constater que le législateur, s’il a interdit tout droit d’appel à la Section d’appel de l’immigration par une personne interdite de territoire (paragraphe 64(1)), n’en a pas moins permis que cette personne ait directement accès à la Cour fédérale pour demander le contrôle d’une décision de maintien en détention rendue à son égard par un agent en vertu du paragraphe 57(1). Il eût été si simple, pour le législateur, si telle était son intention, d’insérer dans la section 9 une disposition analogue au paragraphe 64(1) qu’on retrouve dans la section 6. Et ce n’est pas comme si le législateur avait par inadvertance ignoré la section 6, puisqu’il dira, à l’article 85, que «[l]es articles 82 à 84 l’emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6».

[57] La conclusion à laquelle j’en arrive trouve appui, contrairement à ce que prétendent les intimés, dans l’arrêt *Tobiass*, précité. Il s’agissait, entre autres, dans cette affaire de déterminer si le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*—qui prévoit que la décision du juge de la Cour fédérale portant sur la perte de citoyenneté en cas de fraude n’est pas, par dérogation à toute autre loi fédérale, susceptible d’appel—s’appliquait à une ordonnance de suspension des procédures rendue relativement à l’examen entrepris par un juge de ladite

subsection 18(3) of the *Citizenship Act* did not block the right of appeal.

[58] I note in passing that subsection 18(3) of the *Citizenship Act* uses the words “notwithstanding any other Act of Parliament”, which means that in any event this subsection prevails over subsection 27(1) of the *Federal Courts Act*, which establishes the general principle of the right of appeal. And this is also the conclusion reached by this Court in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.) and in *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 71 C.R.R. (2d) 113 (F.C.A.). The *Immigration and Refugee Protection Act* contains a provision, subsection 75(2), which gives Division 8 of that Act precedence, not over any other Act of Parliament but over the *Federal Court Act* alone. Because Division 9, which is the one that concerns us, does not contain this override clause, it is clear that Division 9 is subject, as such, to the general principle of the right of appeal established by subsection 27(1) of the *Federal Courts Act*.

[59] *Tobiass, supra*, did not decide the issue of whether the elimination of the right of appeal from a final order entailed the elimination of the right of appeal from an interlocutory order, for the simple reason that it never considered the order to stay proceedings as an interlocutory order. What the Supreme Court did decide is that the stay of proceedings “is entered for reasons which are completely unrelated to . . . the obtaining . . . of citizenship” (at page 413), that it “is different from the type of determination that the Court is called upon to make under subsection 18(1)” (at page 413), that it “is most definitely a ‘final judgment’ . . . [that] has the effect of permanently bringing the proceedings to an end” (at page 413), that it “is a decision made under s. 50 of the *Federal Court Act* and not under s. 18(1) of the *Citizenship Act*” (at page 413) and that the power to order the continued detention “does not flow by necessary implication from the power to decide if” the certificate is reasonable (at page 418).

[60] The Court added, in *obiter*, the following paragraphs (at pages 414-415):

Cour. La Cour suprême en est venue à la conclusion que le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* ne faisait pas obstacle au droit d’appel.

[58] Je note, en passant, que le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* emploie les mots «par dérogation à toute autre loi fédérale», ce qui signifie que ce paragraphe a, de toute manière, préséance sur le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui établit le principe général du droit d’appel. C’est d’ailleurs là la conclusion à laquelle cette Cour en est arrivée dans *Luitjens c. Canada (Secrétaire d’État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (C.A.F.) et dans *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 71 C.R.R. (2d) 113 (C.A.F.). La *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* contient une disposition, le paragraphe 75(2), qui confère à la section 8 de cette Loi préséance, non pas sur toute autre loi fédérale, mais sur la seule *Loi sur la Cour fédérale*. Comme la section 9, qui est celle qui nous concerne, ne contient pas cette clause dérogatoire, il est certain que la section 9 est sujette, en tant que telle, au principe général du droit d’appel établi par le paragraphe 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[59] L’arrêt *Tobiass*, précité, n’a pas tranché la question de savoir si la suppression du droit d’appel d’une ordonnance définitive emportait la suppression du droit d’appel d’une ordonnance interlocutoire, pour la simple raison qu’elle n’a jamais considéré l’ordonnance de suspension d’instance comme une ordonnance interlocutoire. Ce que la Cour suprême a décidé, c’est que la suspension des procédures «est ordonnée pour des motifs qui n’ont absolument rien à voir avec l’acquisition [. . .] de la citoyenneté» (page 413), qu’elle «diffère du genre de décision que la cour est appelée à rendre sous le régime du par. 18(1)» (page 413), qu’elle «est manifestement un “jugement définitif” [. . .] [qui] a pour effet de mettre fin aux procédures de façon permanente» (page 413), que «[c]’est une décision rendue en application de l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et non du par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*» (page 413) et que le pouvoir d’ordonner le maintien en détention «ne découle pas nécessairement du pouvoir de décider si» le certificat est raisonnable (page 418).

[60] La Cour a ajouté, en *obiter*, les paragraphes suivants (aux pages 414 et 415):

Although the issue does not arise here, there is a great deal of force to the argument that s. 18(1) of the *Citizenship Act* encompasses not only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, but also those decisions made during the course of a s. 18 reference which are related to this determination. This would encompass all the interlocutory decisions which the court is empowered to make in the context of a s. 18 reference (see, for instance, s. 46 of the *Federal Court Act* and Rules 5, 450-455, 461, 477, 900-920, 1714 and 1715 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663). This interpretation of s. 18(1) was adopted by the Federal Court of Appeal in *Luitjens*, *supra*, where it was held that interlocutory decisions made in the context of s. 18(1) reference are decisions made “under” s. 18(1). It is not necessary for the purpose of this decision to determine whether this conclusion should be varied. That should only be done in an appeal where the issue arises from the facts.

However, whether s. 18(1) is interpreted narrowly as encompassing only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, or more broadly to include the interlocutory decisions made in the context of a s. 18(1) hearing which are related to this determination, it is apparent that it does not encompass an order granting or denying a stay of proceedings.

Unlike interlocutory decisions, a stay of proceedings will not be made in order to more efficiently determine the ultimate question of whether citizenship was obtained by false pretences. An order staying proceedings is therefore not related to this ultimate decision. [Emphasis in original.]

[61] The Court, without expressly questioning the judgment of this Court in *Luitjens*, *supra*, suggests thereby that this judgment might have to be modified in so far as it indicates, and it underlines this, that only interlocutory judgments “related” to “the ultimate question of whether citizenship was obtained by false pretences” are immune from appeal. Its thinking is that a judgment made “in order to more efficiently determine the ultimate question of whether citizenship was obtained by false pretences” is an interlocutory judgment related to the ultimate decision. I note in this regard that the examples of interlocutory judgments cited by the Court at page 416, namely, section 46 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14; 1992, c. 1, s. 68] of the *Federal Court Act* and Rules 5, 450-455 [as am. by SOR/90-846, s. 15], 461 [as

Bien que la question ne se pose pas en l’espèce, l’argument suivant est très séduisant: le par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* vise non seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, mais également les décisions rendues au cours du renvoi prévu à l’art. 18 s’y rapportant. Cela comprendrait tous les jugements interlocutoires que le tribunal a le pouvoir de rendre dans le contexte d’un renvoi prévu à l’art. 18 (voir, par exemple, l’art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale* et les règles 5, 450 à 455, 461, 477, 900 à 920, 1714 et 1715 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663). Cette interprétation du par. 18(1) a été adoptée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Luitjens*, précité, où il a été décidé que les jugements interlocutoires rendus dans le contexte d’un renvoi prévu au par. 18(1) sont des décisions «visée[s] au» par. 18(1). Il n’est pas nécessaire aux fins du présent pourvoi de déterminer si cette conclusion devrait être modifiée. Cela ne devrait être fait que dans le cadre d’un appel où la question découlerait des faits.

Cependant, que le par. 18(1) soit interprété de façon stricte de manière à viser seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, ou de façon plus libérale afin d’englober les jugements interlocutoires se rapportant à cette décision qui sont rendus dans le cadre d’une audience visée par le par. 18(1), il est manifeste qu’il ne comprend pas une ordonnance accordant ou refusant la suspension des procédures.

Contrairement aux jugements interlocutoires, la suspension des procédures ne sera pas prononcée afin de trancher plus efficacement la question ultime de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux. L’ordonnance qui suspend les procédures n’est donc pas liée à cette décision ultime. [Le soulignement est dans le texte.]

[61] La Cour, sans remettre formellement en question l’arrêt de notre Cour dans *Luitjens*, précité, laisse ainsi entendre que cet arrêt pourrait devoir être modifié dans la mesure où elle indique, et c’est son soulignement, que seuls les jugements interlocutoires «se rapportant» à la «décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux» échappent au droit d’appel. Elle se dira d’avis qu’est un jugement interlocutoire se rapportant à la décision ultime un jugement prononcé «afin de trancher plus efficacement la question ultime de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux». Je note, à cet égard, que les exemples de jugements interlocutoires que la Cour donne à la page 416, soit l’article 46 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14; 1992, ch.

am. *idem*], 477, 900-920, 1714 and 1715 of the old *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663], are all addressed to questions of practice and procedure in this Court.

[62] If I apply the comments of the Supreme Court in *Tobiass, supra*, to the instant case, I readily conclude from them that the order for continued detention is a final judgment or, at the very outside, an interlocutory judgment that is unrelated to the ultimate order that will be made in relation to the reasonableness of the certificate. In either case, the elimination of the right of appeal, in subsection 80(3), cannot apply, for the following reasons:

1. The impugned order, unlike the one at issue in *Tobiass*, is not addressed in any way to the review of the certificate previously undertaken by Noël J. It is an order made in relation to a quite different proceeding.

2. The impugned order is final, in that the appellant's right to liberty is henceforth compromised. It is possible that, following the further review provided by subsection 83(2), this right will be restored to him, but his detention, while it may not be permanent, is nevertheless definitive for the time being. I will return to this subsection later.

3. Subsection 80(3) of the Act refers to [*Tobiass*, at paragraph 51] a very particular kind of decision, a decision on the reasonableness of the certificate of inadmissibility.

4. The impugned order [*Tobiass*, at paragraph 51] "is different from the type of determination that the Court is called upon to make under" subsection 80(1).

5. The continued detention is not in any way ordered [*Tobiass*, at paragraph 58] "in order to more efficiently determine the ultimate question of whether" the certificate is reasonable.

6. The power to order the continued detention [*Tobiass*, at paragraph 66] "does not flow by necessary implication from the power" to review the certificate.

I, art. 68] de la *Loi sur la Cour fédérale* et les règles 5, 450 à 455 [mod. par DORS/90-846, art. 15], 461 [mod., *idem*], 477, 900 à 920, 1714 et 1715 des anciennes *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663], visent tous des questions de pratique et de procédure devant la Cour.

[62] Si j'applique les commentaires de la Cour suprême dans *Tobiass*, précité, à la présente affaire, j'en viens aisément à la conclusion que l'ordonnance de maintien en détention est un jugement définitif ou, à la rigueur, un jugement interlocutoire qui ne se rapporte pas à l'ordonnance ultime qui sera prononcée relativement au caractère raisonnable du certificat. Dans l'un ou l'autre cas, la suppression du droit d'appel, au paragraphe 80(3), ne saurait s'appliquer pour les raisons que voici:

1. L'ordonnance attaquée, contrairement à celle en cause dans *Tobiass*, ne vise aucunement l'examen du certificat déjà entrepris par le juge Noël. C'est une ordonnance rendue relativement à une toute autre procédure.

2. L'ordonnance attaquée est définitive, en ce que le droit de l'appelant à la liberté est d'ores et déjà compromis. Il se peut que, suite à la comparution supplémentaire que prévoit le paragraphe 83(2), ce droit lui soit restitué, mais sa détention, si elle n'est peut-être pas permanente, n'en est pas moins définitive dans l'instant présent. Je reviendrai plus loin sur ce paragraphe.

3. Le paragraphe 80(3) de la Loi réfère à [*Tobiass*, précité, au paragraphe 51] «un genre très particulier de décision», soit une décision portant sur le caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire.

4. L'ordonnance attaquée [*Tobiass*, précité, au paragraphe 51] «diffère du genre de décision que la cour est appelée à rendre sous le régime du» paragraphe 80(1).

5. Le maintien en détention n'est d'aucune manière ordonné [*Tobiass*, précité, au paragraphe 58] «afin de trancher plus efficacement la question ultime de savoir si» le certificat est raisonnable.

6. Le pouvoir d'ordonner le maintien en détention [*Tobiass*, précité, au paragraphe 66] «ne découle pas nécessairement du pouvoir» d'examiner le certificat.



[63] That being said, it cannot be said that continued detention [*Tobiass*, at paragraph 51] “is entered for reasons which are completely unrelated to” the reasonableness of the certificate. In fact, the certificate, according to subsection 77(1), is issued “on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality”, while the detention is ordered, according to subsection 82(1), if the respondent ministers “have reasonable grounds to believe that the [interested party] is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”. The reasons may of course be similar where security is at stake, but the objective sought, in one case, is long-term and in the other, short-term, and the issuance of the certificate is essentially based on the past actions of the interested party while the arrest warrant is essentially based on the current danger he represents. Moreover, the certificate cannot be issued on the ground that the interested party might not appear at a proceeding or for removal. That the same actions may be cited in either proceeding do not prevent the objective sought from being distinct. Both proceedings are governed by the same rules of procedure (section 78), precisely because similar questions of fact are likely to be invoked. These same rules apply as well to other proceedings in which security questions are raised (see subsections 86(2) and 87(2)) and these other proceedings are unrelated to the one in subsection 80(1).

[64] In short, to repeat the expression used in *Tobiass*, *supra*, at page 418, the power to order the continued detention and the power to declare the certificate of inadmissibility reasonable are “separate, divisible” judicial acts. The continued detention is not “related” to the reasonableness of the certificate, which will be determined irrespective of whether or not the interested party is in detention. The only connection, in practice, between the two proceedings is that the warrant of arrest will no longer be effective if the certificate is set aside. It is the decision on the certificate that affects the decision on the detention, and not the converse.

[65] The only attractive argument cited by the two respondent ministers is the one based on subsection

[63] Cela dit, il n'est pas possible d'affirmer que le maintien en détention [*Tobiass*, précité, au paragraphe 51] «est ordonné pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec» le caractère raisonnable du certificat. En effet, le certificat, selon le paragraphe 77(1), est émis «pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée», tandis que la détention est ordonnée, selon le paragraphe 82(1), si les ministres intimés «ont des motifs raisonnables de croire qu[e] [l'intéressé] constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi». Il se peut, bien sûr, que les motifs se rejoignent là où la sécurité est en jeu, mais l'objectif recherché, dans un cas, est à long terme et dans l'autre, à court terme, et la délivrance du certificat se fonde essentiellement sur les agissements passés de l'intéressé tandis que le mandat d'arrestation se fonde essentiellement sur le risque actuel qu'il représente. Qui plus est, le certificat ne peut pas être émis pour le motif que l'intéressé pourrait se soustraire à la procédure ou au renvoi. Que les mêmes agissements puissent être invoqués dans l'une et l'autre des procédures n'empêchent pas l'objectif recherché d'être distinct. Les deux procédures sont d'ailleurs régies par les mêmes règles de procédure (article 78), précisément parce que des questions de fait semblables sont susceptibles d'être invoquées. Ces mêmes règles s'appliquent aussi à d'autres procédures où se soulèvent des questions de sécurité (voir les paragraphes 86(2) et 87(2)) et ces autres procédures n'ont aucun lien avec celle prévue au paragraphe 80(1).

[64] Bref, pour reprendre l'expression utilisée dans *Tobiass*, à la page 418, le pouvoir d'ordonner le maintien en détention et le pouvoir de déclarer raisonnable le certificat d'interdiction de territoire sont des actes judiciaires «distincts et divisibles». Le maintien en détention ne «se rapporte» pas au caractère raisonnable du certificat, lequel sera déterminé peu importe que l'intéressé soit ou non en détention. Le seul lien, en pratique, entre les deux procédures vient de ce que le mandat d'arrestation n'aura plus d'effet si le certificat est annulé. C'est la décision relative au certificat qui affecte celle relative à la détention, et non l'inverse.

[65] Le seul argument intéressant qu'invoquent les deux ministres intimés est celui fondé sur le paragraphe

83(2) of the Act, which guarantees an automatic review and allows a discretionary review of the detention. Since Parliament provided an automatic review of detention, they argue, a right of appeal would conflict with this review mechanism that was expressly put in place and deprive subsection 83(2), which provides that the interested party shall be brought back “until a determination is made” on the certificate, of any effect.

