



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2005, Vol. 2, Part 1**

**2005, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2005] 2 F.C.R., 3-267

Renvoi [2005] 2 R.C.F., 3-267

---



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 Editors  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Publications Specialist  
DIANE DESFORGES

Production Coordinator  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2005.

*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.

Arrêtistes  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.  
FRANÇOIS BOIVIN, B.Sc.Soc., LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications  
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production  
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

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

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

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, 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

Digests .....	D-1
Appeals Noted .....	I
AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) .....	123

Patents—Judicial review of notice of compliance (NOC) issued to generic drug company for omeprazole under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Whether Minister acted unlawfully in not requiring generic producer to serve new allegation under Regulations, s. 5 regarding revised formulation—11-year history of litigation reviewed—Proper recourse for patentee if generic manufacturer makes untrue, misleading or inaccurate submissions to Minister: common law action for patent infringement—If generic producer found to have given misleading information in new drug submission, Court could award punitive damages, solicitor-client costs—*Certiorari* exceptional, not granted where alternative remedy—Scope of Minister’s duties in administering Regulations—Not Minister’s duty to look behind Court’s consent order—Following S.C.C. pronouncements regarding pragmatic, functional approach, Minister’s decision reviewed against reasonableness standard—Decision reasonably open to Minister based on Regulations, evidence before her.

*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: Les Éditions et Services de dépôt, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.*

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

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

## SOMMAIRE

Fiches analytiques .....	F-1
Appels notés .....	I
AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) .....	123

Brevets—Contrôle judiciaire d'un avis de conformité (AC) délivré à un fabricant de médicaments génériques pour de l'oméprazole en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Il s'agit de savoir si le ministre a agi illégalement en n'exigeant pas que le fabricant de médicaments génériques signifie une nouvelle allégation sous le régime de l'art. 5 du Règlement relativement à une nouvelle formulation du médicament—Examen du litige opposant les parties depuis 11 ans—Recours qui s'offre au breveté lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait des déclarations inexactes, trompeuses ou fausses au ministre: action en contrefaçon de brevet fondée sur la common law—S'il était jugé que le fabricant de médicaments génériques a fait des déclarations trompeuses dans une présentation de drogue nouvelle, la Cour pourrait accorder des dommages-intérêts exemplaires ainsi que les dépens sur une base avocat-client—Le *certiorari* est une mesure de redressement exceptionnelle qui n'est pas accordée lorsqu'il existe un autre recours—Étendue des obligations du ministre lorsqu'il administre le Règlement—Il ne relève pas du ministre de procéder à l'examen de l'ordonnance rendue sur consentement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology (F.C.A.) . . . . . 209**

Internal Trade—Judicial review of Canadian International Trade Tribunal's (CITT) refusal to grant Crown costs, though successful, in defence of procurement complaint—Tribunal's policy not to grant Crown costs based on power under Canadian International Trade Tribunal Act, s. 30.16—Argued discouraging bidders from challenging procurement process would defeat NAFTA purpose of ensuring government gets best value for money—Also relied on American, Mexican practice—Applicable review standard—CITT lacking statutory authority to implement measures to encourage complaints—Not conferred by Act, s. 30.16—NAFTA, Art. 1017 not providing Canada, CITT have duty to encourage complaints—American, Mexican practice not to be taken into account as their legislation different from Canadian—When appropriate to deny Crown costs in procurement matter considered—Matter referred back with direction CITT award applicant costs.

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert (F.C.A.) . . . . . 146**

Practice—Costs—Federal Court granting motion Minister of Citizenship and Immigration pay respondent's counsel fees for taking commission evidence in Italy in citizenship revocation matter—Judge granting relief under Federal Court Rules, 1998, r. 271(3), holding taking commission evidence extraordinary procedure—Minister's appeal allowed—Words "costs of the examination" in r. 271(3) refer to expenses for retaining commissioner, interpreter, stenographer, travel, hotel, not to legal fees—Nor could costs be awarded herein under r. 400 as no evidence respondent impecunious—Respondent also stopped in view of previous Court order denying costs due to want of evidence of impecuniosity.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

—Compte tenu de la jurisprudence de la C.S.C. concernant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision raisonnable— La décision rendue par le ministre sous le régime du Règlement était raisonnable compte tenu de la preuve mise à sa disposition.

### **Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology (C.A.F.) . . . . . 209**

Commerce intérieur—Contrôle judiciaire du refus du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) d'accorder à l'État les frais découlant de la défense qu'il a opposée avec succès à une plainte concernant un marché public—Le Tribunal a pour politique de ne pas adjuger les frais à l'État en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 30.16 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur—Il a soutenu que le fait de décourager les soumissionnaires de contester la procédure de passation des marchés publics irait à l'encontre de l'intention de l'ALÉNA qui est d'assurer que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent—Il s'est également appuyé sur la pratique suivie aux États-Unis et au Mexique—Norme de contrôle applicable—Le TCCE n'est pas légalement habilité à mettre en œuvre des mesures pour encourager le dépôt de plaintes—Ce pouvoir n'est pas conféré par l'art. 30.16 de la Loi—L'art. 1017 de l'ALÉNA ne prévoit pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes—La pratique suivie aux États-Unis et au Mexique ne doit pas être prise en considération étant donné que leur législation est différente de la législation canadienne—Examen des circonstances particulières dans lesquelles il convient de refuser à l'État le remboursement de ses frais en matière de marchés publics—Affaire renvoyée au TCCE avec pour instruction d'accorder les frais au demandeur.

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert (C.A.F.) . . . . . 146**

Pratique—Frais et dépens—La Cour fédérale avait fait droit à une requête déposée par l'intimé, qui voulait que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration paie tous ses frais de justice et débours afférents à la tenue d'une commission rogatoire en Italie portant sur la révocation de sa citoyenneté—Le juge avait accordé le redressement en application de la règle 271(3) des Règles de la Cour fédérale (1998), parce que selon lui l'obtention de preuves par commission rogatoire était une procédure extraordinaire—Appel du ministre accueilli—L'expression «frais de l'interrogatoire», figurant à la règle 271(3), s'entend des frais afférents au commissaire, à l'interprète, au sténographe, aux déplacements, aux chambres d'hôtel, mais non des frais de justice—Des frais ne pouvaient pas non plus être accordés en application de la règle 400 puisqu'il n'était pas établi que l'intimé était impecunieux

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Evidence—Commission Evidence—Federal Court granting Minister's rr. 271, 272 (Federal Court Rules, 1998) application to take commission evidence in Italy in citizenship revocation matter—Ordering Crown to pay respondent's legal fees re: taking of commission evidence—Concluding such procedure extraordinary—Judge not authorized to make such costs order under Rules, r. 271(3)—Words "costs of the examination", read in entire context, mean expenses for travel, hotels, retaining commissioner, interpreter, stenographer but not counsel fees—Taking of commission evidence not extraordinary, unusual practice.

### **De Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 162**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) excluding from family class eligible for sponsorship family members not disclosed, therefore not examined, when sponsor immigrated—Provision not contrary to Charter, s. 7 guarantee of life, liberty, security—Not *ultra vires* IRPA's family reunification objective—Not contrary to Canada's international human rights obligations.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—S. 117(9)(d) of Immigration and Refugee Protection Regulations under Immigration and Refugee Protection Act excluding from family class eligible for sponsorship persons not disclosed, not examined, when sponsor immigrated—Section 7 protection extending beyond freedom from physical restraint to prohibition from fundamental life choices—Applicant made fundamental life choice when came to Canada leaving children behind—Charter s. 7 rights not infringed by government action—Societal interest outweighing that of individual—If Charter right violated, limitation justified as reasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

—L'intimé était également visé par une ordonnance antérieure de la Cour qui lui avait refusé les frais à cause de l'absence de preuve de son manque de ressources.

Pratique—Preuve—Commission rogatoire—La Cour fédérale avait fait droit à une demande du ministre présentée selon les règles 271 et 272 des Règles de la Cour fédérale (1998), en vue d'obtenir une commission rogatoire en Italie dans une affaire de révocation de la citoyenneté—Elle avait ordonné à la Couronne de payer les frais de justice de l'intimé se rapportant à la tenue de la commission rogatoire—Selon elle, il s'agissait là d'une procédure extraordinaire—Le juge n'était pas autorisé par la règle 271(3) à adjuger ainsi les dépens—Les mots «frais de l'interrogatoire», lus dans leur contexte global, signifient les frais entraînés par les déplacements, les chambres d'hôtel, les honoraires du commissaire, de l'interprète et du sténographe, mais non les honoraires d'avocat—La prise de dépositions par commission rogatoire n'est pas une procédure inusitée ou extraordinaire.

### **De Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (C.F.) ..... 162**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—L'art. 117(9)d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés exclut les membres de la famille admissibles au parrainage dans la catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée et qui, par conséquent, n'ont pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a immigré—La disposition ne contrevient pas au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'art. 7 de la Charte—Elle ne contrevient pas à l'objet de la réunification des familles de la LIPR—Elle ne contrevient pas aux obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L'art. 117(9)d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés pris suivant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés exclut les membres de la famille admissibles au parrainage dans la catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a immigré—La protection de l'art. 7 va de la liberté quant à la contrainte physique jusqu'à l'empêchement de faire des choix fondamentaux dans la vie—La demanderesse a fait un choix fondamental dans sa vie lorsqu'elle est venue au Canada en laissant ses enfants aux Philippines—Il n'a pas été porté atteinte au droit garanti par l'art. 7 en raison d'un acte gouvernemental—L'intérêt de la société surpasse celui d'un individu—S'il a été porté atteinte au droit garanti par la Charte, l'atteinte est justifiée à titre de limite raisonnable.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Doucette v. Canada (Minister of Human Resources Development) (F.C.A.)** . . . . . 44

Pensions—Whether Pension Appeals Board erred in conclusion applicant failed to show severe disability under Canada Pension Plan, s. 42(2)(a)—Manual labourer injured in auto accident—Unable to return to job—Functional capacity evaluation: applicant capable of sedentary, light or medium work—Underwent work hardening program—Found competitively employable—Not good retraining candidate: psychologist—Limited career options—Doubtful could maintain full-time employment of even sedentary nature: occupational therapist—Board persuaded by surgeon’s earlier opinion should maximize activity, tolerate pain—Adequacy of Board’s reasons—Whether Board applied “real world” test developed by F.C.A. in *Villani v. Canada (Attorney General)*—Per Nadon and Pelletier J.J.A. (Desjardins J.A. dissenting): Having concluded true cause of inability to return to work failure to make greater efforts in past, Board not required to conduct in-depth analysis of constraints on capacity to return to work posed by educational level, past experience—No objective medical evidence of serious physical condition supporting contention unable to perform even light, sedentary work—Cognitive, educational deficiencies notwithstanding, could work as gas station attendant, telemarketer.

### **Eli Lilly and Co. v. Apotex (F.C.)** . . . . . 225

Patents—Inter-relationship between Patent Act, Competition Act—Plaintiffs commencing action against defendant for infringement of eight cefaclor processing patents, four of which assigned to them by defendant by counterclaim—Defendant alleging, in amended statement of defence and counterclaim, assignment resulting in undue lessening of competition contrary to Competition Act, s. 45, and thus entitled to Act, s. 36 damages—Plaintiffs seeking summary judgment dismissing paragraphs of statement of defence and counterclaim alleging anti-competitive agreement contrary to Act, s. 45—Defendant by counterclaim seeking summary judgment dismissing counterclaim against it—Patent Act and Competition Act to be read together harmoniously—Meaning of “undue” in Act, s. 45 limited to restrictions on competition

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Doucette c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) (C.A.F.)** . . . . . 44

Pensions—La Commission d’appel des pensions a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n’a pas établi une invalidité grave au sens de l’art. 42(2) du Régime de pensions du Canada?—Travailleur manuel blessé dans un accident d’automobiles—Incapable de réintégrer son emploi—Selon une évaluation des capacités fonctionnelles, le demandeur était capable d’accomplir des tâches sédentaires, peu exigeantes physiquement ou d’un niveau de difficulté moyen—Il a suivi un programme de conditionnement au travail—Il a été jugé capable d’occuper un emploi soumis à la concurrence—Selon une psychologue, il n’était pas un bon candidat pour le recyclage—Options professionnelles restreintes—Selon une ergothérapeute, il était peu probable que le demandeur soit en mesure d’occuper un emploi à temps plein, même dans un travail sédentaire—La Commission s’est fondée sur l’opinion antérieure d’un chirurgien pour dire que le demandeur devrait rester le plus actif possible et endurer ses douleurs—Les motifs de la Commission étaient adéquats—La Commission a-t-elle appliqué le critère «réaliste» élaboré par la C.A.F. dans l’arrêt *Villani c. Canada (Procureur général)*?—Les juges Nadon et Pelletier, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A. dissidente): Ayant conclu que la véritable cause de l’incapacité du demandeur de reprendre le travail était l’insuffisance de ses efforts dans le passé, la Commission n’avait pas à procéder à une analyse en profondeur des limitations affectant la capacité du demandeur de réintégrer le marché du travail en raison de son niveau de scolarité et de ses antécédents de travail—Absence de preuve médicale objective d’une maladie grave justifiant la prétention du demandeur d’être incapable d’accomplir toute forme de travail peu exigeant ou sédentaire—Malgré des déficiences au plan de la scolarité et des connaissances, il avait la capacité d’occuper des emplois tels que pompiste, répartiteur ou en télémarketing.