[66] The weakness of this argument, in my opinion, is that it confuses appeal and review and assumes that once the continued detention is ordered, the interested party can have no remedy other than review since he must remain in detention until a determination is made on the certificate. But if there is an appeal and if the appeal is allowed, there is no further detention and the review mechanism established by section 83 is then no more necessary than it is when no arrest warrant was issued. The argument, in other words, rests on the premise that there is no right of appeal, when it is the merit of that premise that is at issue.

[67] The interpretation proposed by the respondent ministers also leads to the rather undesirable result (especially when there is a deprivation of an individual’s liberty) that if the judge, in making his order on continued detention, relies for example on irrelevant considerations, the interested party would have no opportunity to have the decision corrected by the Federal Court of Appeal. A review of his detention, automatically or by application, might then be of very little assistance.

[68] Whatever the case, this argument, even if it had merit, would in my opinion not suffice to tip the balance in favour of an implied suppression of the right of appeal, so decisive are the arguments that I have advanced above. The respondent ministers are asking the Court to add to Division 9 a provision that is simply not there and that would have the effect of establishing a dependency between the order on the certificate and the order on continued detention that does not exist.

[69] I conclude, therefore, that the order for continued detention made on July 15, 2003, may be appealed.

83(2) de la Loi, lequel assure une révision automatique et permet une révision discrétionnaire de la détention. Le législateur ayant prévu une révision automatique de la détention, l’existence d’un droit d’appel entrerait en conflit avec le mécanisme de révision expressément mis en place et enlèverait tout effet au paragraphe 83(2) qui prévoit que l’intéressé doit comparaître «[t]ant qu’il n’est pas statué sur le certificat».

[66] La faiblesse de cet argument, à mon avis, est qu’il confond appel et révision et suppose qu’une fois le maintien en détention ordonné, l’intéressé ne saurait avoir d’autre recours que la révision puisqu’il doit demeurer en détention tant qu’il n’est pas statué sur le certificat. Or, s’il y a appel et si l’appel est accueilli, il n’y a plus de détention et le mécanisme de révision mis en place par l’article 83 n’est dès lors pas plus nécessaire qu’il ne l’est lorsqu’aucun mandat d’arrestation n’a été émis. L’argument, en d’autres termes, repose sur la prémisse qu’il n’y a pas de droit d’appel, alors que c’est le bien-fondé de cette prémisse qui est en question.

[67] L’interprétation que proposent les ministres intimés mène aussi à ce résultat peu souhaitable, surtout lorsqu’il y va de la privation de liberté d’un individu, que si le juge, en rendant son ordonnance sur le maintien en détention, se fonde par exemple sur des considérations non pertinentes, l’intéressé n’aurait pas l’opportunité de faire rectifier le tir par la Cour d’appel fédérale. La révision automatique ou sur demande de sa détention risquerait dès lors d’être d’un bien maigre secours.

[68] Quoi qu’il en soit, cet argument, même s’il était bien fondé, ne suffirait pas à faire pencher la balance en faveur d’une suppression implicite du droit d’appel, tant me semblent plus décisifs les arguments que j’ai développés plus haut. Les ministres intimés invitent la Cour à ajouter à la section 9 une disposition qui ne s’y trouve tout simplement pas et qui aurait pour effet d’établir, entre l’ordonnance relative au certificat et celle relative au maintien en détention, une dépendance qui n’existe pas.

[69] J’en arrive ainsi à la conclusion que l’ordonnance de maintien en détention rendue le 15 juillet 2003 est susceptible d’appel.

[70] This conclusion, in its *ratio*, is similar to the conclusion recently reached by this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, [2003] 2 F.C. 657 (C.A.). When determining that the summary judgment procedure under rule 216 of the *Federal Court Rules, 1998* was not a final judgment not liable to appeal within the meaning of subsection 18(3) of the *Citizenship Act*, Létourneau J.A., on behalf of the Court, wrote as follows (at paragraphs 36-37):

The decision of the Motions Judge in the case at bar, whether that decision is described as a summary judgment, a declaratory judgment or a judgment striking out allegations, is and remains a decision interpreting the scope and requirements of the Court's rules of procedure. I feel quite certain that subsection 18(3) of the Act does not cover a decision interpreting the scope of rule 216 on obtaining a summary judgment. A decision on the procedural requirements imposed by rule 216 is a decision of a procedural nature, which bears no resemblance to the nature and content of the determination that must be made under subsection 18(1) of the Act, a determination that is essentially factual in nature: on the nature of the determination, see *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied (1992), 10 C.R.R. (2d) 284 (S.C.C.). In other words, I feel certain that by adopting subsection 18(3) of the Act, Parliament did not intend that a summary judgment that might be made as a consequence of erroneous interpretation or application of the Court's rules of procedure not be subject to appeal.

I further consider that a decision on the scope and requirements of the summary judgment proceeding is similar to a decision ordering a stay of proceedings, and this is not covered by the appeal prohibition contained in subsection 18(3): see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraph 57. Both decisions are procedural in nature. One, the stay of proceedings, is designed to terminate proceedings, and the other, the summary judgment procedure, either to terminate or to shorten proceedings by terminating a part of them. At no time, however, does a decision on the validity of recourse to either of these procedural vehicles affect or impinge on the matter being heard by the Trial Division under subsection 18(1), namely a determination of whether the respondent has obtained entry to Canada by fraud or false representation.

[71] The application to strike out the notice of appeal for want of jurisdiction should be dismissed with costs.

[70] Cette conclusion rejoint, par son fondement, celle à laquelle notre Cour en est arrivée récemment dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, [2003] 2 C.F. 657 (C.A.). En décidant que la procédure de jugement sommaire prévue à la règle 216 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* n'était pas un jugement interdit d'appel au sens du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*, le juge Létourneau, J.C.A., au nom de la Cour, s'est en effet exprimé comme suit (aux paragraphes 36 et 37):

La décision de la juge des requêtes en l'instance, que l'on qualifie cette décision de jugement sommaire, de jugement déclaratoire ou de jugement en radiation d'allégués, est et demeure une décision interprétant la portée et les conditions d'application de nos règles de procédure. Je suis convaincu que le paragraphe 18(3) de la Loi ne comprend pas une décision interprétant la portée de la règle 216 relative à l'obtention d'un jugement sommaire. Une décision quant aux exigences procédurales imposées par la règle 216 constitue une décision de nature procédurale qui ne se rapporte pas à la nature et à la teneur de la détermination qui doit être faite en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi, laquelle détermination en est une de nature essentiellement factuelle: sur la nature de la détermination, voir *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (C.A.F.), permission d'appeler à la Cour suprême du Canada refusée (1992), 10 C.R.R. (2d) 284 (C.S.C.). En d'autres termes, je suis convaincu que le Parlement n'a pas voulu, par l'adoption du paragraphe 18(3) de la Loi, qu'un jugement sommaire qui aurait été rendu par suite d'une interprétation ou d'une application erronée des règles de procédure de la Cour échappe à l'appel.

Je suis également d'avis qu'une décision sur la portée et les critères d'application de la procédure de jugement sommaire s'apparente à une décision ordonnant une suspension d'instance qui, elle, n'est pas couverte par l'interdiction d'appel prévue au paragraphe 18(3): voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, au paragraphe 57. Les deux décisions sont de nature procédurale. L'une, la suspension d'instance, vise à mettre un terme aux procédures, l'autre, la procédure de jugement sommaire, vise soit à y mettre un terme, soit à en abrégier la durée en mettant un terme à une partie. Mais en aucun temps, la décision sur le bien-fondé de recourir à l'un ou l'autre de ces véhicules procéduraux ne touche ou ne porte atteinte à la question dont la Section de première instance est saisie en vertu du paragraphe 18(1), soit la détermination que l'intimé a ou non obtenu par fraude ou fausses représentations son entrée au Canada.

[71] La demande de radiation de l'avis d'appel pour défaut de compétence devrait être rejetée avec dépens.



# 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 or Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, 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.*

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

#### *Certiorari*

Judicial review of decisions by independent Chairperson convicting each applicant of disciplinary offence of possession of contraband contrary to Corrections and Conditional Release Act, s. 40(i)—Whether decisions of Chairperson made in error of law—For disciplinary offence of possession, criminal standard of proof applies in making determination—Proof must exist beyond reasonable doubt inmate had knowledge, control of contraband before finding of guilt can be made—Inmates concerned admitted to control of articles containing contraband but denied knowledge of contraband itself—Chairperson made no clear finding of credibility with respect to explanation each gave—Incumbent upon Chairperson to first make finding with respect to credibility of each applicant, then to decide whether all evidence proved guilt beyond reasonable doubt—To find guilt, incumbent on Chairperson to clearly determine whether evidence supported positive finding on each of two factors essential for conviction of possession, being knowledge of contraband, control of contraband—Both decisions made in error of law in that essential requirement of making finding of knowledge not accomplished—Applications allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 40.

BORGLUND V. CANADA (T-1462-02, T-1463-02, 2003 FC 952, Campbell J., orders dated 5/8/03, 4 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Judicial review of Convention Refugee Determination Division of Immigration and Refugee Board (Board) decision determining applicant not Convention refugee—Whether

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Board based decision on erroneous findings of fact made in perverse or capricious manner or without regard to material before it in finding applicant not credible—While some adverse credibility findings of Board relate to inconsequential details, adverse credibility findings made in relation to incident of persecution as described by applicant cannot be said to be patently unreasonable, nor made in perverse or capricious manner, nor without regard to material before it—Whether Board erred in concluding mere membership in Movement for Democratic Change (MDC) insufficient to meet Convention criteria of political opinion—In case at bar, veterans who confronted group of teachers appeared to believe teachers supporters of MDC—Belief likely bolstered by fact war veterans discovered applicant's MDC t-shirt—Clearly, applicant and other teachers perceived by veterans to be MDC supporters, regardless of limited extent of political activity engaged in by applicant—Therefore, from perspective of persecutor, applicant supporter or member of MDC and, as such, applicant meets Convention grounds for political opinion—Board's finding basis for applicant's fear did not meet legal definition of "political opinion" in circumstances of case clearly unreasonable, since law clearly states Convention ground to be determined from perspective of persecutor—However, not a material error in view of negative outcomes on first and third issues—Whether Board erred in finding applicant would not face more than "mere possibility" of serious harm should applicant return to Zimbabwe—Evidence of applicant revealed single incident of harassment, abuse and humiliation by war veterans in Zimbabwe—Documentary evidence establishes "post-election violence and political intimidation against MDC activists"—Board determined applicant's treatment did not establish past persecution, and that there existed only "mere possibility" that she would be persecuted once returning to Zimbabwe—In view of evidence presented, this finding not unreasonable, and no basis for intervention—Although Board's finding applicant did not meet Convention ground for "political opinion"

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

unreasonable, error not material, as Board ultimately held applicant not credible and applicant did not run risk of persecution should she return to Zimbabwe—Application dismissed.

MOYO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5884-01, 2003 FC 1024, Blais J., order dated 4/9/03, 10 pp.)

*Permanent Residents***Humanitarian and Compassionate Considerations**

Judicial review of denial of exemption from requirement to obtain immigrant visa on H&C grounds—Applicant arguing decision unreasonable, improperly minimizing best interests of applicant's Canadian-born child —Applicant, citizen of People's Republic of China, claimed refugee status on arrival in Canada in 1992, then abandoned claim—Exclusion order against him came into effect—Applicant failed to show up for refugee, abandonment hearings as held by immigration authorities in United States —Married Canadian citizen in 1998—First H&C applications rejected—Child born of marriage after present H&C application submitted—Application dismissed—Immigration counsellor dismissed application as insufficient grounds to warrant special exemption, stating reasonable for couples deciding to marry when one spouse's immigration status undecided to expect separation for immigration processing—Immigration counsellor also "alert, alive, sensitive" to best interests of applicant's child—Discussed child's interests at length, did not minimize child's interests in manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition, thereby adhering to guidelines set out by Supreme Court in *Baker v. Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817—Neither *Baker* nor Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) required according greater weight to best interests of child than to other factors considered by counsellor—While important part of analysis, presence of Canadian-born child not requiring immigration officer to exercise discretion in favour of parent: *Legault v. Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*), [2002] 4 F.C. 358 (C.A.)—Furthermore, applicant has not demonstrated Immigration counsellor's decision unreasonable—Applicant's immigration history (11 years in Canada, conditional removal order against him since 1993, refugee claim abandoned) rightly considered as negative factor—Legitimate public policy concern which could reasonably be weighed against applicant herein—As stated in *Legault*, Minister definitely authorized to refuse exception if circumstances surrounding person's entry, stay in Canada "discredit him or create a precedent susceptible of encouraging illegal entry in Canada"

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1).

CHIK V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-425-03, 2003 FC 989, Kelen J., order dated 21/8/03, 7 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Motion for interim stay of CIRB decision pending hearing to stay that decision pending judicial review thereof—Preliminary objection to Federal Court's jurisdiction to decide interim stay application, based on Canada Labour Code, s. 22 strong privative clause—That provision not ousting Court's jurisdiction to decide applications for judicial review under Federal Court Act, s. 18.1(4)(a), (b) or (c), nor, therefore, Court's jurisdiction to grant stay, or interim stay, pending judicial review—If Board without jurisdiction to have made decision under review, fact may be ongoing process not saving decision by precluding Court from dealing with it—Code, s. 22(2) not limiting Court's consideration of any aspect of Federal Court Act, s. 18.1(4)(a) as pertaining to Board's decisions—On judicial review, Court must determine standard of review according to pragmatic, functional analysis (*Pushpanathan v. Canada* (*Minister of Citizenship and Immigration*), [1998] 1 S.C.R. 982); however, on stay application, Court not deciding judicial review, does not engage in pragmatic, functional analysis of standard of review —On application for stay, applicant must establish serious issue, irreparable harm, balance of convenience—Arguments about effect on seniority rights, labour strife, unrecoverable costs possibly incurred by VIA, possible disruption of schedules not establishing harm sufficient to justify interim stay—Therefore, application for interim stay dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 22 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 56; 1998, c. 26, s. 9).

VIA RAIL CANADA INC. V. CAIRNS (A-273-03, 2003 FCA 308, Rothstein J.A., order dated 18/7/03, 7 pp.)

**HUMAN RIGHTS**

Judicial review of CHRC decision not to deal with complaint filed by applicant against respondent—Applicant, female owner of transport truck, filed complaint with Commission, alleging discrimination by respondent, trucking company, resulting from failure by respondent to employ applicant's junior driver because he was driving truck owned by woman—Alleged discriminatory act occurred in June 1997, but applicant did not contact Commission until October 1998—Commission decided not to further deal with complaint pursuant to Act, s. 41(1)(e) on basis of delay by applicant in

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

filing complaint, prejudice resulting to respondent due to lack of documentation and possible impairment of witnesses' memories—Following *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, pragmatic and functional analysis determining appropriate standard of review herein standard of patent unreasonableness—No evidence on record that Commission acted in absence of good faith, without regard to procedural fairness or relied on improper or irrelevant considerations—No requirement of cross-disclosure of one party's submissions to other before decision made—Here, where issue of timeliness apparent on face of applicant's complaint, Commission did not breach duty of procedural fairness by disclosing applicant's submissions on Investigation Report to respondent without providing applicant with respondent's reply—No basis for interfering with Commission's decision to decline further inquiry into applicant's complaint—Decision not patently unreasonable—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1)(e).