### **Eli Lilly and Co. c. Apotex (C.F.)** . . . . . 225

Brevets—Lien entre la Loi sur les brevets et la Loi sur la concurrence—Les demanderesse ont intenté contre la défenderesse une poursuite en contrefaçon de huit brevets portant sur le conditionnement du céfaclor; quatre des huit brevets leur avaient été cédés par la défenderesse reconventionnelle—La défenderesse a allégué, dans les modifications apportées à sa défense et demande reconventionnelle, que les cessions avaient constitué un accord pour limiter indûment la concurrence, contrairement à l’art. 45 de la Loi sur la concurrence, ce qui lui avait donné droit à des dommages-intérêts en vertu de l’art. 36—Les demanderesse ont demandé un jugement sommaire rejetant les paragraphes de la défense et demande reconventionnelle alléguant une entente anticoncurrentielle contraire à l’art. 45 de la Loi—La

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

not specifically authorized by Patent Act—Assignment of patents in present instance authorized by Patent Act, s. 50 and as dealing with nothing other than permitted assignment of patents, not undue—Defendant's suit having no foundation in law—Motions allowed.

### **Froom v. Canada (Minister of Justice) (F.C.A.) . . . 195**

Extradition—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision denying judicial review of Extradition Act, s. 15 authority to proceed—Relevant features of Act reviewed—Minister's position: F.C. should always decline Federal Courts Act, s. 18 jurisdiction to review authority to proceed, because Extradition Act providing adequate alternative remedy, and to avoid forum-shopping, other reprehensible conduct—Judge ruled Court would exercise jurisdiction in certain circumstances but rejected application on merits, Minister could delegate power to issue authority to proceed—Cross-appeal quashed as inappropriate, unnecessary—Attempt to challenge portion of reasons, not decision itself—Case law supporting proposition F.C. may decline jurisdiction where adequate alternative remedy—Need not be perfect remedy—Discretionary decision reversible on appeal only in limited circumstances—Judge below of view extradition judge lacking jurisdiction to review authority to proceed—Body of case law post-dating Judge's decision reveals extradition judges have broader powers than was supposed at that time—Relief available under Charter, superior court's inherent jurisdiction to prevent abuse of own process.

Federal Court Jurisdiction—Extradition Act, conferring jurisdiction on provincial superior, appellate courts—Whether F.C. should always decline Federal Courts Act, s. 18 jurisdiction to review authority to proceed as Extradition Act provides adequate alternative remedy—Avoidance of forum-shopping—As decision to decline jurisdiction discretionary,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

défenderesse reconventionnelle a demandé un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle qui la visait—Il faut faire une lecture harmonieuse de la Loi sur les brevets et de la Loi sur la concurrence—Le sens du terme «indument» de l'art. 45 de la Loi ne vise que les restrictions à la concurrence qui ne sont pas autorisées expressément par la Loi sur les brevets—En l'espèce, la cession de brevets qui était autorisée par l'art. 50 de la Loi sur les brevets et qui ne visait que la cession autorisée de brevets, ne pouvait être induc—La poursuite de la défenderesse n'était pas fondée en droit—Requêtes accueillies.

### **Froom c. Canada (Ministre de la Justice) (C.A.F.) 195**

Extradition—Appel et appel incident à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance délivré en vertu de l'art. 15 de la Loi sur l'extradition—Examen des caractéristiques pertinentes de la Loi—Position du ministre: la Cour fédérale devrait toujours refuser d'exercer la compétence dont elle est investie en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance, parce que la Loi sur l'extradition prévoit un autre recours approprié et qu'il est souhaitable d'éviter le sondage de tribunaux et d'autres pratiques répréhensibles—La juge a statué que la Cour pouvait exercer sa compétence dans certaines circonstances, mais a rejeté la demande au fond au motif que le ministre pouvait déléguer le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance—Appel incident annulé au motif qu'il n'était ni approprié ni nécessaire—Tentative visant à contester une partie des motifs, mais non la décision elle-même—La jurisprudence appuie la proposition selon laquelle la C.F. peut refuser d'exercer sa compétence lorsqu'un autre recours approprié existe et il n'est pas nécessaire que ce recours soit parfait—Une décision discrétionnaire ne peut être infirmée en appel que dans des circonstances restreintes—La juge de première instance estimait que le juge d'extradition n'avait pas compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance—Un nombre important de décisions judiciaires rendues après celle de la juge de première instance indiquent que les juges d'extradition possèdent des pouvoirs plus larges que ce qui était supposé à l'époque—Une réparation peut être accordée en vertu de la Charte ou en vertu de la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures pour empêcher l'utilisation abusive de leurs procédures.

Compétence de la Cour fédérale—La Loi sur l'extradition accorde compétence aux cours d'appel et aux cours supérieures provinciales—La question est de savoir si la C.F. devrait toujours refuser d'exercer la compétence dont elle est investie en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance, au

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

not reversible on appeal except in limited circumstances—Whether extradition judge has jurisdiction to review authority to proceed—Relief under Charter available—Recent case law is to effect extradition judge’s power to grant remedies broader than previously thought.

### **Lee v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . . 3**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Dependent students—Applicant applying for permanent residence in Canada—24-year-old son included in application as “dependent child”—Son found to be inadmissible on grounds of criminality, thus rendering applicant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 42—Request to withdraw application as dependant on ground not actively pursuing course of training as studies aimless rejected—Whether designated immigration officer (DIO) erring in finding son dependent child—Wording of definition of “dependent child” in Immigration and Refugee Protection Regulations codification of objective test articulated by F.C.A. in *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Definition requiring child over 22 be continuously enrolled in and attending post-secondary institution, and actively pursuing course of academic, professional or vocational training on full-time basis—Intended to provide more objective criteria—DIO not erring by failing to inquire as to aim, motive of son’s enrollment as full-time student—DIO not erring in finding son within definition of “dependent child”—Evidence DIO directed mind to son’s poor academic performance—Poor academic performance alone not sufficient to establish lack of *bona fides*—Fact son foreign student with language difficulties relevant factors—DIO’s analysis not unreasonable—DIO not fettering discretion by refusing withdrawal of son’s application as dependant—Proper issue whether son “dependent child”, because Regulations, s. 70(1)(e) providing inadmissibility of foreign national who has inadmissible family member, whether accompanying or not—Even if DIO concluded son not “dependent child”, applicant, son still inadmissible pursuant to Act, s. 40(1)(a) because misrepresented, withheld material fact that son not pursuing course of academic training, enrollment in post-secondary institution not genuine—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

motif que la Loi sur l’extradition prévoit un autre recours approprié—Éviter le sondage de tribunaux—La décision de la Cour de refuser d’exercer sa compétence est une décision discrétion-naire qui ne peut être infirmée en appel, sauf dans des circonstances restreintes—La question est de savoir si le juge d’extradition a compétence pour procéder au contrôle d’un arrêté introductif d’instance—Une réparation peut être accordée en vertu de la Charte—De récentes décisions judiciaires indiquent que le pouvoir du juge d’extradition en matière de réparation est plus large que ce qui était présumé précédemment.