PRICE V. CONCORD TRANSPORTATION INC. (T-1010-01, 2003 FC 946, Heneghan J., order dated 1/8/03, 19 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Judicial review challenging jurisdiction of inspectors to enforce employer's obligation to pay overtime wages—Mr. McIvor, respondent in present application, employed by applicant (Actton) as waste disposal truck driver in Calgary from August to November, 1999—On leaving employment, respondent complained about unpaid overtime wages by Actton—Ms. Steeves, another respondent to present application, inspector acting under authority of Canada Labour Code (Code), made order requiring Actton to pay Mr. McIvor overtime claimed—Order made as result of Inspector Steeves' interpreting and applying provisions of Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations (Regulations), made pursuant to Part III of Code, and which govern payment of overtime wages for city and highway motor vehicle operators—Jurisdiction of Inspector Steeves to make order sole issue for determination—Code, s. 169(1) creating obligation on employer to adhere to standard "hours of work" and s. 174 creating obligation on employer to pay "overtime pay"—Obligations under Part III of Code, as modified by Regulations, under supervision of inspectors designated pursuant to Code, s. 249(1)—To assist inspectors and referees in enforcement process, Minister of Labour has published "Explanatory Guidelines" to give understanding of how Minister of Labour interprets Code and Regulations, and, why inspectors and referees might take responsibility to interpret and apply definition of "city motor vehicle operator"—Issue of inspector's jurisdiction to make payment order proper question for determination on present application—Actton's jurisdictional attack focusing on what Actton argues to be

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

unlawful delegation of authority to inspectors to make determination of element of definition of "city motor vehicle operator"—Furthermore, Actton arguing inspector does not have jurisdiction to make determination with respect to other alternate means of deciding on employer's obligation to pay overtime, being application of "prevailing industry practice in geographic area" where driver employed—Actton's primary jurisdictional argument, in giving definition to phrase "prevailing industry practice", Inspector Steeves was making law, something Inspector Steeves unauthorized to do—Authority of inspector derived from Parliament under Code, and not from any delegation by regulation or otherwise—Important to remember Regulations, s. 3 specifically stating Regulations providing modification to hours of work provisions of ss. 169, 171, especially for motor vehicle operators; Regulations not purporting to delegate authority, but merely modifying statutory obligations—Thus, Actton's delegated authority argument dismissed and Inspector Steeves had jurisdiction to make order—Scheme of Code, Part III and Regulations creating obligations on employer which must be met by actions of employer—In case of overtime pay, first obligation of employer to decide what overtime to pay—If employee concerned disagrees with decision, has right to make complaint, triggering involvement of inspector—Once involved, inspector can exercise powers of investigation under s. 249(2), gather evidence, and take enforcement action if considered necessary—Pursuant to s. 251(1), inspector authorized to find whether employer has met payment of overtime obligation—In arriving at conclusion, inspector authorized to make certain key factual findings, including finding of "prevailing industry practice" of paying overtime—Thus, rather than inspector making unauthorized law by finding prevailing industry practice in certain geographic area, inspector applying law as required by Code and Regulations to come to factual conclusion on particular complaint—Actton has failed in its attack on order—Judicial review dismissed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 169(1) (as am. by S.C. 1993, c. 42, s. 14), 171, 174, 249(1), 251(1) (as am. *idem*, s. 36)—Motor Vehicle Operators Hours of Work Regulations, C.R.C., c. 990, s. 3 (as am. by SOR/92-594, s. 10).

ACTON TRANSPORT LTD. V. STEEVES (T-671-01, 2003 FC 816, Campbell J., order dated 7/10/03, 22 pp.)

**MARITIME LAW****CARRIAGE OF GOODS**

Plaintiff Mediterranean Shipping Co. S.A. (MSC) seeking to recover from BPB Westroc Inc. (Westroc), defendant shipper, amount of \$65,187 on account of freight for carriage of Westroc's goods on three separate occasions, plus interest and costs—Westroc admitting owned cargo, received it, cargo carried by MSC to correct destination in proper condition but

**MARITIME LAW—Concluded**

denying liability on grounds freight already paid to J.T. Knight Export Services Inc., freight forwarder Westroc understood had authority to receive payment on MSC's behalf—J.T. Knight went bankrupt after having been paid by Westroc—Court left with unenviable task of deciding whether shipper should, in particular circumstances of this case, be made to pay twice, or whether carrier will not be paid at all—Issues whether MSC, by its conduct, induced Westroc to conclude J.T. Knight authorized to receive payment for shipments; whether MSC estopped from claiming freight charges by reason of its knowledge of J.T. Knight's financial difficulties, and its failure to so inform Westroc—Action allowed—According to *C.P. Ships v. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 F.C. 736 (T.D.), general approach to be taken that shipper remaining liable unless shipper can show released by carrier—This result agreeing with economic reality, as freight forwarders may have few assets, and yet book cargo far exceeding their net worth—While carrier may extend credit to forwarder, no economically rational motive for carrier to release shipper—Legitimate policy reasons for adopting rebuttable presumption in favour of shipper liability—Here, burden on Westroc, not MSC, to prove liability released—Did not do so—On evidence, J.T. Knight acting as typical freight forwarding agent on behalf of Westroc towards MSC—Since Westroc appointed J.T. Knight as its agent for purposes of billing, collecting freight charges, and as party to whom all documents necessary for that purpose would be sent, MSC cannot be faulted for following trade practice of dealing with Westroc solely through agent—Under general principles of agency and by operation of law, non-payment by agent deemed non-payment by principal—Westroc must be taken to have assumed risk of paying twice if party it relied upon to perform essential function of its export program abused its position of trust by converting freight monies received for designated purpose for its own use—Westroc failed to take proper precautions to protect itself—Shipper remaining liable to carrier unless it can present clear and unequivocal evidence that carrier somehow released it from liability—Westroc has failed to meet burden.

MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. v. BPB WESTROC INC. (T-652-01, 2003 FC 942, Lafrenière P., judgment dated 31/7/03, 16 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of Health from granting to Pharmascience Inc. (Pharmascience) notice of compliance (NOC) in respect of medicine carvedilol tablets (used for treatment of congestive heart failure (CHF), reducing mortality) until after expiration of applicants' patent No. 2212548 ('548 patent)—GlaxoSmithKline bears legal

**PATENTS—Continued**

burden to demonstrate, on balance of probabilities, that Pharmascience's allegations in notice of allegation (NOA) not justified—Issue whether Pharmascience's allegations of invalidity of '548 patent for reasons of anticipation and/or obviousness in light of prior art justified—Application dismissed—'548 patent invention as directed to novel use of known compound (association of use of carvedilol for treatment of CHF with benefit of reducing mortality)—Application of test for obviousness as articulated in *Beloit Can. Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.): would technician skilled in art but having no scintilla of inventiveness or imagination, in light of state of art and common general knowledge as at claimed date of invention, have come directly and without difficulty to solution taught by patent?—Next step to evaluate prior art relating to use of carvedilol and, based on it, determine whether solution claimed by GlaxoSmithKline one which would have occurred to everyone of ordinary intelligence and acquaintance with carvedilol who applied his mind to problem—Prior art, individually or taken together, would have led unimaginative skilled technician (cardiologist) to invention, specifically, to consider use of carvedilol as treatment of CHF, particularly to prolong survival, without undue experimentation, whole thing subject to results of trials expected in 1994—'548 patent rendered obvious by prior art in existence at date of invention—As to anticipation, GlaxoSmithKline has established that allegation of invalidity on ground of anticipation not justified.

GLAXOSMITHKLINE INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1871-01, 2002 FC 899, Noël J., order dated 18/7/03, 35 pp.)

**PRACTICE**

Applicant Procter & Gamble (P&G) seeking order quashing Notice of Compliance (NOC) issued by Minister of Health to Genpharm Inc. for Gen-Etidronate oral dosage tablets containing etidronate disodium—P&G owner of patent for invention of pharmaceutical regimen used in treatment of osteoporosis, consisting of kit containing 400 mg of etidronate or etidronate disodium tablets and tablets of 1250 mg calcium carbonate (Didrocal)—P&G also making and selling Didronel, containing 200mg of etidronate disodium, used for treatment of Paget's Disease and hypercalcemia of malignancy—No Canadian patent for Didronel at this time—P&G won lawsuit against Genpharm with respect to Didrocal, obtaining order prohibiting Minister from issuing NOC to Genpharm in connection with 400 mg tablets and also 200 mg tablets Genpharm proposed to manufacture—In June 2003, Minister issued NOC to Genpharm for 200mg oral dosage tablets of etidronate disodium for Paget's disease and hypercalcemia of malignancy, to be marketed as Gen-Etidronate—Issues whether prohibition order should be varied to make clear



**PATENTS—Continued**

prohibition applicable to Gen-Etidronate; whether NOC, if issued contrary to order, should be quashed—Motion dismissed—For P&G to be able to use Federal Court Rules, 1998, r. 399(2) (Court may set aside or vary order by reason of matter that arose or was discovered subsequent to making of order), must meet threefold test established in *Annacis Auto Terminals (1997) Ltd. v. Cali (The)* (1999), 178 F.T.R. 40 (F.C.T.D.); *Saywack v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 189 (C.A.): new matter arising or discovered subsequent to order; new matter could not have been discovered sooner with reasonable diligence; if new matter had been brought forward, would probably have resulted in different original order—On facts, Court could not conclude P&G could not, with reasonable diligence, have discovered matter sooner—As to whether original order would probably have been different, in effect Court asked to step into minds of Trial Division, Court of Appeal Judges who heard matter and determine what they would have done if Gen-Etidronate had been before them—Not certain that, faced with facts, Court of Appeal would have prohibited Minister from issuing NOC for Gen-Etidronate—Had Trial Division Judge been aware of Genpharm's intention to file new ANDS for 200 mg tablets related to Paget's disease and hypercalcemia, making reference to non-patented Didronel, Court not convinced Trial Division Judge's order would have been different—Finally, given differences between August 2002 ANDS and that considered by Courts in context of original order, would be highly speculative to attempt to predict outcome—Court cannot conclude order would probably have been different—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2).

PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1970-99, 2003 FC 911, Snider J., order dated 24/7/03, 13 pp.)

Appeal from order of MacKay J. (Applications Judge) ((2002), 22 C.P.R. (4th) 361), dated October 7, 2002, dismissing appellant's application for judicial review in relation to Canadian Patent 1300021 ('021 patent)—Applications Judge upheld decision of respondent Minister of Health (Minister) to remove '021 patent relating to Novartis' Estracomb patches from Patent Register—Whether patent claim to system of two patches applied to skin of patient constitutes claim for medicine itself or claim for use of medicine within meaning of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations), s. 4(2)(b)—Proper test to determine if patches medicine under NOC Regulation whether patches administered to patient or whether patches administer substances to patient—Determination made by Applications Judge that patches not medicine does not conflict with *Glaxo Group Ltd. v. Novopharm Ltd.* (1999), 244 N.R. 199 (F.C.A.) decision—Underlying theory of Applications Judge's determination patches not administered,

**PATENTS—Concluded**

but instead administer medicine, direct application of *Glaxo* decision—Evidence clearly establishes claims of '021 patent similar to those of patent at issue in *Glaxo*—In *Glaxo*, inhaler used to administer medicament—Similarly, patches claimed in '021 patent used to administer estradiol or estradiol and norethindrone acetate to patients—Claims of '021 patent in relation to system for administration of substances, not in relation to substances themselves—Accordingly, patent for patches, '021 patent, not eligible for inclusion on Patent Register—Applications Judge correctly distinguished this case from *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.)—Patches different from formulation at issue in *Hoffmann*—In *Hoffmann*, patent contained claims to nasal spray composed of active and inactive ingredients physically mixed together in formulation, and administered to patient—In case at bar, patches claimed in '021 patent not formulations—Layers of patches not mixed with estradiol or estradiol and norethindrone acetate—Rather, patches all discrete and separate components, and only estradiol or estradiol and norethindrone acetate administered to patient—Other layers of patches never administered—Instead, each of two patches intentionally removed by patient and discarded after 14 days—Accordingly, clear patches never administered, and therefore do not fall within definition of medicine in NOC Regulations—Finally, Applications Judge correct in concluding manner in which Estracomb patches regulated under Food and Drugs Regulations, as drugs and not devices, and by Patented Medicines Prices Review Board not determinative when construing claims of '021 patent—Well established courts will not look at matters extraneous to patent in construing claims of patent—Appeal dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 4(2)(b) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-617-02, 2003 FCA 299, Malone J.A., judgment dated 6/10/03, pp.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review of decision of Commissioner of Corrections, Correctional Service of Canada, (Commissioner) dated September 3, 2002 authorizing amendment to Commissioner's Directive (CD) 803, Consent to Health Services Assessment, Treatment and Release of Information—CD 803, s. 2(b) providing consent of offender must be obtained for all mental health procedures, including psychiatric and psychological assessment and treatment—Amendment (s. 3) providing risk assessment can be done notwithstanding offender's refusal—Applicant arguing risk assessments cannot be done without offender's consent—Change to CD 803 strips away inmate's consent rights, as they pertain to psychological testing and

**PENITENTIARIES—Concluded**

assessments—Applicant submits amendment contrary to common law principles, and violates Charter of Rights and Freedoms, s. 7 and Canadian Bill of Rights, s. 1(a)—Commissioner has authority to make and implement rules, pursuant to Corrections and Conditional Release Act, s. 97, and to designate as Commissioner's Directives any of these rules pursuant to Act, s. 98—Protection of society paramount concern in corrections process pursuant to s. 4(a)—One way to achieve objective through risk assessments —Distinction between medical and psychological assessments done for benefit of offender or to establish diagnosis, and risk assessments done for protection of public—On one hand, Correctional Services of Canada (CSC) has obligation to administer health care for benefit of inmates—On other hand, CSC has legislative mandate to assess risk in order to protect public—Risk assessments do not require informed consent—In summary, risk assessments not health care, treatment, or psychological assessments conducted in order to establish diagnosis or to ascertain whether offender requires health care treatment—Risk assessments tool to determine offender's likelihood of recidivism and potential danger to offender, other inmates, staff members and public—Impossible to fulfill mandate if offender's consent required prior to risk being assessed as consent could often be withheld—Within jurisdiction of Commissioner to make such amendment in order to allow CSC to fulfill legislative mandate of protecting public—With regard to applicant's constitutional challenge, applicant has not challenged validity of any disposition of Act—Therefore, argument without merit—Finally, applicant seeks order of *mandamus*, directing CSC to cease using non-Ph.D psychologists and staff to conduct PCL-R assessments, contrary to Dr. Hare's cited protocols and stated criteria—Always better to follow guidelines as established by Dr. Hare when conducting PCL-R assessments—However, given fact person with Master's degree eligible for registration to provide psychological services in British Columbia, such person has qualifications necessary to conduct PCL-R assessments—Judicial review dismissed—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]—Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 1—Corrections and Conditional Release Act, 1992, c. 20, ss. 4, 97, 98.

INMATE WELFARE COMMITTEE, WILLIAM HEAD  
INSTITUTION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1725-02, 2003 FC 870, Tremblay-Lamer J., order  
dated 4/7/03, 9 pp.)

**PRACTICE**

Motion by defendants to allow Normand Gobeil and Christine Gobeil to represent them and assist their counsel at

**PRACTICE—Continued**

out-of-court discovery of Steven Bailey—Clear from evidence submitted to Court that inability of defendants to understand English when discovery of plaintiff's representative would take place in English serious handicap which could cause some injury— In *Nash v. Sanjel Cementers Ltd.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 528 (F.C.T.D.), Hargrave P. said: "In certain circumstances, an expert may attend to advise on a discovery, but there are other categories of people who often, by agreement or order, may attend to facilitate a smooth running and efficient discovery"—Mr. and Ms. Gobeil fall into "other categories"—Also in *Nash*, prothonotary said that "yet one must keep in mind that the rules and procedures applying to discovery are designed to provide an efficient and effective procedure. In addition, an end of discovery is to avoid any ambush at trial"—In case at bar, clearly not an attempt by Mr. and Ms. Gobeil to interfere in case that does not concern them, but instead to respond favourably to request by one of parties to assist counsel with their consent—Particular situation in this case and arguments that presence of Mr. and Ms. Gobeil will expedite discovery process, with defendant's consent, are arguments which carry weight—Consequently, defendant's motion seems to be valid—Court ordering Normand Gobeil and Christine Gobeil be authorized to assist counsel for defendants at discovery of plaintiff's representative.

S & M BRANDS, INC. V. PAUL (T-99-01, 2003 FC 1035,  
Blais J., order dated 5/9/03, 8 pp.)

**AFFIDAVITS**

Appeal from Prothonotary's order striking out portion of affidavit as constituting hearsay (reference to CBC television program "The National" segment on Canadian residents working in the United States or for U.S. companies and paying U.S. income tax); dismissing applicant's counter motion to file second affidavit detailing attempts, efforts by applicant to obtain better evidence—Appeal dismissed—Applicant has failed to establish impugned order clearly wrong—Federal Court Rules, 1998, r. 50 providing Prothonotary with jurisdiction to hear motions made by parties —R. 81 requiring that, except on motions, affidavits confined to facts within personal knowledge of deponent, but not necessarily excluding hearsay evidence, provided latter "reasonably necessary", "reliable"—In recent years, Supreme Court of Canada has taken somewhat more flexible approach to hearsay "rooted in principle and policy underlying hearsay rule rather than strictures of traditional exceptions": *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915 (necessity, reliability)—Prothonotary properly asked himself whether or not applicant has demonstrated hearsay evidence contained in paragraphs at issue, exhibits herein reliable, reasonably necessary—Hearsay evidence herein not meeting threshold of reliability, as found by Prothonotary—Although not necessary to examine requirement of necessity, Court not convinced broadcast of documentaries or newspaper articles

**PRACTICE—Continued**

can be adduced in court proceedings in order to prove truth of their contents, simply because litigant encountering difficulties in collecting first-hand evidence from reliable sources, governmental or otherwise—Would be unwarranted extension of recognized exceptions to inadmissibility of hearsay evidence—As to actual prejudice, Prothonotary properly found respondent could not conduct effective, valid cross-examination here in opposition to allegations, since persons making affidavits could provide no information other than that already contained in affidavits—Prothonotary properly concluded striking out of paragraphs at issue necessary at this stage—Prothonotary did not act prematurely, did not improperly exercise his discretion in allowing motion to strike paragraphs at issue; did not err in dismissing applicant's motion to file second affidavit—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 50 (as am. by SOR/2002-417, s. 8), 81.

EXPRESS FILE, INC. V. HRB ROYALTY, INC. (T-241-02, 2003 FC 924, Martineau J., order dated 28/7/03, 9 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Parties in copyright infringement action agreed to conduct first round of examinations for discovery of respective representatives in Toronto on July 16, 17, 2003—Counsel for plaintiffs waived right to discovery, advised plaintiffs' representative would be available in New York, not Toronto—Defendant maintained plaintiffs breached agreement regarding conduct of examination for discovery, moved for order dismissing action under r. 97—Once agreement reached, parties expected to honour agreement, or face consequences provided by r. 97—Where person fails to attend oral examination, r. 97 provides Court with discretion to dismiss proceeding, to order person to attend at own expense, order person, party on whose behalf person examined to pay costs of examination—Defendant's refusal to conduct examination in New York fully justified—Plaintiffs had two options: proceed with examination in Toronto as agreed, or seek directions from Court—Plaintiffs did neither—Failed to attend scheduled examination, in breach of Court-ordered deadline for completing first round of discoveries by July 21, 2003—Such conduct by plaintiffs should be discouraged by invoking sanction provisions under r. 97—Plaintiffs' representative required to attend examination for discovery in Toronto—Defendant not required to pay travel expenses—Granted extension of time to complete examination for discovery of plaintiffs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 97.

MARVEL CHARACTERS, INC. V. RANDY RIVER INC. (T-1962-01, 2003 FC 986, Lafrenière P., order dated 20/8/03, 6 pp.)

**PRACTICE—Continued****PARTIES**

In action for damages as consequence of post-war actions of officials of Department of Indian Affairs, Department of Veterans Affairs in respect of Veterans' Land Act, plaintiffs, now very elderly, in frail health, seeking to have their interests in proceeding assigned to Sioux Valley First Nation, Band No. 290, of Manitoba—Issue whether plaintiffs should be permitted to assign their interest in underlying proceedings to Band—Four sub-issues: whether assignment permitted pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 117; whether assignment prohibited as would run afoul of laws pertaining to maintenance of champerty; whether Financial Administration Act, s. 67 expressly restricting assignment of claims herein; whether motion should be considered on its merits despite plaintiffs' failure to comply with r. 117(2), requiring that motion be brought by Band, not plaintiffs—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, r. 117 not providing for authority to assign interest in litigation; merely addressing procedural requirements for dealing with assignment otherwise legally undertaken—In absence of evidence as to how proceeds of litigation to be dealt with, proposed assignment not violating prohibition against champerty—However, motion should be dismissed on grounds proposed assignment closely resembling maintenance (giving of assistance or encouragement to one of parties to action by person who has neither interest in action nor any other motive recognized by law as justifying his interference)—Band's interest fact plaintiffs registered members of Band; that interest insufficient—Motive behind transfer advanced age, frail health of plaintiffs, suggesting plaintiffs would no longer be disposed to enforce their rights against Crown without intervention of third party (Band)—This clearly constitutes maintenance—Also, assignment of debt prohibited by Financial Administration Act—While motion should have been brought by Band, not plaintiffs according to r. 117(2), motion decided on merits notwithstanding procedural defect—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 67—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 117.

TACAN V. CANADA (T-1756-01, 2003 FC 915, Snider J., order dated 24/7/03, 8 pp.)

*Intervention*

Appeal by Frederick W. L. Black from order of MacKay J. ((2000), 183 F.T.R. 301) dismissing appellant's application for order of *mandamus* against Office of the Superintendent of Bankruptcy (Superintendent)—Order under appeal made as result of motion brought by Superintendent to strike appellant's application for judicial review on ground vexatious, represented abuse of process and essentially devoid of any hope of success—Appellant argued Motions Judge's order should be set aside because of certain factual errors—

**PRACTICE—Continued**

Appellant argued Judge erred in criticizing him for purporting to represent parties other than himself by making them applicants in these proceedings, when clear appellant sole applicant—Appellant alleged Judge also erred in finding present application fourth application seeking same relief when in fact it was the first seeking specific relief pleaded—Consequently, Judge’s conclusion proceeding vexatious and abusive could not be supported—Appellant also took issue with status of Superintendent, mere intervener, to bring application to strike application—As to status of Superintendent, as intervener, to bring motion for dismissal of application while Bankruptcy and Insolvency Act gives Superintendent power to intervene as party in any proceeding in court, “court” defined as court having jurisdiction in bankruptcy in geographic jurisdiction—In Nova Scotia, court having bankruptcy jurisdiction Supreme Court—Consequently, Superintendent cannot intervene in proceedings in Federal Court as of right but must comply with Federal Court Rules, 1998, r. 109—Motions Judge right to require Superintendent to make motion for intervener status and open to Judge to allow motion to be made orally—Clear from registry officer’s minutes of proceedings Superintendent granted status of intervener, even though no formal order ever issued—Motions Judge granted Superintendent intervener status on basis of motion—Motions Judge granted Superintendent intervener status for purpose of allowing him to make motion to strike appellant’s application—As to issue of representation of other parties, in case at bar, appellant sole applicant—Parties named as respondents not adverse in interest to appellant—Respondents did not appear on motion and not represented by counsel—Other named party “The Creditors of the Estate of NsC Diesel Power Incorporated as represented by the TRUSTEE of the Estate”—Such party unknown to law—No provision in Act or in Rules for service of “creditors” by service upon Trustee in bankruptcy—No justification for purporting to name both Inspectors and creditors—Naming of creditors as party ineffectual—One party directly affected by application but not named as party, the Trustee—Significant because appellant created appearance of adversarial proceedings when, in fact, only single interest represented—Regarding multiplicity of proceedings, appellant says Judge erred in characterization of “third application for *mandamus*”—Appellant says that there has only been one prior adjudication on merits, not three as suggested by Motions Judge—Application T-610-99 seeking *mandamus* against Superintendent, same relief sought in application T-724-95—Appellant justifies present application by saying application founded on facts not before Court in deciding outcome of application T-724-95—Alleged misrepresentation to Court constitutes basis on which appellant claims to be entitled to make fresh application for *mandamus*—Appellant claims Court misled by information provided by counsel—No inconsistency between submissions made by counsel for

**PRACTICE—Continued**

Superintendent to MacKay J., conclusions expressed by MacKay J. in application T-724-95 and documents supplied by applicant in application T-610-99—Documents tendered by appellant do not demonstrate misrepresentations made by representatives of Superintendent—Consequently, no new evidence, and therefore no basis for reconsideration of issues canvassed in T-724-95—Appeal dismissed notwithstanding Motions Judge’s error with respect to appellant’s purported representation of other parties—Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985 c. B-3 (as am. by S.C. 1992, c. 27, s. 2)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 109.

BLACK V. NSC DIESEL POWER INC. ESTATE (TRUSTEE OF)  
(A-371-00, 2003 FCA 300, Pelletier J.A., judgment dated 7/7/03, 18 pp.)

## VARIATION OF TIME

Motion for extension of time within which to appeal Dawson J.’s order as to costs—Issues: acceptable explanation for delay; *prima facie* case: *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.)—Here, Attorney General did not attend award of costs, neither consented to nor opposed case, as overlooked possibility of award of costs being made against Attorney General—Not want of due diligence to overlook something completely unexpected—However, applicant did clearly set out it sought costs in application for judicial review—Attorney General may not have strongest argument by which to explain delay, but by *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.), Court must balance strength, weaknesses of application for extension of time—As to *prima facie* case, while Attorney General argued inappropriate to award costs against independent tribunal (Canada Appeals Office on Occupational Health and Safety), costs awarded against Attorney General, not tribunal—Costs have been awarded against Attorney General in situations analogous to present: *Griffiths v. Canada (Attorney General)* (2000), 182 F.T.R. 130 (F.C.T.D.); *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.)—Crown also arguing costs should not have been awarded against Attorney General as did not act in adversarial manner, did not oppose application—First, Attorney General virtually forced applicant to take judicial review matter to hearing—Second, could have applied to escape from proceeding by way of Federal Court Rules, 1998, r. 303(3), or have taken proper step of consenting to have decision set aside—Third, by forcing applicant to proceed with hearing, but not addressing matter of costs or making some arrangements before hearing, Attorney General knowingly assumed risks of adverse award of costs, especially given it knew applicant seeking costs—Overall, Attorney General has not suggested *prima facie* case for reconsideration of exercise of discretion, as to costs, by hearing judge—While marginally reasonable excuse for delay, no merit whatsoever

**PRACTICE—Continued**

in argument that costs should not have been awarded against Attorney General—No *prima facie* case to support application for extension of time—Motion denied—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 303(3).

CANADIAN FREIGHTWAYS LTD. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2279-01, 2003 FC 926, Hargrave P., order dated 28/7/03, 6 pp.)

Applicant, Ms. Muhammed, by present motion seeks nominal extension of time in which to serve and file record—Applicant's difficulties began when moving from Victoria to Vancouver, following unsuccessful immigration hearing—Victoria counsel filed required application for leave and judicial review in timely manner on April 9, 2003—Applicant, with assistance of Legal Services Society of British Columbia, in Vancouver, retained counsel in Vancouver, Mr. Carlos Charles: Mr. Charles provided confirmation to Legal Services Society on April 2003 acting for applicants—However, on May 16, 2003, month after counsel had been retained and few days after record should have been served and filed, Mr. Charles advised Legal Services Society that he was unable to proceed with Ms. Muhammed's case by reason of heavy workload, but that he asked present counsel, Mr. Kajoba, to take up file and to that end Mr. Charles provided change of lawyer form—Applicant and her child left with new lawyer week after record should have been served and filed and thus need to obtain extension of time to serve and file record—Mr. Kajoba appears to have acted promptly to get matters in hand and now brings present motion for time extension—Agreed appropriate test for time extension set out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.): (1) continuing intention to pursue application; (2) application has some merit; (3) no prejudice to respondent arises from delay; and (4) reasonable explanation for delay exists—Other principles governing time extension found in *Grewal v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 263 (C.A.) in which pointed out need, to do justice between parties and noted various factors justifying time extension must be balanced one against other—Thus, must balance applicable factors set out in *Hennelly* with overall objective of doing justice between parties—In case at bar, applicant had required continuing intention to pursue application—As to merit of application, reasons to be reviewed relatively thorough, but there may be room to argue tribunal did not assess evidence as whole or that, in view of serious consequences, set out reasons leading clearly and cogently to finding no credible basis for claim—Argument not strong, but possible—As to matter of prejudice, length of delay not great enough to cause any prejudice to respondent—Concerning reasonable explanation for delay, two approaches submitted—One based on case *Chin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 69 F.T.R. 77 (F.C.T.D.) and other refers to *Mathon v. Canada*

**PRACTICE—Concluded**

(*Minister of Employment and Immigration*) (1988), 28 F.T.R. 217 (F.C.T.D.)—In choosing between two approaches, fitting to turn to *Grewal* which requires balancing of factors bearing on time extension against overall objective of doing justice between parties—Taking all of circumstances into consideration, including continuing intention to pursue application; merit of application; lack of any prejudice accruing to respondent by reason of delay; explanation for delay and particularly that it was former counsel who, by abandoning applicants after allowing time to run, deprived applicants of their right; and to terminate present judicial review proceeding on basis of procedural negligence and/or incompetence of former counsel would constitute windfall to Crown, time extension granted.

MUHAMMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2547-03, 2003 FC 828, Hargrave P., order dated 3/7/03, 14 pp.)

**TRADE-MARKS**

Official marks—Action re: trade-marks; applications by both parties for summary judgment—Plaintiff using positioning line "You can get there from here" in advertising campaign for educational services—Defendant using same line in promoting sale of Canada Savings Bonds (CSBs), Canada Premium Bonds (CPBs) under brand "New Canada Savings Bond" during 2001-2002, 2002-2003 sales and marketing campaigns—In 2002, Registrar of Trade-marks gave public notice under Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(ii) of adoption of official mark by University—When plaintiff requested defendant cease and desist from using it, defendant answered would not be using line in its 2003-2004 marketing campaign—Issue whether defendant's use of mark after May 29, 2003 in relation to same product sold both before and after that date—S. 9(1)(n)(ii) precluding adoption by another, after publication of University's notice of official mark "in connection with business, as trade-mark or otherwise", of official mark—Both before, after May 29, 2002, defendant carried on same business, marketing of CSBs, CPBs under official mark "New Canada Savings Bond"—Both before, after that date, products sold by defendant in essence similar, though for years in question, annual series might differ only in interest rates, identification numbers—Defendant's adoption and use of mark prior to its publication as official mark of plaintiff not violation of s. 9(1)(n)(ii); that publication did not result in, nor cause, any change in defendant's business with which it continued to use mark for its advertising in 2002-2003—Protection under s. 9 for prior user of official mark not extending to marketing of new, different product developed by user after publication of mark: *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance* (2001), 17 C.P.R. (4th) 45 (F.C.T.D.)—Here however, annual series of basically similar bonds, differing in interest rates, not new

**TRADE-MARKS—Continued**

products within business of defendant—Plaintiff's application for summary judgment dismissed; defendant's application for summary judgment allowed; plaintiff's action dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 9(1)(i)(ii).

ROYAL ROADS UNIVERSITY V. CANADA (T-185-03, 2003 FC 922, MacKay J., judgment dated 25/7/03, 9 pp.)

**REGISTRATION**

Appeal from decision of Trade-marks Opposition Board, as delegate of Registrar of Trade-marks (Registrar), by which Registrar refused application of Nefco Furniture Ltd. (applicant or Nefco) to register trade-mark "Mattress Express" for use in association with retail sale of beds, mattresses, box springs, bedding products and components therefor—Registrar decided application on basis of first ground of opposition, which was based on Trade-marks Act, s. 12(1)(d) and which alleged "Mattress Express" not registrable as confusing with each of opponent's trade-marks "Bedding Express", "Sofa Express", "The Brick Express", "Television Express" and "Appliance Express"—Registrar concluded applicant had failed to show no reasonable likelihood of confusion between applicant's mark "Mattress Express" and opponent's registered trade-mark "Bedding Express" as of July 10, 2001, date of decision of Registrar—Therefore, opposition based on Act, s. 12(1)(d) succeeded—Single issue raised by applicant on appeal from Registrar's decision whether Registrar erred in holding applicant did not meet onus upon it to show no reasonable likelihood of confusion between its trade-mark "Mattress Express" and "Bedding Express" as of July 10, 2001—Respondent limited submissions to whether mark "Mattress Express" confusing with registered trade-mark "Bedding Express"—In order to determine whether trade-marks confusing, Act, s. 6(5) directing Registrar to have regard to all surrounding circumstances, including five factors set out in Act, s. 6(5)—Onus upon applicant to show no likelihood of confusion with registered trade-mark in mind of average consumer—Turning to consideration of items listed under Act, s. 6(5), applicant not challenging finding of Registrar that neither mark has much inherent distinctiveness so this factor favours neither party—Relevant date for determining confusion under Act, s. 12(1)(d) date of determination of opposition by Registrar on evidence—In case at bar, July 10, 2001 relevant date—At that time evidence as to respondent's use of its mark extensively advertised between 1990 and 1993, but more than seven years had elapsed since

**TRADE-MARKS—Concluded**

last evidenced use of "Bedding Express"—As Registrar correctly noted, fair to conclude "Bedding Express" no longer known to any significant extent more than seven years after last use—No challenge made to Registrar's finding services overlap significantly because both parties use marks in association with retail sale of furniture, including mattresses—As to other surrounding circumstances, Registrar gave little weight to evidence of lack of confusion, and declined to consider apparent discontinuance of opponent's mark as further surrounding circumstances—Applicant submits Registrar erred in so doing—With respect to weight to be given to evidence of lack of confusion, Registrar gave little weight to evidence, in part because Nefco's use of mark had been somewhat limited—Due to Brick's non-use of mark, this was not case where there had been concurrent use of marks with no confusion—Registrar entitled to give evidence little weight—Substantial error alleged that Registrar did not properly consider effect of non-use of opponents mark in view of her findings that there was no evidence Brick's mark used after 1993, so mark "Bedding Express" no longer known to significant effect—Central issue before Registrar whether trade-marks in question confusing—Test for confusion at Act, s. 6(5): whether ordinary consumer will believe wares with which second mark used in some way associated with wares of first mark—Test of first impression and imperfect recollection, and ultimately determination of fact—Because question of fact, factors listed in Act, s. 6(5) need not be given equal weight—While some factors such as nature of wares, nature of trade, and degree of resemblance between marks suggest likelihood of confusion, determining factors inherent distinctiveness of marks and Registrar's correct finding as of date of decision Brick's mark not known to any significant degree—Weakness of marks and fact first mark no longer known to any significant extent fundamentally contradict Registrar's finding applicant had failed to show no reasonable likelihood of confusion—Weak mark out of use for so long that no longer known to any significant degree cannot constitute source of confusion—Court concluded reasons as whole do not support decision—Consequently, appeal allowed and decision of Registrar refusing applicant's application pursuant to s. 38(8) of Act set aside—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 12(1)(d), 38(8) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66).