### **Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) . . . . . 3**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Étudiants à charge—Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente au Canada—Le fils âgé de 24 ans a été inclus dans la demande à titre d’«enfant à charge»—Le fils a été jugé interdit de territoire pour criminalité, interdiction qui a emporté l’interdiction de territoire du demandeur en vertu de l’art. 42 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés—Rejet de la demande visant à obtenir le retrait de la demande présentée à titre d’enfant à charge pour le motif qu’il ne suivait pas activement des cours de formation puisqu’il étudiait sans but—Il s’agit de déterminer si l’agent d’immigration désigné (AID) a commis une erreur en concluant que le fils était un enfant à charge—Le libellé de la définition d’«enfant à charge» dans le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés codifie le critère objectif formulé par la C.A.F. dans l’arrêt *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—La définition exige que l’enfant âgé de plus de 22 ans n’ait pas cessé d’être inscrit à un établissement d’enseignement postsecondaire et qu’il suive activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle—Elle a pour but de fournir des critères plus objectifs—L’AID n’a pas commis d’erreur en ne s’informant pas du but ou des motifs du fils lorsqu’il s’est inscrit à temps plein comme étudiant—L’AID n’a pas commis d’erreur en concluant que le fils était visé par la définition d’«enfant à charge»—Il ressort de la preuve que l’AID s’est attardé aux piètres résultats scolaires du fils—Les piètres résultats scolaires ne permettaient pas à eux seuls de conclure à l’absence d’études véritables—Le fait que le fils était un étudiant étranger ayant des difficultés linguistiques constituait un facteur pertinent—L’analyse de l’AID n’était pas déraisonnable—L’AID n’a pas entravé son pouvoir discrétionnaire en refusant le retrait de la demande présentée par le fils à titre d’enfant à charge—La question qui devait être tranchée était celle de savoir si le fils était un «enfant à charge» parce que l’art. 70(1)(e) du Règlement prévoit que l’interdiction de territoire d’un membre de la famille emporte l’interdiction

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The) (F.C.)** ..... 236

Federal Court Jurisdiction—Admiralty action *in rem* for loss of cargo—Defendants moved for stay, relying on bill of lading's forum selection clause, forum *non conveniens* doctrine—Plaintiffs cited Marine Liability Act, s. 46 as supporting F.C. jurisdiction—Defendants obtained, *ex parte*, anti-suit injunction from English High Court of Justice (H.C.J.), restraining action in F.C.—Stay refused by Prothonotary—Correctly held plaintiffs not having attorned to jurisdiction of H.C.J.—Contract of carriage provided any claim to be tried by H.C.J. in London—Whether s. 46 precludes Court from forum non conveniens analysis—S.C.C. decision in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, that of F.C.A. in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)* narrowly construed—S. 46(1) gave F.C. jurisdiction, forum selection clause notwithstanding, if statutory condition met—Reference of House of Commons Debates as to why s. 46(1) adopted—As to whether F.C. most convenient forum, Prothonotary correctly noted factors to be considered in exercising stay granting discretion.

Maritime Law—Carriage of Goods—American Company shipped 170 cartons from New York City to Liberia but on arrival container 99 cartons short—Bill of lading issued at Toronto, ocean freight there payable—Defendant had Toronto office—Subrogated claim by Toronto insurer—Motion to set aside Prothonotary's refusal of stay—On issue of jurisdiction, plaintiffs relied on Marine Liability Act, s. 46; defendants on bill of lading's forum selection clause, forum non conveniens doctrine—Reference to House of Commons Debates as to reason s. 46(1) enacted: small Canadian exporters outclassed when confronting "big boys" in British boardrooms, courts—Inconvenience, disproportionate cost of litigating smaller claims abroad—High rates charged by British barristers, solicitors—Prothonotary correctly refused stay.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de territoire d'un étranger, qu'il accompagne ou non ce membre de la famille—Même si l'AID avait conclu que le fils n'était pas un «enfant à charge», le demandeur et son fils seraient néanmoins interdits de territoire en vertu de l'art. 40(1)a) de la Loi parce qu'ils ont fait une réticence sur le fait important que le fils ne suivait pas activement des cours de formation générale en n'indiquant pas que son inscription dans un établissement postsecondaire n'était pas réelle—Demande rejetée.

### **Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le) (C.F.)** ..... 236

Compétence de la Cour fédérale—Action réelle en amirauté pour perte de cargaison—Les défenderesses ont demandé une suspension en s'appuyant sur la clause d'élection de for du connaissement et sur la doctrine du forum *non conveniens*—Les demanderesses ont soutenu que l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime étayait la compétence de la C.F.—Les défenderesses ont obtenu *ex parte* de la Haute Cour de justice de l'Angleterre (H.C.J.) une injonction empêchant l'action devant la C.F.—La protonotaire a refusé la suspension—Elle a correctement conclu que les demanderesses n'ont pas acquiescé à la compétence de la H.C.J.—Le contrat de transport prévoyait que les différends étaient soumis à la H.C.J. à Londres—L'art. 46 empêche-t-il la Cour d'examiner quel est le tribunal approprié?—Les arrêts *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, de la C.S.C., et *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, de la C.A.F., ont reçu une interprétation restrictive—L'art. 46(1) confère compétence à la C.F., en dépit de la clause d'élection de for, lorsque les conditions prévues sont remplies—Mention de l'explication donnée à l'adoption de l'art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes—Relativement à la question de savoir si la C.F. est le tribunal approprié, la protonotaire a correctement retenu les facteurs à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension.

Droit maritime—Transport de marchandises—Une société américaine a expédié 170 caisses de New York au Libéria, mais il manquait 99 caisses dans le conteneur à l'arrivée—Le connaissement a été délivré à Toronto et le fret maritime y était payable—Les défenderesses avaient un bureau à Toronto—Demande en subrogation d'une société d'assurance de Toronto—Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension—Relativement à la question de la compétence, les demanderesses ont invoqué l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime et les défenderesses, la clause d'élection de for du connaissement et la doctrine du forum *non conveniens*—Mention de l'explication donnée à l'adoption de l'art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes: les petits exportateurs canadiens sont nettement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Judges and Courts—Prothonotaries—Motion to set aside Prothonotary’s refusal to stay F.C. action involving carriage of goods by sea—Applicable review standard—*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.* test applied—S.C.C. decision in *Z.I. Pompey Industrie v. Ecu-Line N.V.* considered, scope limited—Impugned decision not vital to final issue of case—Prothonotary did not err in conclusion plaintiffs had not attained to jurisdiction of English High Court of Justice—Narrowly construed F.C.A. decision in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*—Correctly noted relevant factors in deciding whether to grant stay.