NEFCO FURNITURE LTD. V. BRICK WAREHOUSE CORP.  
(T-1911-01, 2003 FC 852, Dawson J., order dated 9/7/03, 19 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf> 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

Demande présentée en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer à Pharmascience Inc. (Pharmascience) un avis de conformité (ADC) en ce qui concerne les comprimés de carvedilol (utilisés pour le traitement de l'insuffisance cardiaque congestive (ICC), réduction de la mortalité) jusqu'à l'expiration du brevet n° 2212548 (brevet '548) des demanderesse—La charge de la preuve visant à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les allégations de Pharmascience contenues dans l'avis d'allégation (ADA) ne sont pas fondées repose sur GlaxoSmithKline—La question en litige consiste à savoir si sont fondées les allégations d'invalidité de Pharmascience relatives au brevet '548 en raison de l'antériorité et/ou de l'évidence eu égard à l'état de la technique—Demande rejetée—Le brevet '548 est une invention qui vise une utilisation nouvelle d'un composé connu (association faite entre l'utilisation du carvedilol pour traiter l'ICC et la réduction de la mortalité)—Application du critère d'évidence élaboré dans *Beloit Can. Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.): Il s'agit de se demander si, compte tenu de l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment où l'invention aurait été faite, le technicien versé dans son art, mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination, serait directement et facilement arrivé à la solution que préconise le brevet—L'étape suivante consiste à évaluer l'antériorité d'utilisation du carvedilol afin de décider si la solution revendiquée par GlaxoSmithKline en est une qui serait venue à l'esprit de toute personne dotée d'une intelligence moyenne et moyennement familiarisée avec le carvedilol et qui se serait penchée sur la question—Les éléments d'antériorité, pris individuellement ou dans leur ensemble, auraient pu mener tout technicien compétent et sans imagination (un cardiologue) à réaliser l'invention, à savoir considérer l'utilisation du carvedilol pour le traitement de l'ICC, particulièrement pour prolonger la vie et ce, sans expérimentation excessive, le tout sous réserve des résultats des essais prévus pour 1994—Le brevet '548 était

## BREVETS—Suite

évident étant donné l'état de la technique à la date de l'invention—GlaxoSmithKline a établi que l'allégation d'invalidité fondée sur le motif d'antériorité n'est pas justifiée.

GLAXOSMITHKLINE INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1871-01, 2002 CF 899, juge Noël, ordonnance en date du 18-7-03, 39 p.)

## PRATIQUE

La demanderesse, Procter & Gamble (P&G), demande une ordonnance annulant l'avis de conformité (ADC) délivré par le ministre de la Santé à Genpharm Inc. à l'égard de ses comprimés Gen-étidronate renfermant de l'étidronate disodique—P&G est propriétaire du brevet d'invention d'un schéma posologique utilisé dans le traitement de l'ostéoporose, qui consiste en un kit comprenant des comprimés de 400 mg d'étidronate ou d'étidronate disodique et des comprimés de 1250 mg de carbonate de calcium (Didrocal)—P&G fabrique et vend aussi le Didronel, qui contient 200 mg d'étidronate disodique et qui est utilisé pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité—Le Didronel ne fait l'objet d'aucun brevet canadien à l'heure actuelle—P&G a eu gain de cause dans une poursuite intentée contre Genpharm à l'égard du Didrocal et a obtenu une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un ADC à Genpharm à l'égard des comprimés de 400 mg, et aussi des comprimés de 200 mg, que celle-ci se proposait de fabriquer—En juin 2003, le ministre a délivré un ADC à Genpharm à l'égard de ses comprimés de 200 mg d'étidronate disodique pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité, qu'elle entend commercialiser sous le nom de Gen-étidronate—Les questions en litige consistent à déterminer si l'ordonnance d'interdiction devrait être modifiée afin d'indiquer clairement que l'interdiction s'applique au Gen-étidronate et si l'ADC, s'il a été délivré en contravention de l'ordonnance, devrait être annulé—La requête est rejetée—Pour pouvoir se prévaloir de la règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) (la Cour peut

**BREVETS—Suite**

annuler ou modifier une ordonnance dans le cas où des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue), P&G doit satisfaire au critère en trois volets suivant énoncé dans *Annacis Auto Terminals (1997) Ltd. c. Cali (Le)* (1999), 178 F.T.R. 40 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Saywack c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 189 (C.A.): il doit y avoir de nouveaux faits établis ou découverts après le prononcé de l'ordonnance; les nouveaux faits n'auraient pu être découverts plus tôt malgré l'exercice d'une diligence raisonnable; si les nouveaux faits avaient été mis en preuve dans l'action, l'ordonnance aurait probablement été différente—Quant aux faits, il a été impossible à la Cour de conclure que le nouveau fait n'aurait pu être découvert plus tôt par P&G malgré qu'elle ait exercé une diligence raisonnable—Quant à la question de savoir si l'ordonnance aurait été différente, la Cour doit, en fait, se mettre à la place du juge de première instance et des juges de la Cour d'appel qui ont instruit l'affaire et déterminer ce qu'ils auraient fait si le Gen-étidronate leur avait été soumis—Il n'apparaît pas certain que si elle avait eu connaissance de ce fait, la Cour d'appel aurait interdit au ministre de délivrer un ADC à l'égard du Gen-étidronate—Si le juge de première instance avait été au courant de l'intention de Genpharm de déposer une nouvelle PADN à l'égard des comprimés de 200 mg pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie, en faisant référence au médicament Didronel non protégé par un brevet, la Cour n'est pas convaincue que l'ordonnance du juge de première instance aurait été différente—Finalement, étant donné les différences qui existent entre la PADN d'août 2002 et celle qui a été examinée par les tribunaux dans le contexte de l'ordonnance initiale, il serait hautement spéculatif de tenter de prévoir le résultat—Il est impossible à la Cour de conclure que l'ordonnance aurait probablement été différente—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS 98/106, règle 399(2).

CIE PHARMACEUTIQUE PROCTER & GAMBLE CANADA INC.  
C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-1970-99, 2003  
CF 911, juge Snider, ordonnance en date du 24-7-03, 14  
p.)

Appel d'une ordonnance en date du 7 octobre 2002 par laquelle le juge MacKay (le juge saisi de la demande) ((2002), 22 C.P.R. (4th) 361) a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante relative à son brevet canadien 1300021 (le brevet '021)—Le juge MacKay a confirmé la décision du ministre de la Santé intimé (le ministre) de radier du registre des brevets le brevet '021, qui concerne les timbres Estracomb de Novartis—Il s'agit de savoir si une revendication de brevet visant un système consistant en deux timbres appliqués sur la peau des patientes constitue une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament au sens de l'art. 4(2)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Le critère qui s'impose pour établir si les timbres sont des médicaments au

**BREVETS—Fin**

sens du Règlement consiste à savoir s'ils sont administrés aux patientes ou s'ils administrent des substances à ces dernières—La décision du juge MacKay selon laquelle les timbres ne sont pas des médicaments ne contredit pas le jugement *Glaxo Group Ltd. c. Novopharm Ltd.* (1999), 244 N.R. 199 (C.A.F.)—La théorie sous-jacente à la décision du juge est que les timbres ne sont pas administrés eux-mêmes, mais qu'ils servent plutôt à administrer un médicament et il s'agit d'une application directe du jugement *Glaxo*—La preuve établit clairement que les revendications du brevet '021 sont similaires à celles du brevet en litige dans l'affaire *Glaxo*—Dans l'affaire *Glaxo*, l'inhalateur servait à administrer un médicament—De même, les timbres visés par les revendications du brevet '021 servent à administrer de l'estradiol ou de l'estradiol et l'acétate et de noréthindrone à des patientes—Les revendications du brevet '021 se rapportent à un système d'administration de substances, et non à des substances elles-mêmes—En conséquence, le brevet visant les timbres, soit le brevet '021, n'est pas admissible à l'inscription au registre des brevets—Le juge saisi de la demande a aussi distingué correctement cette affaire du jugement *Hoffmann-La Roche c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les timbres sont différents de la formulation en litige dans l'affaire *Hoffmann*—Dans l'affaire *Hoffmann*, le brevet contenait des revendications visant un vaporisateur nasal composé de principes actifs et inactifs qui étaient physiquement mélangés dans une formulation puis administrés aux patients—En l'espèce, les timbres visés par les revendications du brevet '021 ne constituent pas des formulations—Les couches des timbres ne sont pas mélangées à l'estradiol ou à l'estradiol et à l'acétate de noréthindrone—Au contraire, elles constituent toutes des éléments distincts et séparés, et seuls l'estradiol ou l'estradiol et l'acétate de noréthindrone sont administrés aux patientes—Les autres couches des timbres ne sont jamais administrées—Chacune des deux couches est plutôt délibérément enlevée par la patiente puis jetée après 14 jours—Les timbres ne donc sont jamais administrés et, par conséquent, ils ne répondent pas à la définition du mot «médicament» prévue au Règlement—Enfin, le juge saisi de la demande a eu raison de conclure que le fait que les timbres appelés Estracomb sont réglementés en vertu du Règlement sur les aliments et drogues, en tant que drogues et non en tant qu'instruments, et par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés ne constitue pas un facteur déterminant dans l'interprétation des revendications du brevet '021—Il est de jurisprudence constante que les tribunaux n'examinent pas de questions externes à un brevet pour en interpréter les revendications—Appel rejeté—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4(2)b) (mod. par DORS/98-116, art. 3).

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. C. CANADA  
(MINISTRE DE LA SANTÉ) (A-617-02, 2003 CAF 299, juge  
Malone, J.C.A., jugement en date du 6-10-03, 10 p.)



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu que la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—La Commission a-t-elle fondé sa décision sur des conclusions de fait erronées tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans qu'il ait été tenu compte de la preuve dont elle disposait lorsqu'elle a conclu que la demanderesse n'était pas digne de foi?—Même si la Commission a tiré certaines conclusions défavorables quant à la crédibilité qui touchent des détails peu importants, on ne peut pas dire que les conclusions défavorables quant à la crédibilité tirées à l'égard de l'incident de persécution décrit par la demanderesse sont manifestement déraisonnables ni qu'elles ont été tirées de façon abusive ou arbitraire ou sans qu'il ait été tenu compte de la preuve dont elle disposait—La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le simple fait d'être membre du Mouvement pour la démocratie et le changement (MDC) était insuffisant pour satisfaire au critère d'opinions politiques prévu dans la Convention?—En l'espèce, les anciens combattants qui ont affronté le groupe d'enseignants semblaient être d'avis que les enseignants appuyaient le MDC—Cette opinion était probablement renforcée par le fait que les anciens combattants avaient trouvé le t-shirt du MDC de la demanderesse—Clairement, les anciens combattants percevaient la demanderesse et les autres enseignants comme des partisans du MDC même si la demanderesse participait très peu aux activités politiques—Par conséquent, du point de vue du persécuteur, la demanderesse appuyait le MDC ou en était membre et à cet égard elle satisfait au critère d'opinions politiques prévu dans la Convention—La conclusion de la Commission selon laquelle le fondement de la crainte de la demanderesse ne satisfaisait pas au critère de la définition légale d'«opinions politiques» dans les circonstances de la présente affaire était manifestement déraisonnable étant donné qu'il est clairement établi en droit que le motif de la Convention doit être examiné du point de vue du persécuteur—Cependant, il ne s'agit pas d'une erreur déterminante compte tenu des décisions défavorables rendues à l'égard de la première question et de la troisième question—La Commission a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la demanderesse ne serait pas exposée à plus qu'une «simple possibilité» de préjudice grave si elle retournait au Zimbabwe?—La preuve fournie par la demanderesse a révélé un seul incident de harcèlement, d'agression et d'humiliation de la part des anciens combattants au Zimbabwe—La preuve documentaire établit qu'il y a un «climat de violence qui s'est instauré depuis les élections ainsi que des manœuvres d'intimidation politique contre les activistes du MDC»—La Commission a conclu que le

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

traitement subi par la demanderesse n'établissait pas l'existence de persécution dans le passé et elle a conclu qu'il n'y avait qu'une «simple possibilité» que la demanderesse soit persécutée à son retour au Zimbabwe—Compte tenu de la preuve soumise, cette conclusion n'est pas déraisonnable et il n'y a pas de fondement justifiant que la Cour intervienne—Même si la conclusion de la Commission selon laquelle la demanderesse ne satisfaisait pas au critère du motif d'«opinions politiques» était déraisonnable, l'erreur n'est pas déterminante étant donné que la Commission a finalement conclu que la demanderesse n'était pas digne de foi et qu'elle ne serait pas exposée à de la persécution si elle retournait au Zimbabwe—Demande rejetée.

MOYO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5884-01, 2003 CF 1024, juge Blais, ordonnance en date du 4-9-03, 10 p.)

*Résidents permanents*

## Raisons d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire du refus d'accorder une dispense de l'obligation d'obtenir un visa d'immigrant pour des motifs d'ordre humanitaire—Le demandeur a soutenu que la décision était déraisonnable et qu'elle minimisait d'une façon inacceptable l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur, qui était né au Canada—Le demandeur, un citoyen de la République populaire de Chine, a revendiqué le statut de réfugié dès son arrivée au Canada en 1992 et a ensuite abandonné sa revendication—Il a été frappé d'une mesure d'exclusion—Il ne s'est pas présenté aux audiences relatives au statut de réfugié et à l'abandon de sa revendication parce qu'il était détenu par les autorités de l'Immigration aux États-Unis—Il a épousé une citoyenne canadienne en 1998—La première demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire a été rejetée—Un enfant est né du mariage après que la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire ici en cause eut été soumise—Demande rejetée—La conseillère en immigration a rejeté la demande étant donné qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs permettant l'octroi d'une dispense spéciale, en disant qu'il est raisonnable pour un couple qui décide de se marier alors que le statut d'immigrant d'un conjoint n'a fait l'objet d'aucune décision de s'attendre à une séparation aux fins du traitement de la demande—La conseillère en immigration était également «réceptive, attentive et sensible» à l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur—Elle a examiné l'intérêt de l'enfant à fond; elle n'a pas minimisé l'intérêt de l'enfant d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada, de sorte qu'elle a respecté les lignes directrices énoncées par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817—Ni l'arrêt *Baker* ni l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

protection des réfugiés n'exigent que l'on accorde à l'intérêt supérieur de l'enfant plus de poids qu'aux autres facteurs dont la conseillère a tenu compte—La présence d'un enfant né au Canada constitue une partie importante de l'analyse, mais elle n'oblige pas l'agent d'immigration à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur du parent: *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.)—En outre, le demandeur n'a pas démontré que la décision de la conseillère en immigration était déraisonnable—Le dossier du demandeur en matière d'immigration (11 ans au Canada, mesure de renvoi conditionnel prise contre lui depuis 1993, abandon de la revendication) a à juste titre été considéré comme un facteur défavorable—Il s'agit d'une question légitime d'intérêt public qui pouvait avec raison militer à l'encontre du demandeur en l'espèce—Comme il a été dit dans l'arrêt *Legault*, le ministre est certainement autorisé à refuser la dispense si les circonstances de l'entrée et du séjour au Canada de la personne en cause «la discréditent ou créent un précédent susceptible d'encourager l'entrée illégale au Canada»—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1).