### **Suleiman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.)** . . . . . 26

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Judicial Review of decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board that applicants not Convention refugees, and that “compelling reasons” exception found in Immigration and Refugee Protection Act, s. 108(4), not applicable—Suleiman (principal applicant), member of opposition party Civic United Front (CUF), suffering maltreatment at hands of Tanzanian authorities—Once in Canada, applicants learning that Suleiman’s brother detained, cousin killed by government agents—RPD found Suleiman credible, but dismissed refugee claim in light of changed country conditions—Also found treatment afforded Suleiman deplorable, but not “atrocious”, “appalling”, standard set by F.C.A. in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj* for “compelling reasons” exception not met—Whether RPD finding exception not applicable reviewable error—Act, s. 108(4) referring to “compelling reasons arising out of previous persecution, treatment or punishment”, not requiring such acts or situation be “atrocious”, “appalling”—Issue whether, considering totality of situation, wrong to reject claim or make declaration refugee protection ceased in wake of change of circumstances—Each case to be assessed on own merits based on totality of evidence—Question to ask: Should claimant be made to face background set of life left behind?—Claimant’s state of mind creates precedent, but other factors can also come into the balance (country, conditions, population attitude, age of claimant, cultural background, previous social experiences)—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

désavantagés face aux grandes lignes de navigation dans les salles de conseil ou les tribunaux britanniques—Il est difficile et exorbitant de s’adresser à une juridiction étrangère pour le règlement d’une créance peu importante—Les honoraires des avoués et avocats britanniques sont très élevés—La protonotaire a refusé la suspension à bon droit.

Juges et tribunaux—Protonotaires—Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension dans une instance intéressant le transport maritime de marchandises—Norme de contrôle applicable—Application du critère formulé dans *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*—Examen de l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. Ecu-Line N.V.* de la C.S.C., portée limitée—La décision attaquée n’avait pas une influence déterminante sur l’issue du principal—La protonotaire n’a pas commis d’erreur en concluant que les demanderessees n’avaient pas acquiescé à la compétence de la H.C.J.—Elle a interprété restrictivement l’arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)* de la C.A.F.—Elle a correctement retenu les facteurs à prendre en considération pour déterminer s’il y a lieu d’accorder une suspension.

### **Suleiman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.)** . . . . . 26

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention et que l’exception des «raisons impérieuses» prévue à l’art. 108(4) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés n’était pas applicable—M. Suleiman (le demandeur principal), membre du parti d’opposition le Front civique uni (CUF), a subi de mauvais traitements par les autorités tanzaniennes—Après leur arrivée au Canada, les demandeurs ont appris que le frère de M. Suleiman avait été détenu et que son cousin avait été tué par des agents du gouvernement—La SPR a conclu que M. Suleiman était digne de foi, mais elle a rejeté la demande de statut de réfugié compte tenu des changements dans les conditions du pays—Elle a en outre conclu que le traitement infligé à M. Suleiman était déplorable, mais non «atroce» et «épouvantable» selon la norme établie par la C.A.F. dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Obstoj* parce qu’il n’avait pas satisfait à l’exception des «raisons impérieuses»—Il s’agit de savoir si la conclusion de la SPR selon laquelle l’exception n’est pas applicable constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire—L’art. 108(4) de la Loi renvoie à «des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à des traitements ou peines antérieurs» et il ne requiert pas qu’un tel acte ou une telle situation soit «atroce» et «épouvantable»—Il s’agit de savoir si en prenant en compte l’ensemble de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

RPD erred in inferring *Obstoj* requiring persecution qualify as “atrocious”, “appalling”—This error vitiating Convention refugee determination—RPD failed to consider whether repatriation would cause Suleiman undue emotional suffering so as to constitute “compelling reasons”—RPD failed to thoroughly examine evidence (death of cousin, Suleiman’s maltreatment and delicate mental state) to make proper assessment, and failed to state why “deplorable” acts committed not “compelling reasons”—Application allowed.

### **Symbol Technologies Canada ULC v. Barcode Systems Inc. (F.C.A.)** ..... 254

Competition—Appeal from Competition Tribunal decision granting respondent leave to make Competition Act, s. 75 application for order requiring appellant to accept respondent as customer against appellant—Appellant, Canadian subsidiary of bar code equipment manufacturer, sells, distributes products in Canada—Respondent taking over distribution in Western Canada in about 1994—Since 2003, appellant refusing to deal with respondent—Respondent bringing leave application pursuant to Act, s. 103.1(1), alleging appellant engaged in restrictive trade practice of “refusal to deal” within meaning of Act, s. 75—Tribunal granting leave under Act, s. 103.1(7)—Appellant arguing Tribunal erred in granting leave because not taking into account all elements of refusal to deal set out in Act, s. 75(1)—As question of law not engaging particular expertise of Tribunal, correctness appropriate standard of review—Test for granting leave in s. 103.1(7) application set out in *National Capital News Canada v. Canada* (*Speaker of the House of Commons*) applied: whether sufficient credible evidence of what is alleged to give rise to *bona fide* belief by Tribunal that applicant directly, substantially affected in its business by reviewable restrictive trade practice that could be subject of Tribunal order under Act, s. 75 or 77—That threshold for obtaining leave lower than balance of probabilities—All elements of reviewable practice of refusal to deal, set out in Act, s. 75(1), need to be addressed by

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

situation il est erroné de rejeter une demande ou de faire une déclaration selon laquelle les raisons pour demander l’asile n’existent plus par suite du changement de circonstances—Chaque cas doit être évalué selon son bien-fondé compte tenu de l’ensemble de la preuve—La question à poser est la suivante: Le demandeur devrait-il être exposé à la toile de fond qu’il a quittée?—L’état d’esprit du demandeur crée le précédent, mais d’autres facteurs peuvent jouer un rôle (le pays, les conditions, l’attitude de la population, l’âge du demandeur, les antécédents culturels, les expériences sociales antérieures)—La SPR a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’arrêt *Obstoj* requiert que la persécution soit qualifiée d’«atroce» et d’«épouvantable»—Cette erreur vicie la décision rendue à l’égard du statut de réfugié au sens de la Convention—La SPR a omis d’examiner la question de savoir si le rapatriement causerait à M. Suleiman des souffrances psychologiques excessives au point de constituer des «raisons impérieuses»—La SPR a omis de faire un examen approfondi de la preuve (la mort du cousin, les mauvais traitements subis par M. Suleiman et son fragile état mental) afin d’effectuer une évaluation appropriée et a omis d’énoncer les raisons pour lesquelles les actes «déplorables» commis n’étaient pas des «raisons impérieuses»—Demande accueillie.