CHIK C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-425-03, 2003 CF 989, juge Kelen, ordonnance en date du 21-8-03, 9 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Requête en suspension provisoire d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles (CCRI) jusqu'à la tenue d'une audience relative à la suspension de la décision, en attendant le contrôle judiciaire de cette décision—Objection préliminaire à la compétence de la Cour fédérale pour statuer sur la demande de suspension provisoire—Objection fondée sur l'art. 22 du Code canadien du travail, qui constitue une clause privative d'une portée considérable—L'art. 22 n'exclut cependant pas la compétence de la Cour pour statuer sur des demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'art. 18.1(4)a), b) ou c) de la Loi sur la Cour fédérale, ni la compétence de la Cour pour accorder une suspension jusqu'au contrôle judiciaire ou, si nécessaire, une suspension provisoire—Si le Conseil n'avait pas compétence pour prendre la décision assujettie au pouvoir de contrôle, le fait qu'il puisse y avoir un processus en cours ne sauve pas la décision en empêchant la Cour d'en traiter—L'art. 22(2) ne limite pas le pouvoir de contrôle de la Cour au regard d'aucun des aspects visés à l'art. 18.1(4)a) de la Loi sur la Cour fédérale en ce qui concerne les décisions du Conseil—Lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour doit appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin**

R.C.S. 982); cependant, lorsqu'elle statue sur la requête en suspension, la Cour ne procède pas au contrôle judiciaire et n'entreprend pas une analyse pragmatique et fonctionnelle de la norme de contrôle—Dans le cadre d'une requête en suspension, le requérant doit convaincre la Cour de l'existence d'une question sérieuse à juger et d'un préjudice irréparable et il doit démontrer que la prépondérance des inconvénients justifie l'octroi de la suspension—Les arguments sur l'incidence de la décision sur les droits d'ancienneté, le conflit de travail, les risques de perturbation des horaires et les frais irrécouvrables que VIA pourrait devoir engager ne sont pas suffisants pour justifier la suspension provisoire—En conséquence, la requête en suspension provisoire est rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4) (édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 22 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 56; 1998, ch. 26, art. 9).

VIA RAIL CANADA INC. C. CAIRNS (A-273-03, 2003 CAF 308, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 18-7-03, 7 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF****CONTRÔLE JUDICIAIRE***Certiorari*

Contrôle judiciaire des décisions dans lesquelles le président indépendant a déclaré chacun des demandeurs coupable de l'infraction disciplinaire de possession d'un objet interdit en violation de l'art. 40f) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Les décisions rendues par le président sont-elles entachées d'une erreur de droit?—Pour ce qui est de l'infraction disciplinaire de possession, on doit appliquer la norme de preuve criminelle—Des éléments de preuve qui démontrent hors de tout doute raisonnable qu'un détenu avait connaissance de la présence de l'objet interdit et qu'il avait le contrôle de l'objet en question doivent exister pour que la personne puisse être déclarée coupable—Les détenus concernés avouent avoir eu le contrôle d'objets contenant des objets interdits mais nient avoir eu connaissance de la présence des objets interdits—Le président ne s'est pas clairement prononcé sur la crédibilité des explications que chacun d'eux a avancées—Le président aurait dû se prononcer d'abord sur la crédibilité de chacun des demandeurs et décider ensuite si tous les éléments de preuve prouvaient la culpabilité hors de tout doute raisonnable—Pour pouvoir prononcer un verdict de culpabilité, le président devait déterminer clairement si la preuve appuyait une conclusion en ce sens relativement à chacun des deux éléments essentiels qui doivent être présents pour qu'une personne puisse être déclarée coupable de possession, soit la connaissance de la présence de l'objet interdit et le contrôle de

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

l'objet interdit—Les deux décisions sont entachées d'une erreur de droit parce que l'exigence fondamentale selon laquelle on doit statuer sur l'élément connaissance n'a pas été remplie—Demandes accueillies—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 40.

BORGLUND C. CANADA (T-1462-02, T-1463-02, 2003 CF 952, juge Campbell, ordonnances en date du 5-8-03, 5 p.)

**DROIT MARITIME**

## TRANSPORT DE MARCHANDISES

La demanderesse Mediterranean Shipping Co. S.A. (MSC), qui avait transporté les marchandises de BPB Westroc Inc. (Westroc), le chargeur défendeur, à trois reprises, cherchait à recevoir de Westroc un montant de 65 187 \$ au titre du fret, plus les intérêts et les dépens—Westroc a admis que les cargaisons lui appartenaient et que MSC les avait reçues et transportées en bon état jusqu'au point de destination approprié, mais elle a nié toute responsabilité pour le motif que le fret avait déjà été versé à J.T. Knight Export Services Inc., un transitaire qui, selon ce que croyait Westroc, était autorisé à recevoir le paiement pour le compte de MSC—J.T. Knight avait fait faillite après avoir été payée par Westroc—Il restait à la Cour la tâche non enviable de déterminer si le chargeur devait, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, payer à deux reprises, ou si le transporteur ne serait pas du tout payé—Question de savoir si, par sa conduite, MSC avait amené Westroc à conclure que J.T. Knight était autorisée à recevoir le paiement pour les expéditions et s'il était interdit à MSC de réclamer les frais de transport étant donné qu'elle était au courant des difficultés financières auxquelles faisait face J.T. Knight et qu'elle avait omis d'informer Westroc de la chose—Action accueillie—Selon le jugement *C.P. Ships c. Les Industries Lyon Corduroys Ltée*, [1983] 1 C.F. 736 (1<sup>re</sup> inst.), l'approche générale à adopter veut que le chargeur demeure responsable à moins de pouvoir démontrer que le transporteur l'a déchargé de toute responsabilité—Ce résultat est conforme à la réalité économique puisque les transitaires possèdent peut-être peu d'actifs, mais organisent néanmoins le transport de cargaisons d'une valeur de beaucoup supérieure à leur valeur nette—Le transporteur peut accorder du crédit au transitaire, mais sur le plan économique il n'est pas rationnel pour le transporteur de dégager le chargeur de toute responsabilité—Il existe en principe des raisons légitimes pour adopter une présomption réfutable en faveur de la responsabilité du chargeur—Dans ce cas-ci, il incombait à Westroc plutôt qu'à MSC de prouver qu'elle avait été déchargée de toute responsabilité—Elle ne l'a pas fait—Selon la preuve, J.T. Knight agissait à titre d'agent transitaire régulier pour le compte de Westroc envers MSC—Étant donné que Westroc avait désigné J.T. Knight à titre d'agent aux fins de la

**DROIT MARITIME—Fin**

facturation et du recouvrement des frais de transport, et en tant que partie à qui tous les documents nécessaires à cette fin seraient envoyés, MSC ne pouvait pas être blâmée pour avoir suivi la pratique commerciale voulant qu'elle traite avec Westroc uniquement par l'entremise de son agent—Selon les principes généraux applicables au mandat et par application de la loi, le non-paiement par un mandataire est réputé être le non-paiement par le mandant—Westroc doit être considérée comme ayant assumé le risque de payer deux fois si la partie sur laquelle elle comptait pour remplir une fonction essentielle de son programme d'exportation abusait de sa confiance en convertissant à son propre usage les sommes reçues au titre du fret à une fin désignée—Westroc n'avait pas pris les précautions appropriées pour se protéger—Le chargeur demeure responsable envers le transporteur à moins de pouvoir présenter une preuve claire et non équivoque indiquant que le transporteur l'a de quelque façon dégagé de toute responsabilité—Westroc n'a pas satisfait à son obligation.

MEDITERRANEAN SHIPPING CO. S.A. C. BPB WESTROC INC. (T-652-01, 2003 CF 942, protonotaire Lafrenière, jugement en date du 31-7-03, 19 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la CCDP a refusé de statuer sur la plainte déposée par la demanderesse contre la défenderesse—La demanderesse, propriétaire d'un camion de transport, a saisi la Commission d'une plainte dans laquelle elle affirmait avoir fait l'objet d'un traitement discriminatoire de la part de la défenderesse en matière d'emploi par suite du défaut de cette dernière d'engager son chauffeur débutant parce qu'il conduisait un camion qui appartenait à une femme—L'acte discriminatoire reproché est survenu en juin 1997, mais la demanderesse n'est entrée en communication avec la Commission qu'en octobre 1998—La Commission a refusé de poursuivre l'examen de la plainte en vertu de l'art. 41(1)e) de la Loi en raison du temps que la demanderesse avait laissé s'écouler avant de porter plainte et à cause du préjudice causé à la défenderesse en raison de l'insuffisance d'éléments documentaires dont elle disposait et du risque que les témoins ne se souviennent pas de tous les faits—Conformément à l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, il faut appliquer la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable qui, en l'espèce, est celle de la décision manifestement déraisonnable—Il n'y a aucun élément de preuve au dossier qui permette de penser que la Commission a agi de mauvaise foi, sans tenir compte des principes d'équité procédurale ou qu'elle s'est fondée sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi—Il n'était pas nécessaire non plus

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

que les observations de chaque partie soient communiquées à l'autre avant qu'une décision ne soit prise—En l'espèce, comme la question du respect des délais se posait de façon évidente au vu de la plainte de la demanderesse, la Commission n'a pas manqué à son obligation de respecter l'équité procédurale en communiquant à la défenderesse les observations formulées par la demanderesse au sujet du rapport d'enquête sans transmettre la réponse de la défenderesse à la demanderesse—Rien ne justifie de modifier la décision de la Commission de refuser de poursuivre l'examen de la plainte de la demanderesse—La décision n'était pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 41(1)e).

PRICE C. CONCORD TRANSPORTATION INC. (T-1010-01, 2003 CF 946, juge Heneghan, ordonnance en date du 1-8-03, 19 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Marques officielles—Action en matière de marques de commerce; les deux parties sollicitent un jugement sommaire—La demanderesse emploie le slogan «*You can get there from here*» dans sa campagne publicitaire concernant ses services éducatifs—La défenderesse a employé le même slogan pour promouvoir la vente des obligations d'épargne du Canada (OÉC) et les obligations à prime du Canada (OPC) sous la marque «Nouvelles obligations d'épargne du Canada» lors de ses campagnes de marketing visant la promotion des ventes en 2001-2002 et en 2002-2003—En 2002, le registraire des marques de commerce a donné un avis public d'adoption d'une marque par l'université en vertu de l'art. 9(1)n(ii) de la Loi sur les marques de commerce—La demanderesse a demandé à la défenderesse de cesser d'employer cette marque, et la défenderesse a répondu qu'elle n'emploierait pas le slogan dans sa campagne de marketing de 2003-2004—Il faut se demander si l'emploi de la marque par la défenderesse après le 29 mai 2003 portait sur un même produit vendu avant et après cette date—L'art. 9(1)n(ii) empêche l'adoption d'une marque par une autre personne après la publication d'un avis d'une marque officielle, en l'espèce l'adoption d'une marque de l'université «relativement à une entreprise, comme marque de commerce ou autrement»—La défenderesse a exploité la même entreprise tant avant qu'après le 29 mai 2002, entreprise qui commercialisait des OÉC et des OPC sous la marque officielle «Nouvelles obligations d'épargne du Canada»—Les produits vendus par la défenderesse avant et après cette date étaient essentiellement semblables, bien que les séries annuelles aient pu avoir, pendant les années en cause, des taux d'intérêts et des numéros d'identification différents—L'adoption et l'emploi de la marque par la défenderesse avant la publication de la marque de la demanderesse en tant que

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

marque officielle ne constituait pas une violation de l'art. 9(1)n(ii); cette publication n'a pas entraîné de changements dans l'entreprise de la défenderesse, qui a continué d'employer la marque dans sa publicité en 2002-2003—La protection accordée par l'art. 9 à l'égard d'un emploi antérieur d'une marque officielle ne s'étend pas à la commercialisation d'un produit nouveau et différent mis au point après la publication de la marque: *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance* (2001), 17 C.P.R. (4th) 45 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, les séries annuelles d'obligations, constituées d'obligations essentiellement semblables mais dont les taux d'intérêts diffèrent, ne sont toutefois pas des nouveaux produits de l'entreprise de la défenderesse—La demande de jugement sommaire de la demanderesse est rejetée; la demande de jugement sommaire de la défenderesse est accueillie; l'action de la demanderesse est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9(1)n(ii).

ROYAL ROADS UNIVERSITY C. CANADA (T-185-03, 2003 CF 922, juge MacKay, jugement en date du 25-7-03, 9 p.)

**ENREGISTREMENT**

Appel d'une décision de la Commission d'opposition des marques de commerce, comme délégué du registraire des marques de commerce (le registraire), par laquelle le registraire a refusé la demande de Nefco Furniture Ltd. (le demandeur ou Nefco) d'enregistrer la marque de commerce «*Mattress Express*» pour l'utiliser en association avec la vente au détail de lits, matelas, sommiers, articles de literie et éléments de ceux-ci—Par conséquent le registraire a décidé, en se basant sur le premier motif d'opposition qui était fondé sur l'art. 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce, (la Loi) et qui alléguait que «*Mattress Express*» ne peut être déposée, puisqu'elle crée une confusion avec chacune des marques de commerce de l'opposant «*Bedding Express*», «*Sofa Express*», «*The Brick Express*», «*Television Express*» et «*Appliance Express*»—Le registraire a conclu que le demandeur n'avait pas montré qu'il n'y avait pas de possibilité raisonnable de confusion entre la marque «*Mattress Express*» du demandeur et la marque déposée «*Bedding Express*» de l'opposant jusqu'au 10 juillet 2001, date de la décision de la registraire—En conséquence, l'opposition fondée sur l'art. 12(1)d) de la Loi avait gain de cause—Dans l'appel de la décision de la registraire, le demandeur soulève une seule question, à savoir si la registraire a commis une erreur en disant que Nefco ne satisfaisait pas à son obligation de montrer qu'il n'y a pas de probabilité raisonnable de confusion entre sa marque de commerce «*Mattress Express*» et la marque de commerce déposée «*Bedding Express*», au 10 juillet 2001—Le défendeur a limité ses présentations au

**MARQUES DE COMMERCE—Suite**

fait de savoir si la marque «Mattress Express» crée une confusion avec la marque de commerce déposée «Bedding Express»—Pour établir si les marques de commerce créent de la confusion, l'art. 6(5) de la Loi prescrit que le registraire doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris les cinq critères énoncés par l'art. 6(5) de la Loi—C'est au demandeur qu'il incombe de montrer que, dans l'esprit du consommateur moyen, il n'y a pas de possibilité de confusion avec la marque de commerce déposée—En examinant les éléments mentionnés dans l'art. 6(5) de la Loi, le demandeur ne conteste pas la conclusion de la registraire selon laquelle aucune des marques n'a de caractère distinctif inhérent, de sorte que ce facteur ne favorise aucune partie—La date pertinente pour déterminer la confusion en vertu de l'art. 12(1)d) de la Loi est la date de l'établissement de l'opposition fait par le registraire d'après les éléments de preuve—Dans le cas présent, il est convenu que cette date est le 10 juillet 2001—À ce moment, la preuve concernant l'usage par le défendeur de sa marque consistait en ce qu'elle avait fait l'objet d'une intense publicité entre 1990 et 1993, mais que plus de sept années s'étaient écoulées depuis le dernier usage attesté de «Bedding Express»—Comme l'a correctement noté la registraire, il était juste de conclure que «Bedding Express» n'était plus très connu, plus de sept ans après son dernier usage—Aucune contestation n'est faite de la conclusion de la registraire que les services se recouvrent de manière importante, parce que les deux parties utilisent leurs marques en association avec la vente au détail de mobiliers, dont des matelas—En ce qui concerne les circonstances de l'espèce, la registraire n'a accordé que peu de poids à la preuve du manque de confusion et a refusé d'examiner l'apparente cessation d'emploi de la marque de l'opposant, comme autres circonstances d'espèce—Le demandeur prétend que, ce faisant, la registraire a commis une erreur—Pour ce qui est du poids à donner à la preuve du manque de confusion, la registraire a accordé peu de poids à la preuve, en partie parce que l'utilisation par Nefco de la marque a été quelque peu limitée—En raison du non-usage par Brick de la marque, ce n'était pas un cas où il y aurait eu l'utilisation concurrente des marques sans confusion—La registraire avait le droit d'accorder peu de poids à la preuve—L'erreur grave alléguée est que la registraire n'a pas adéquatement tenu compte de l'effet du non-usage de la marque de l'opposant, au vu de ses conclusions qu'il n'y avait pas de preuve que la marque de Brick avait été utilisée après 1993, de sorte que la marque «Bedding Express» n'était plus très connue—La question fondamentale à résoudre par la registraire était de savoir si les marques de commerce en question créaient de la confusion—Le test de la confusion de l'art. 6(1) de la Loi est de savoir si le consommateur moyen pensera que les marchandises pour lesquelles la deuxième marque est utilisée sont associées de quelque manière avec les marchandises de la première marque—C'est un test de première impression et

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

un souvenir imparfait, et finalement l'établissement d'un fait—Parce que c'est une question de fait, il ne faut pas accorder un poids égal à tous les facteurs mentionnés dans l'art. 6(5) de la Loi—Même si certains facteurs comme la nature du commerce et le degré de ressemblance entre les marques suggèrent une possibilité de confusion, les facteurs déterminants sont, à mon avis, la faiblesse inhérente des marques et la conclusion juste de la registraire selon laquelle, à la date de sa décision, la marque Brick était peu connue—La faiblesse des marques et le fait que la première marque n'était plus très connue contredisent fondamentalement la conclusion de la registraire selon laquelle le demandeur n'avait pas montré qu'il n'y avait pas de probabilité raisonnable de confusion—Une marque faible, qui n'a pas été en usage pendant si longtemps et qui n'est plus très connue ne peut être une source de confusion—La Cour a conclu que les motifs dans leur ensemble n'appuient pas la décision—Il s'ensuit que l'appel est accueilli et la décision de la registraire refusant la demande du demandeur, conformément à l'art. 38(8) de la Loi, est annulée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 12(1)d), 38(8) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66).

NEFCO FURNITURE LTD. C. BRICK WAREHOUSE CORP.  
(T-1911-01, 2003 FC 852, juge Dawson, ordonnance en date du 9-7-03, 19 p.)

**PÉNITENCIERS**

Contrôle judiciaire d'une décision du commissaire du Service correctionnel, Service correctionnel du Canada, (le commissaire) en date du 3 septembre 2002 autorisant la modification de la Directive du commissaire (la DC) n° 803, intitulée Consentement relatif aux évaluations, aux traitements et à la communication de renseignements médicaux—L'art. 2b) de la DC 803 prévoit qu'il faut obtenir le consentement du délinquant pour les actes qui ont trait à la santé mentale, y compris les évaluations et traitements psychiatriques et psychologiques—La modification (art. 3) prévoit que l'on peut procéder à une évaluation du risque même si le délinquant refuse de donner son consentement—Le demandeur a soutenu que les évaluations du risque ne peuvent pas être effectuées sans le consentement du délinquant—La modification apportée à la DC 803 dénie au détenu son droit au consentement, en ce qui concerne les tests et évaluations psychologiques—Le demandeur affirme que la modification est contraire aux principes de common law et viole l'art. 7 de la Charte des droits et libertés et l'art. 1a) de la Déclaration canadienne des droits—Le commissaire est autorisé à établir et à appliquer des règles conformément à l'art. 97 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et à désigner en tant que directives du commissaire toute règle établie conformément à l'art. 98 de la Loi—Conformément à

**PÉNITENCIERS—Fin**

l'art. 4a) de la Loi, la protection de la société est le critère prépondérant dans le processus correctionnel—Les évaluations de risque constituent l'une des façons permettant d'atteindre cet objectif—Il faut faire une distinction entre les évaluations médicales et psychologiques effectuées au profit du délinquant ou pour établir un diagnostic et les évaluations du risque qui sont effectuées aux fins de la protection du public—D'une part, le Service correctionnel du Canada (le SCC) est tenu d'administrer les soins de santé au profit des détenus—D'autre part, le SCC s'est vu confier le mandat législatif d'évaluer le risque afin de protéger le public—Les évaluations du risque n'exigent pas un consentement éclairé—En résumé, les évaluations du risque ne sont pas des évaluations psychologiques ou des évaluations relatives aux soins de santé ou au traitement destinées à établir un diagnostic ou à déterminer si un délinquant doit être soumis à des soins de santé ou à un traitement—Les évaluations du risque sont un moyen permettant de déterminer si un délinquant risque de récidiver et s'il peut présenter un danger pour lui-même, pour les autres détenus, pour les membres du personnel et pour le public—Il serait impossible de s'acquitter de ce mandat s'il fallait obtenir le consentement du délinquant avant de procéder à une évaluation du risque étant donné qu'il se pourrait que, dans bien des cas, le consentement ne soit pas donné—Le commissaire avait la compétence voulue pour effectuer pareille modification afin de permettre au SCC de s'acquitter de son mandat législatif, qui consiste à protéger le public—En ce qui concerne la contestation constitutionnelle, le demandeur n'a pas contesté la validité d'une disposition de la Loi—Cet argument est donc dénué de fondement—Enfin, le demandeur sollicite une ordonnance de *mandamus*, enjoignant au SCC de cesser d'avoir recours à des psychologues et à des agents qui ne sont pas titulaires d'un doctorat pour procéder aux évaluations PCL-R, contrairement aux protocoles cités et critères énoncés par M. Hare—Il sera toujours préférable de suivre les lignes directrices établies par M. Hare aux fins des évaluations PCL-R—Toutefois, étant donné qu'une personne qui est titulaire d'une maîtrise peut être agréée pour fournir des services de psychologie en Colombie-Britannique, pareille personne a les qualités requises pour procéder aux évaluations PCL-R—Contrôle judiciaire rejeté—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]—Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 4, 97, 98.

COMITÉ CHARGÉ DU BIEN-ÊTRE DES DÉTENUS, ÉTABLISSEMENT WILLIAM HEAD C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1725-02, 2003 CF 870, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 11-7-03, 10 p.)

**PRATIQUE**

Requête des défendeurs visant à permettre à Normand Gobeil et Christine Gobeil de les représenter et d'assister leur procureur lors de l'interrogatoire hors cour de Steven Bailey—Il apparaît clairement de la preuve présentée devant la Cour que l'incapacité pour les défendeurs de comprendre la langue anglaise alors que l'interrogatoire du représentant de la partie demanderesse se fera en anglais constitue un handicap sérieux dont les défendeurs seront susceptibles de subir un préjudice—Dans *Nash c. Sanjel Cementers Ltd.* (1999), 2 C.P.R. (4th) 528 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le protonotaire Hargrave précise: «Dans certaines circonstances, il y a lieu qu'un expert assiste à un interrogatoire préalable pour donner des conseils, mais d'autres catégories de personnes peuvent souvent être présentes afin de favoriser un déroulement harmonieux et efficace de l'interrogatoire préalable»—Monsieur et madame Gobeil entrent dans les «autres catégories»—Toujours dans *Nash*, le protonotaire précise qu'«il ne faut quand même pas oublier que les règles et la procédure qui s'appliquent à l'interrogatoire préalable visent à fournir une procédure efficace et efficiente. En outre, l'interrogatoire préalable vise à éviter toute surprise à l'instruction.»—Dans le cas actuel, il est clair qu'il ne s'agit pas d'une tentative de monsieur et madame Gobeil de s'immiscer dans une affaire qui ne les regarde pas mais plutôt de répondre favorablement à une demande d'une des parties d'assister le procureur avec leur consentement—La situation particulière du dossier et les arguments à l'effet que la présence de monsieur et madame Gobeil fera en sorte que le processus de l'interrogatoire sera plus expéditif et ce, avec le consentement des défendeurs, sont des arguments de taille—En conséquence, la requête de la partie défenderesse est bien fondée—La Cour ordonne que Normand Gobeil ainsi que Christine Gobeil soient autorisés à assister le procureur des défendeurs lors de l'interrogatoire du représentant de la demanderesse.

S & M BRANDS, INC. C. PAUL (T-99-01, 2003 CF 1035, juge Blais, ordonnance en date du 5-9-03, 8 p.)

**AFFIDAVITS**

Appel d'une ordonnance d'un protonotaire radiant un passage d'un affidavit pour le motif qu'il constituait du ouï-dire (renvoi à un extrait d'une émission de télévision de la CBC intitulée «The National») et portant sur des résidents canadiens travaillant aux États-Unis pour des compagnies américaines et payant l'impôt américain) et rejetant la requête reconventionnelle de la demanderesse visant à déposer un second affidavit donnant des détails concernant les efforts de la demanderesse pour obtenir une meilleure preuve—Appel rejeté—La demanderesse n'a pas établi que l'ordonnance contestée était manifestement erronée—La règle 50 des Règles de la Cour fédérale (1998) confère au protonotaire compétence pour entendre les requêtes présentées par les parties—La règle

## PRATIQUE—Suite

81 exige que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, ce qui n'exclut pas nécessairement la preuve par oui-dire si celle-ci est «raisonnablement nécessaire» et «fiable»—Au cours des dernières années, la Cour suprême du Canada a adopté une approche un peu plus souple pour ce qui est de la règle du oui-dire, à savoir une approche «fondée sur les principes qui sous-tendent la règle du oui-dire, plutôt que les restrictions des exceptions traditionnelles»: *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915 (nécessité, fiabilité)—Le protonotaire s'est légitimement demandé si la demanderesse a démontré que le oui-dire contenu dans les paragraphes contestés et dans les pièces jointes est fiable et raisonnablement nécessaire—Comme l'a décidé le protonotaire, le oui-dire en question ne répondait pas à l'exigence de fiabilité—Même s'il n'est pas nécessaire d'examiner l'exigence de nécessité, la Cour n'est pas convaincue que des reportages télévisés ou des articles de journaux puissent être produits en cour en vue d'établir la véracité de leur contenu du simple fait qu'une partie connaît des difficultés pour rassembler des éléments de preuve directe de sources sûres, gouvernementales ou autres—On étendrait, de façon injustifiée, les exceptions reconnues en matière d'admissibilité de la preuve par oui-dire—Quant au préjudice véritable, le protonotaire a tranché avec justesse que la défenderesse ne pourrait procéder en l'espèce à un contre-interrogatoire efficace et valable à l'encontre des allégations puisque les déposants ne peuvent fournir aucune information autre que celles qui apparaissent déjà à leurs affidavits—Le protonotaire a eu raison de conclure que la radiation des paragraphes contestés était nécessaire à ce stade—Le protonotaire n'a pas agi de façon prématurée et n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant la requête visant la radiation des paragraphes contestés; il ne s'est pas trompé en rejetant la requête de la demanderesse visant la production du second affidavit—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 50 (mod. par DORS/2002-417, art. 8), 81.

EXPRESS FILE INC. C. HRB ROYALTY INC. (T-241-02, 2003 CF 924, juge Martineau, ordonnance en date du 28-7-03, 9 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS  
ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Les parties à une action visant la violation d'un droit d'auteur avaient convenu de mener la première série d'interrogatoires préalables de leurs représentants respectifs à Toronto les 16 et 17 juillet 2003—L'avocat des demanderesse avait renoncé au droit à la communication préalable et

## PRATIQUE—Suite

avait fait savoir que la représentante des demanderesse serait disponible à New York plutôt qu'à Toronto—La défenderesse a maintenu que les demanderesse n'avaient pas respecté l'entente relative à la conduite des interrogatoires préalables et elle a sollicité une ordonnance rejetant l'action conformément à la règle 97—Une fois qu'elles se sont entendues, les parties devraient respecter l'entente ou faire face aux conséquences prévues à la règle 97—Si une personne ne se présente pas à un interrogatoire oral, la règle 97 confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour rejeter l'instance, pour ordonner à la personne en cause de se présenter à ses propres frais ou pour ordonner à celle-ci ou à la partie au nom de laquelle la personne est interrogée de payer les frais de l'interrogatoire—La défenderesse était pleinement justifiée à refuser de mener l'interrogatoire à New York—Les demanderesse disposaient de deux solutions: procéder à l'interrogatoire à Toronto tel qu'il avait été convenu, ou demander à la Cour de donner des directives—Les demanderesse n'ont adopté ni l'une ni l'autre solution—Elles ont omis de se présenter à l'interrogatoire qui était prévu et elles n'ont pas respecté le délai fixé par la Cour aux fins de l'achèvement de la première série d'interrogatoires préalables au plus tard le 21 juillet 2003—Il faut décourager une telle conduite de la part des demanderesse en se fondant sur les sanctions prévues à la règle 97—La représentante des demanderesse devra se présenter pour être interrogée au préalable à Toronto—La défenderesse a été dispensée de payer les frais de déplacement—Octroi à la défenderesse d'une prorogation du délai prévu aux fins de l'achèvement de l'interrogatoire préalable des demanderesse—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 97.

MARVEL CHARACTERS, INC. C. RANDY RIVER INC. (T-1962-01, 2003 CF 986, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 20-8-03, 7 p.)

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Requête en prorogation du délai imparti pour interjeter appel de l'ordonnance d'adjudication des dépens du juge Dawson—Le litige porte sur l'existence d'une explication raisonnable justifiant le délai et sur le bien-fondé apparent de la requête (*Canada (Procureur général) c. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (C.A.F.))—En l'espèce, le procureur général n'a pas comparu à l'audience portant sur l'adjudication des dépens et n'a pas acquiescé à la demande et ne l'a pas contestée, parce qu'il a omis d'envisager la possibilité d'une condamnation aux dépens—On ne peut accuser de manque de diligence raisonnable celui qui omet une chose à laquelle il ne s'attend absolument pas—Il faut toutefois signaler que la demanderesse a bien précisé dans sa demande de contrôle judiciaire qu'elle réclamait les dépens—Le procureur général ne dispose peut-être pas de l'argument le plus solide pour

## PRATIQUE—Suite

justifier son retard, mais, selon l'arrêt *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.), le tribunal doit mettre en balance les forces et les faiblesses de la requête en prorogation de délai—Pour ce qui est de la question du bien-fondé apparent de la requête, même si le procureur général affirme qu'il est contre-indiqué de condamner aux dépens un office fédéral indépendant créé par la loi (le Bureau des appels en matière de santé et de sécurité au travail), ce n'est pas un office fédéral qui a été condamné aux dépens, mais le procureur général—Le procureur général a déjà été condamné aux dépens dans une situation semblable à la présente (*Griffiths c. Canada (Procureur général)* (2000), 182 F.T.R. 130 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.))—Sa Majesté signale aussi que, comme le procureur général ne s'est pas opposé aux prétentions de la demanderesse et qu'il n'a pas contesté la demande principale, il n'aurait pas dû être condamné aux dépens—Premièrement, le procureur général a pratiquement forcé la demanderesse à faire juger la présente demande de contrôle judiciaire—Deuxièmement, le procureur général aurait pu demander de se faire mettre hors de cause en vertu de la règle 303(3) des Règles de la Cour fédérale (1998) ou il aurait tout simplement pu faire le nécessaire pour consentir à l'annulation de la décision—Troisièmement, en forçant la demanderesse à faire juger la demande sans aborder la question des dépens et sans prendre certaines des mesures qui s'imposaient avant l'audience, le procureur général a sciemment pris le risque d'être condamné aux dépens, d'autant plus qu'il savait, au vu de la demande de contrôle judiciaire, que la demanderesse réclamait les dépens—À tout prendre, le procureur général n'a pas démontré le bien-fondé apparent des arguments qu'il a invoqués pour obtenir que la Cour réexamine la façon dont le juge qui a présidé l'audience a exercé son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne les dépens—Bien que le procureur général ait avancé à tout le moins une excuse qui a un certain fondement pour justifier le délai, son argument qu'il n'aurait pas dû être condamné aux dépens est mal fondé—Il n'a pas fait valoir d'arguments de prime abord assez solides pour appuyer sa requête en prorogation de délai—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 303(3).

CANADIAN FREIGHTWAYS LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2279-01, 2003 CF 926, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 28-7-03, 6 p.)