### **Symbol Technologies Canada ULC c. Barcode Systems Inc. (C.A.F.)** ..... 254

Concurrence—Appel d’une décision du Tribunal de la concurrence accordant à l’intimée la permission de présenter contre l’appelante une demande fondée sur l’art. 75 de la Loi sur la concurrence en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant à celle-ci de l’accepter comme cliente—L’appelante, filiale canadienne d’un fabricant de lecteurs de codes à barres, vend et distribue des produits au Canada—Vers 1994, l’intimée a pris en charge la distribution dans l’Ouest canadien—Depuis 2003, l’appelante refuse de traiter avec l’intimée—L’intimée a présenté une demande de permission en vertu de l’art. 103.1(1) de la Loi, alléguant que l’appelante se livrait à une pratique restrictive du commerce, à savoir le refus de vendre au sens de l’art. 75 de la Loi—Le Tribunal a accordé la permission en vertu de l’art. 103.1(7) de la Loi—L’appelante soutient que le Tribunal a commis une erreur en accordant la permission parce qu’il n’a pas pris en considération tous les éléments du refus de vendre énoncés à l’art. 75(1) de la Loi—Comme les questions de droit ne font appel à aucune expertise particulière du Tribunal, la norme applicable est celle de la décision correcte—Le critère applicable pour faire droit à la demande de permission en vertu de l’art. 103.1(7), énoncé dans la décision *National Capital News Canada c. Canada* (*Président de la Chambre des communes*), s’appliquait: il faut se demander s’il existe suffisamment d’éléments de preuve crédibles établissant le bien-fondé des allégations pour que le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Tribunal on leave application in order for it to reach conclusion as to whether practice alleged could be subject to order—Court resolving matter without remitting it to Tribunal—Evidence that respondent substantially affected in its business—Real controversy whether evidence refusal to deal likely to have adverse effect on competition in market (Act, s. 75(1)(e))—Leave application not appropriate occasion to interpret Act, s. 75(1)(e) for first time—Benefit of any doubt working in favour of granting leave—Sufficient evidence constituting reasonable grounds for believing refusal to deal could be subject to order under Act—Appeal dismissed.

### **Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 78**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of deportation order against applicant—Applicant, citizen of Afghanistan, applied or landing as post-determination refugee claimant (PDRC) in Canada following exclusion from Convention refugee definition pursuant to Immigration Act, s. 2(2) because of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) (crimes against humanity exclusion clause)—Adjudicator hearing PDRC inquiry satisfied applicant inadmissible person described in Immigration Act, s. 27(2)(a) coupled with Act, s. 19(1)(j) (prohibiting admission of those reasonably believed to have committed War Crimes Act offence)—Adjudicator’s credibility findings, findings regarding KHAD (organization engaged in crimes against humanity), not unreasonable—As to whether concept of complicity in crimes against humanity developed in refugee exclusion context applicable in relation to admissibility provisions of Act, F.C.A. consistently recognizing exclusion clause analogous to Act, s. 19(1)(j)—Partyship provisions in Criminal Code, including aiding and abetting provisions, applying to War Crimes Act as a result of Interpretation Act, s. 34—In light of definition of “crime against humanity” in War Crimes Act, s. 6(3), Court’s case law defining complicity applicable to inadmissibility provision—Application dismissed—Question certified as to whether

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Tribunal puisse croire de bonne foi que le demandeur a été directement et sensiblement gêné dans son entreprise à cause d’une pratique restrictive susceptible d’examen et que cette pratique pourrait faire l’objet d’une ordonnance du Tribunal en vertu des art. 75 ou 77—Cette charge qui incombe à l’auteur de la demande de permission est moins lourde que celle imposée par la norme de la prépondérance de la preuve—Tous les éléments de la pratique susceptible d’examen que constitue le refus de vendre, énoncés à l’art. 75(1), doivent être considérés par le Tribunal qui se penche sur une demande de permission pour que celui-ci puisse se prononcer sur la question de savoir si la pratique alléguée pourrait faire l’objet d’une ordonnance—La Cour a tranché l’affaire sans la renvoyer au Tribunal—Preuve a été faite que l’intimée est sensiblement gênée dans son entreprise—Le point véritablement controversé est de savoir s’il y a preuve que le refus de vendre aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché (art. 75(1)e) de la Loi—La demande de permission n’est pas l’occasion appropriée pour interpréter l’art. 75(1)e de la Loi pour la première fois—Le bénéfice du doute devrait jouer en faveur de l’octroi de la permission—La preuve est suffisante pour fonder des motifs raisonnables de croire que le refus de vendre pourrait faire l’objet d’une ordonnance en vertu de la Loi—Appel rejeté.

### **Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) ..... 78**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Contrôle judiciaire d’une mesure d’expulsion prise à l’endroit du demandeur—Le demandeur, citoyen de l’Afghanistan, a présenté une demande d’établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié (DNRSR) au Canada à la suite d’une décision établissant qu’il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention prévue par l’art. 2(1) de la Loi sur l’immigration compte tenu de l’Art. 1F(a) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (clause d’exclusion à l’égard des crimes contre l’humanité)—L’enquête de l’arbitre à l’égard de la demande présentée en tant que DNRSR l’a convaincue que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible décrite à l’art. 27(2)a) de la Loi sur l’immigration associée à l’art. 19(1)y) de la Loi (interdisant l’admission de personnes dont on peut penser pour des motifs raisonnables qu’elles ont commis une infraction visée par la Loi sur les crimes de guerre)—Les conclusions quant à la crédibilité tirées par l’arbitre, ainsi que les conclusions se rapportant au KHAD (organisation se livrant à des crimes contre l’humanité), n’étaient pas déraisonnables—Quant à la question de savoir si le concept de complicité dans la perpétration de crimes contre l’humanité développé dans le contexte de l’exclusion en tant que réfugié est applicable aux dispositions de la Loi se rapportant à l’interdiction de territoire, la C.A.F.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

“crimes against humanity” including complicity therein.

Construction of Statutes—Judicial review of deportation order against applicant—Applicant, citizen of Afghanistan, applied for landing as post-determination refugee claimant (PDRC) in Canada following exclusion from Convention refugee definition (Immigration Act, s. 2(1)) because of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) (crimes against humanity exclusion clause)—Adjudicator hearing PDRC inquiry satisfied applicant inadmissible person described in Immigration Act, s. 27(2)(a) coupled with Act, s. 19(1)(f) (prohibiting admission of those reasonably believed to have committed crimes against humanity)—Whether concept of complicity developed in refugee exclusion context applicable to Act, s. 19(1)(f)—F.C.A. consistently recognizing exclusion clause analogous to Act, s. 19(1)(f), whose purpose to be read in light of overarching immigration policy objective in Act, s. 3—Statutory interpretation presumption of coherence requiring there be no internal conflict within legislation—As such, inconceivable Parliament intended to exclude individual otherwise entitled to Convention refugee status on basis of exclusion clause, and at same time grant individual permanent resident status notwithstanding inadmissibility provision on basis exclusion provision case law not applying to inadmissibility provision—Interpretation Act, s. 34, providing that where enactment creates offence, all provisions of Criminal Code relating to indictable offences apply to indictable offences created by enactment—Thus, aiding and abetting provisions in Criminal Code applying to War Crimes Act.