La demanderesse, M<sup>me</sup> Muhammed, en présentant la présente requête, cherche à obtenir une prorogation de délai nominale pour signifier et déposer son dossier—Les problèmes de la demanderesse ont commencé lorsqu'elle a déménagé de Victoria à Vancouver après avoir été déboutée lors de l'audience d'immigration la concernant—L'avocat de Victoria a présenté la demande d'autorisation et de contrôle

## PRATIQUE—Suite

judiciaire requise en temps opportun le 9 avril 2003—La demanderesse, avec l'aide de la Legal Services Society of British Columbia de Vancouver, a retenu les services d'un avocat de Vancouver, M. Carlos Charles—M. Charles a confirmé à la Legal Services Society, en avril 2003, qu'il représentait les demandeurs—Pourtant, le 16 mai 2003, plus d'un mois après avoir été engagé et quelques jours après l'expiration du délai pour signifier et déposer le dossier, M. Charles a avisé la Legal Services Society qu'il n'était pas en mesure de procéder dans l'affaire de M<sup>me</sup> Muhammed en raison de sa lourde charge de travail, mais qu'il avait demandé au présent avocat, M. Kajoba, de s'occuper du dossier, et il a fourni, à cette fin, un formulaire de changement d'avocat—La demanderesse et son enfant, se retrouvant avec un nouvel avocat une semaine après l'expiration du délai pour signifier et déposer le dossier, se sont donc vus dans l'obligation de demander une prorogation de délai pour signifier et déposer le dossier—M. Kajoba, qui semble avoir agi avec célérité pour prendre les choses en mains, présente maintenant la requête en prorogation de délai ici en cause—Les parties s'entendent pour dire que le critère approprié en matière de prorogation de délai est énoncé dans *Canada (Procureur général) c. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (C.A.F.): est-ce que le demandeur a démontré: 1) une intention constante de poursuivre sa demande; 2) que la demande est bien fondée; 3) que le défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai; 4) qu'il existe une explication raisonnable justifiant le délai?—D'autres principes régissant la prorogation de délai sont également énoncés dans l'affaire *Grewal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 263 (C.A.), dans laquelle on a insisté sur la nécessité de faire justice entre les parties et souligné que les différents facteurs justifiant une prorogation de délai doivent être balancés—Il faut donc balancer les facteurs énoncés dans *Hennelly* et l'objectif global de faire justice entre les parties—En l'espèce, la demanderesse a démontré une intention constante de poursuivre sa demande—Pour ce qui est du bien-fondé de la demande, les motifs qui doivent faire l'objet d'un contrôle sont assez détaillés, mais il est possible de prétendre que le tribunal n'a pas apprécié la preuve dans son ensemble ou que, eu égard aux conséquences sérieuses, celui-ci n'a pas exposé clairement et de façon convaincante les raisons qui l'ont poussé à conclure à l'absence de minimum de fondement de la revendication—L'argument n'est pas très convaincant, mais c'est possible—En ce qui concerne la question du préjudice, la durée du délai n'est pas assez longue pour causer un préjudice au défendeur—Quant à l'existence d'une explication raisonnable justifiant le délai, deux approches sont proposées—L'une est fondée sur *Chin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 69 F.T.R. 77 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), l'autre sur *Mathon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 28 F.T.R. 217 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Pour choisir entre les deux approches, il faut se



## PRATIQUE—Suite

référer à la décision rendue dans l'affaire *Grewal*, qui oblige à balancer les facteurs applicables en matière de prorogation de délai et l'objectif global de faire justice entre les parties—Compte tenu de toutes les circonstances, notamment de l'intention constante de poursuivre la demande, du bien-fondé de la demande, de l'absence de tout préjudice subi par le défendeur en raison du délai, de l'explication justifiant le délai (c'est-à-dire que c'est l'ancien avocat qui, en abandonnant les demandeurs après avoir laissé passer le temps, a privé ceux-ci de leur droit) et du fait que de mettre fin à la procédure de contrôle judiciaire en raison de la négligence ou de l'incompétence procédurale d'un ancien avocat procurerait un avantage inattendu au ministère public, la prorogation de délai est accordée.

MUHAMMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2547-03, 2003 CF 828, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 3-7-03, 14 p.)

## PARTIES

Action en dommages-intérêts pour préjudices imputables aux agissements d'après-guerre de certains fonctionnaires des deux ministères des Affaires indiennes et des Anciens combattants au regard de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants—Les demandeurs, aujourd'hui très avancés en âge et de santé fragile, veulent obtenir une ordonnance les autorisant à céder leurs droits dans le litige à la bande n° 290 affiliée à la Première nation de Sioux Valley, au Manitoba—Il s'agit de savoir s'il faut permettre aux demandeurs de céder à la Bande leurs droits dans l'instance sous-jacente—Il y a quatre questions subsidiaires à examiner, à savoir: la cession est-elle autorisée aux termes de la règle 117 des Règles de la Cour fédérale (1998); est-elle interdite du fait qu'elle contredit les lois régissant le soutien illicite et la champartie; l'art. 67 de la Loi sur la gestion des finances publiques limite-t-il expressément la cession des revendications faites par les demandeurs contre la défenderesse; la Cour doit-elle statuer sur le fond de la présente requête bien que les demandeurs ne se soient pas conformés à la règle 117(2), qui exige qu'une telle requête soit présentée par la bande et non par les demandeurs?—La requête est rejetée—La règle 117 n'autorise pas la cession de droits dans une instance, mais traite simplement des questions de procédure relatives à une cession par ailleurs légalement effectuée—Faute de preuve sur la façon dont on disposera du produit obtenu à l'issue du litige, la cession envisagée ne semble pas enfreindre l'interdiction de la champartie—La requête doit toutefois être rejetée au motif que la cession envisagée s'apparente de près au soutien délictueux (aide ou encouragement donné à une partie à une instance par une personne qui n'a aucun droit dans le litige, ni aucun motif qui

## PRATIQUE—Suite

justifie légalement son ingérence)—Le fait que les demandeurs soient des membres inscrits de la bande constitue l'intérêt de celle-ci dans l'instance, mais cet intérêt est insuffisant— Le grand âge et l'état de santé fragile des demandeurs expliquent leur démarche, ce qui laisse entendre qu'ils ne seraient plus disposés à exercer leurs droits contre la Couronne sans l'intervention et l'aide d'une tierce partie, en l'espèce la bande—Cela constitue clairement un soutien délictueux— La Loi sur la gestion des finances publiques interdit la cession de la créance—La requête devait, selon la règle 117(2), être présentée par la bande et non par les demandeurs, mais la Cour a décidé d'instruire la requête sur le fond malgré ce vice de procédure—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 67—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 117.

TACAN C. CANADA (T-1756-01, 2003 CF 915, juge Snider, ordonnance en date du 24-7-03, 8 p.)

*Intervention*

Appel interjeté par Frederick W.L. Black à l'égard d'une ordonnance par laquelle le juge MacKay ((2000), 183 F.T.R. 301) a rejeté la demande d'ordonnance de *mandamus* qu'il avait présentée contre le Bureau du surintendant des faillites (surintendant)—L'ordonnance visée par l'appel a été rendue par suite d'une requête que le surintendant a présentée en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire de l'appelant au motif qu'elle était vexatoire, qu'elle constituait un abus de procédure et qu'elle n'avait vraisemblablement aucune chance d'être accueillie—L'appelant a soutenu que l'ordonnance du juge des requêtes devrait être annulée, en raison de certaines erreurs de fait—Il a allégué que le juge a commis une erreur lorsqu'il lui a reproché d'avoir tenté de représenter d'autres parties que lui-même en faisant d'elles des demanderesses à l'instance alors qu'il est évident que l'appelant est le seul demandeur—Le juge aurait également commis une erreur en concluant que la présente demande était la quatrième demande visant à obtenir le même redressement, alors qu'il s'agissait en réalité de la première procédure dans laquelle le demandeur sollicitait la réparation recherchée—En conséquence, la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la procédure était vexatoire et abusive ne pouvait être appuyée—L'appelant a ajouté que le surintendant, qui est un simple intervenant, n'avait pas le statut voulu pour demander la radiation de la demande—La question est de savoir si le surintendant, en qualité d'intervenant, a le statut voulu pour présenter une requête portant rejet de la demande—Bien que la Loi sur la faillite et l'insolvabilité accorde au surintendant le pouvoir d'intervenir comme partie dans toute procédure devant le tribunal, le mot «tribunal» est défini comme la juridiction compétente en matière de faillite dans le territoire géographique—En Nouvelle-Écosse, la juridiction compétente

**PRATIQUE—Suite**

est la Cour suprême—Par conséquent, le surintendant des faillites ne peut intervenir automatiquement dans une instance engagée devant la Cour fédérale, mais doit se conformer à la règle 109 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Le juge des requêtes a eu raison d'obliger le surintendant à présenter une requête visant à obtenir le statut d'intervenant et il lui était loisible de permettre que cette requête soit présentée verbalement—Il appert clairement du procès-verbal du fonctionnaire du greffe que le surintendant a obtenu le statut d'intervenant, même si aucune ordonnance formelle n'a été rendue—Le juge des requêtes a accordé le statut d'intervenant au surintendant sur la foi de la requête dont il était saisi, et ce, afin de lui permettre de demander la radiation de la demande de l'appelant—Quant à la question de la représentation d'autres parties, l'appelant était le seul demandeur dans le présent litige—Les parties qui ont été désignées à titre de défendeurs n'ont pas d'intérêts opposés à ceux de l'appelant—Les intimés n'ont pas comparu lors de l'audition de la requête et n'étaient pas représentés par un avocat—L'autre partie désignée est: «Les créanciers ayant un intérêt dans l'actif de la faillite de la NsC Diesel Power Incorporated, représentés par le SYNDIC de la faillite»—Cette partie est inconnue aux yeux de la loi—Aucune disposition de la Loi ou des Règles ne prévoit la signification d'un document aux «créanciers» par la signification au syndic de faillite—Il n'y a aucune raison de désigner à la fois les inspecteurs et les créanciers et la désignation des créanciers à titre de parties était inutile—Une partie était directement touchée par la demande, mais n'a pas été désignée comme partie, soit le syndic—Cette omission est importante, parce que l'appelant a donné à penser que le litige était de nature contradictoire alors qu'en réalité, les intérêts d'une seule partie étaient représentés—En ce qui concerne la multiplicité des procédures, l'appelant soutient que le juge des requêtes a commis une erreur en décrivant la procédure comme la «troisième demande de *mandamus*»—Selon l'appelant, une seule décision au fond a été rendue et non trois, comme l'a mentionné le juge des requêtes—La demande T-610-99 constitue une demande de *mandamus* déposée contre le surintendant des faillites, soit la même réparation que celle qui était recherchée dans la demande T-724-95—L'appelant justifie la présente demande en faisant valoir qu'elle est fondée sur des faits dont la Cour n'était pas saisie lorsqu'elle a tranché la demande T-724-95—Pour soutenir qu'il a le droit de présenter une nouvelle demande de *mandamus*, l'appelant invoque une affirmation erronée qui aurait été faite à la Cour—De l'avis de l'appelant, la Cour a été dupée par les renseignements que l'avocat a fournis—Il n'y a aucune contradiction entre les arguments que l'avocat du surintendant a formulés devant le juge MacKay, les conclusions que celui-ci a exprimées dans la demande T-724-95 et les documents que l'appelant a fournis dans la demande T-610-99—Les documents que l'appelant a présentés ne prouvent pas que les

**PRATIQUE—Fin**

représentants du surintendant ont fait de fausses déclarations—Par conséquent, il n'y a aucun nouvel élément de preuve et, de ce fait, aucune raison justifiant un réexamen des questions en litige qui ont été analysées dans le dossier T-724-95—L'appel est rejeté malgré l'erreur que le juge des requêtes a commise en ce qui concerne la présumée représentation d'autres parties par l'appelant—Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 (mod. par L.C. 1992, ch. 27, art. 2)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 109.

BLACK C. L'ACTIF DE LA FAILLITE DE NSC DIESEL POWER INC. (SYNDIC DE) (A-371-00, 2003 CAF 300, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 7-7-03, 22 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire contestant la compétence des inspecteurs pour faire appliquer l'obligation d'un employeur de payer le salaire des heures supplémentaires—Monsieur McIvor, défendeur dans la présente demande, a été employé par le demandeur (Actton) comme chauffeur de camion servant à l'enlèvement des déchets, d'août à novembre 1999, à Calgary—En quittant son emploi, le défendeur s'est plaint car on lui devait le salaire d'heures supplémentaires qui ne lui avaient pas été payées par Actton—Madame Steeves, qui figure aussi parmi les défendeurs dans la présente demande, une inspectrice agissant en vertu des pouvoirs du Code canadien du travail (Code), a rendu une ordonnance exigeant qu'Actton paie à M. McIvor les heures supplémentaires réclamées—Ordonnance rendue à la suite de l'interprétation et de l'application par l'inspectrice Steeves des dispositions du Règlement sur la durée du travail des conducteurs de véhicules automobiles (le Règlement), pris conformément à la partie III du Code, qui régit le paiement du salaire des heures supplémentaires pour les conducteurs urbains et routiers de véhicules automobiles—La compétence de l'inspectrice Steeves à rendre une ordonnance représente la seule question à trancher—L'art. 169(1) du Code crée l'obligation pour un employeur de se conformer à une «durée normale de travail» et l'art. 174, l'obligation pour un employeur de payer les «heures supplémentaires»—Les obligations d'un employeur créées en vertu de la partie III du Code, modifiées par le Règlement, relèvent de la supervision d'inspecteurs désignés conformément à l'art. 249(1) du Code—Pour aider les inspecteurs et les arbitres dans le processus d'application, le ministre du Travail a publié des «Lignes directrices explicatives» dans le but d'aider à comprendre comment le ministre du Travail interprète le Code et le Règlement et pourquoi les inspecteurs et les arbitres prennent la responsabilité d'interpréter et d'appliquer la définition de «conducteur urbain de véhicule automobile»—La question de la compétence d'un inspecteur de rendre un ordre

**RELATIONS DU TRAVAIL—Suite**

de paiement représente une question légitime pour la décision relative à la présente demande—L'attaque d'Actton contre la compétence est centrée sur ce que Actton prétend être une délégation illégale de pouvoirs aux inspecteurs, d'établir un élément de la définition d'un «conducteur urbain de véhicule automobile»—En outre, Actton allègue qu'un inspecteur n'a pas compétence pour prendre une décision relative à d'autres moyens de statuer sur l'obligation d'un employeur de payer des heures supplémentaires, en appliquant la «pratique courante de l'industrie dans la zone géographique» où le conducteur est employé—Le principal argument d'Actton concernant la compétence est qu'en donnant une définition à l'expression «pratique courante de l'industrie», l'inspectrice Steeves a établi une règle de droit, quelque chose qu'elle n'est pas autorisée à faire—Le pouvoir d'un inspecteur découle directement du Parlement, en vertu du Code, et non d'une délégation par un règlement ou de quelque autre manière—Il est important de se rappeler que l'art. 3 du Règlement stipule précisément que le Règlement apportant modification aux dispositions sur la durée du travail des art. 169 et 171, spécialement pour les conducteurs de véhicules automobiles; le Règlement n'entend pas déléguer un pouvoir, mais modifie simplement des obligations réglementaires—Ainsi, l'argument du pouvoir délégué d'Actton est rejeté et l'inspectrice Steeves avait compétence pour rendre une ordonnance—La partie III du Code et le Règlement crée des obligations pour l'employeur auxquelles doivent répondre les actions de l'employeur—Dans le cas

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

du paiement des heures supplémentaires, c'est d'abord l'obligation d'un employeur de décider des heures supplémentaires à payer—Si l'employé en question n'est pas d'accord avec la décision, il a droit de porter plainte, entraînant la participation d'un inspecteur—Une fois concerné, l'inspecteur peut exercer les pouvoirs d'enquête en vertu de l'art. 249(2), recueillir des preuves et prendre des mesures d'exécution, si cela est jugé nécessaire—En vertu de l'art. 251(1), un inspecteur est habilité à déterminer si un employeur a respecté son obligation de payer les heures supplémentaires—En arrivant à une conclusion, l'inspecteur est habilité à faire certaines constatations factuelles essentielles, y compris la constatation de la «pratique courante de l'industrie» au sujet de paiement des heures supplémentaires—Donc, plutôt que de trouver que l'inspectrice a établi une règle de droit non autorisée en constatant la pratique courante de l'industrie dans une certaine zone géographique, l'inspectrice applique la loi comme l'exige le Code et le Règlement, pour en arriver à une conclusion factuelle à propos d'une plainte donnée—Actton a échoué dans son attaque contre l'ordonnance—Demande rejetée—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 169(1), 171, 174, 249(1), 251(1) (mod., *idem*, art. 36)—Règlement pour la durée de travail des conducteurs des véhicules automobiles, C.R.C., c. 990, art. 3 (mod. par DORS/92-594, art. 10).

ACTTON TRANSPORT LTD. C. STEEVES (T-671-01, 2003 FC 816, juge Campbell, ordonnance en date du 7-10-03, 22 p)

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Communication Canada

— Publishing

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada

— Édition

Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

2