## SOMMAIRE (Fin)

a de façon constante reconnu que la clause d'exclusion est analogue à l'art. 19(1)f) de la Loi—Les dispositions relatives à l'association qui se trouvent dans le Code criminel, y compris celles relatives au fait d'aider et d'encourager, s'appliquent à la Loi sur les crimes de guerre en raison de l'art. 34 de la Loi d'interprétation—Compte tenu de la définition de «crime contre l'humanité», à l'art. 6(3) de la Loi sur les crimes de guerre, la jurisprudence de la Cour qui définit la complicité est applicable à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire—Demande rejetée—Question certifiée quant à savoir si l'expression «crimes contre l'humanité» vise la complicité de ces crimes.

Interprétation des lois—Contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise à l'endroit du demandeur—Le demandeur, citoyen de l'Afghanistan, a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié (DNRSR) au Canada à la suite d'une décision établissant qu'il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention (art. 2(1) de la Loi sur l'immigration) compte tenu de l'Art. 1F(a) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (clause d'exclusion à l'égard des crimes contre l'humanité)—L'enquête de l'arbitre à l'égard de la demande présentée en tant que DNRSR l'a convaincue que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible décrite à l'art. 27(2)a) de la Loi sur l'immigration associé à l'art. 19(1)f) de la Loi (interdisant l'admission de personnes dont on peut penser pour des motifs raisonnables qu'elles ont commis des crimes contre l'humanité)—Il s'agit de savoir si le concept de complicité développé dans le contexte de l'exclusion en tant que réfugié est applicable à l'art. 19(1)f) de la Loi—La C.A.F. a de façon constante reconnu que la clause d'exclusion est analogue à l'art. 19(1)f) de la Loi dont l'objectif doit être lu dans le contexte de l'objectif fondamental de la politique en matière d'immigration énoncé à l'art. 3 de la Loi—La présomption de cohérence en interprétation législative exige qu'il n'y ait pas d'incohérences dans la loi elle-même—À cet égard, il est inconcevable que le législateur ait eu l'intention d'exclure, sur le fondement de la clause d'exclusion, un individu qui peut autrement avoir le droit d'obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention et, en même temps, d'accorder à cet individu le statut de résident permanent malgré la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire sur le fondement que la jurisprudence se rapportant à la disposition à l'égard de l'exclusion ne s'applique pas à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire—L'art. 34 de la Loi d'interprétation prévoit que lorsqu'un texte crée une infraction, les dispositions du Code criminel relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par le texte—Par conséquent, les dispositions relatives au fait d'aider et d'encourager dans le Code criminel s'appliquent à la Loi sur les crimes de guerre.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, [2005] 2 F.C.R. 225 (F.C.), has been reversed on appeal (A-579-04, 2005 FCA 134), reasons for judgment handed down 13/4/05.

*Martin v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 F.C.R. 625 (F.C.), has been reversed on appeal (A-491-03, 2005 FCA 156). The reasons for judgment handed down 6/5/05, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 F.C. 505 (C.A.), was reversed by a decision dated 19/5/05 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2003] 1 F.C. 602 (C.A.), was reversed by a decision dated 20/5/05 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for Leave to Appeal*

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Seifert*, [2005] 2 F.C.R. 146 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 24/4/05.

*Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, A-126-04, 2004 FCA 395, Noël J.A., judgment dated 24/11/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 19/5/05.

*Froom v. Canada (Minister of Justice)*, [2005] 2 F.C.R. 195 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 17/3/05.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2005] 2 R.C.F. 225 (C.F.), a été infirmée en appel (A-579-04, 2005 CAF 134), les motifs du jugement ayant été prononcés le 13-4-05.

La décision *Martin c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.F. 625 (C.F.), a été infirmée en appel (A-491-03, 2005 CAF 156). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6-5-05, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

*Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, [2003] 4 C.F. 505 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 19-5-05, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

*Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2003] 1 C.F. 602 (C.A.), a été infirmé par une décision en date du 20-5-05, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Seifert*, [2005] 2 R.C.F. 146 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 24-4-05.

*Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.F. 195 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 17-3-05.

*Imperial Oil Ltd. c. Canada*, A-142-04, 2004 CAF 361, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26-10-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 19-5-05.

*Imperial Oil Ltd. v. Canada*, A-142-04, 2004 FCA 361, Sharlow J.A., judgment dated 26/10/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted 19/5/05.

*Main Rehabilitation Co. v. Canada*, A-602-03, 2004 FCA 403, Rothstein, Noël and Malone J.J.A., judgment dated 30/11/04 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 5/5/05.

*Main Rehabilitation Co. c. Canada*, A-602-03, 2004 CAF 403, juges Rothstein, Noël et Malone, J.C.A., jugement en date du 30-11-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 5-5-05.

*Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, A-126-04, 2004 CAF 395, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 24-11-04 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 19-5-05.



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2005, Vol. 2, Part 1**

**2005, Vol. 2, 1<sup>er</sup> fascicule**



IMM-5273-03  
2004 FC 1012

IMM-5273-03  
2004 CF 1012

**Kuo Hsiung Lee (Applicant)**

**Kuo Hsiung Lee (demandeur)**

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Dawson J.—Vancouver, April 1; Ottawa,  
July 21, 2004.

Cour fédérale, juge Dawson—Vancouver, 1<sup>er</sup> avril;  
Ottawa, 21 juillet 2004.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Dependent students — Applicant applying for permanent residence in Canada — 24-year-old son included in application as “dependent child” — Son found to be inadmissible on grounds of criminality, thus rendering applicant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 42 — Request to withdraw application as dependent on ground not actively pursuing course of training as studies aimless rejected — Whether designated immigration officer (DIO) erring in finding son dependent child — Wording of definition of “dependent child” in Immigration and Refugee Protection Regulations codification of objective test articulated by F.C.A. in Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Definition requiring child over 22 be continuously enrolled in and attending post-secondary institution, and actively pursuing course of academic, professional or vocational training on full-time basis — Intended to provide more objective criteria — DIO not erring by failing to inquire as to aim, motive of son’s enrollment as full-time student — DIO not erring in finding son within definition of “dependent child” — Evidence DIO directed mind to son’s poor academic performance — Poor academic performance alone not sufficient to establish lack of bona fides — Fact son foreign student with language difficulties relevant factors — DIO’s analysis not unreasonable — DIO not fettering discretion by refusing withdrawal of son’s application as dependent — Proper issue whether son “dependent child”, because Regulations, s. 70(1)(e) providing inadmissibility of foreign national who has inadmissible family member, whether accompanying or not — Even if DIO concluded son not “dependent child”, applicant, son still inadmissible pursuant to Act, s. 40(1)(a) because misrepresented, withheld material fact that son not pursuing course of academic training, enrollment in post-secondary institution not genuine — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Étudiants à charge — Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente au Canada — Le fils âgé de 24 ans a été inclus dans la demande à titre d’«enfant à charge» — Le fils a été jugé interdit de territoire pour criminalité, interdiction qui a emporté l’interdiction de territoire du demandeur en vertu de l’art. 42 de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés — Rejet de la demande visant à obtenir le retrait de la demande présentée à titre d’enfant à charge pour le motif qu’il ne suivait pas activement des cours de formation puisqu’il étudiait sans but — Il s’agit de déterminer si l’agent d’immigration désigné (AID) a commis une erreur en concluant que le fils était un enfant à charge — Le libellé de la définition d’«enfant à charge» dans le Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés codifie le critère objectif formulé par la C.A.F. dans l’arrêt Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) — La définition exige que l’enfant âgé de plus de 22 ans n’ait pas cessé d’être inscrit à un établissement d’enseignement postsecondaire et qu’il suive activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle — Elle a pour but de fournir des critères plus objectifs — L’AID n’a pas commis d’erreur en ne s’informant pas du but ou des motifs du fils lorsqu’il s’est inscrit à temps plein comme étudiant — L’AID n’a pas commis d’erreur en concluant que le fils était visé par la définition d’«enfant à charge» — Il ressort de la preuve que l’AID s’est attardé aux piètres résultats scolaires du fils — Les piètres résultats scolaires ne permettaient pas à eux seuls de conclure à l’absence d’études véritables — Le fait que le fils était un étudiant étranger ayant des difficultés linguistiques constituait un facteur pertinent — L’analyse de l’AID n’était pas déraisonnable — L’AID n’a pas entravé son pouvoir discrétionnaire en refusant le retrait de la demande présentée par le fils à titre d’enfant à charge — La question qui devait être tranchée était celle de savoir si le fils*

The applicant applied for permanent residence in Canada in the entrepreneurial category and included in his application as dependants his wife and two sons, aged 26 and 24. No challenge was made to the designated immigration officer's (DIO) determination that the elder son did not meet the eligibility requirements under the *Immigration and Refugee Protection Regulations* or under the former *Immigration Regulations*. The applicant's application was conditionally accepted, but it was subsequently discovered that the younger son, Wei-Hao, was inadmissible to Canada on grounds of criminality, and as a result, the applicant and his wife were also inadmissible pursuant to section 42 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which provides that a foreign national is inadmissible if an accompanying family member is inadmissible. Wei-Hao, through his counsel, tried to withdraw his application as a dependant on the basis that his study was without aim and therefore it could not be said that he was actively pursuing a course training. The DIO rejected this request. This was an application for judicial review of the DIO's decision that the applicant was inadmissible to Canada due to the inadmissibility of his dependent son. The issue was whether the DIO erred in determining that Wei-Hao is a dependent child of the applicant, and whether the DIO fettered his discretion by stating that Wei-Hao could not withdraw his application.

*Held*, the application should be dismissed.

The applicant argued that clause (B) of the definition of "dependent child" in the IRP Regulations created a new added requirement, i.e. that continuous enrollment at a post-secondary institution be with an aim and purpose. This argument was rejected. The definition of "dependent child" does not have such a new, added requirement. The wording used in the definition of "dependent child" in the Regulations expresses the intent to codify the test articulated by the Court of Appeal in *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* with respect to the definition of "dependent son"

*était un «enfant à charge» parce que l'art. 70(1)e) du Règlement prévoit que l'interdiction de territoire d'un membre de la famille emporte l'interdiction de territoire d'un étranger, qu'il accompagne ou non ce membre de la famille — Même si l'AID avait conclu que le fils n'était pas un «enfant à charge», le demandeur et son fils seraient néanmoins interdits de territoire en vertu de l'art. 40(1)a) de la Loi parce qu'ils ont fait une réticence sur le fait important que le fils ne suivait pas activement des cours de formation générale en n'indiquant pas que son inscription dans un établissement postsecondaire n'était pas réelle — Demande rejetée.*

Le demandeur a présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie des entrepreneurs et il a inclus dans sa demande sa femme et ses deux fils, âgés de 26 et de 24 ans, à titre de personnes à charge. La décision de l'agent d'immigration désigné (AID) selon laquelle le fils aîné ne remplissait pas les conditions d'admissibilité, que ce soit en vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ou de l'ancien règlement, n'a pas été contestée. La demande présentée par le demandeur a été acceptée à certaines conditions, mais on a plus tard découvert que le fils cadet, Wei-Hao, était interdit de territoire au Canada pour criminalité et, en conséquence, le demandeur et sa femme étaient également interdits de territoire en vertu de l'article 42 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui prévoit que l'interdiction de territoire d'un membre de la famille qu'il accompagne emporte l'interdiction de territoire d'un étranger. Wei-Hao a tenté, par l'intermédiaire de son avocat, de retirer la demande qu'il avait présentée à titre d'enfant à charge parce que ses études n'avaient pas d'objectif précis et qu'on ne pouvait donc pas considérer qu'il suivait activement des cours de formation. L'AID a rejeté cette demande. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'AID a conclu que le demandeur était interdit de territoire au Canada par suite de l'interdiction de territoire de son fils à charge. Il fallait déterminer si l'AID a commis une erreur en décidant que Wei-Hao est l'enfant à charge du demandeur et s'il a entravé son pouvoir discrétionnaire en affirmant que Wei-Hao ne pouvait pas retirer sa demande.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Le demandeur a soutenu que la division (B) de la définition d'«enfant à charge» dans le RIPR a créé une nouvelle exigence, c'est-à-dire que l'inscription à un établissement d'enseignement postsecondaire et sa fréquentation ininterrompue doivent avoir un but ou un objectif. Cet argument a été rejeté. La définition d'«enfant à charge» ne comporte pas une telle exigence additionnelle. Le libellé de la définition d'«enfant à charge» dans le Règlement dénote l'intention de codifier le critère formulé par la Cour d'appel dans l'arrêt *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et*

under the former Regulations (a similar definition existed for “dependent daughter”). Clause (A) of the definition carries forward the requirement of full-time enrollment and attendance in an educational program, while clause (B) articulates the requirement for a mental presence in the educational program in the form of a genuine, *bona fide* effort on the part of the student. The applicant’s interpretation would require an officer to ascertain a student’s motive for study. As the Regulatory Impact Analysis Statement shows, the intent of the Act and Regulations is to provide for more objective criteria. The DIO did not err by failing to inquire as to the aim or motive behind Wei-Hao’s enrollment as a full-time student. He correctly applied the test set out in *Sandhu* and codified in the Regulations.

The DIO also did not err in concluding that Wei-Hao fell within the definition of “dependent child”. Some of the factors he was to consider are enumerated in *Sandhu* and include the attendance record, grades obtained, whether the student could discuss what was studied in at least a rudimentary fashion, whether the student is progressing satisfactorily and whether the student has made a genuine and meaningful attempt to assimilate knowledge. Poor academic performance may be attributable to a lack of *bona fides*, but may also be attributable to a number of factors including intellectual failing, difficult personal circumstances, and cultural or language difficulties. Here, the Computer Assisted Immigration Processing System notes reflected that the DIO directed his mind to the poor academic performance of Wei-Hao, and the DIO swore on cross-examination that taking into account the total picture, including that Wei-Hao was a foreign student whom he believed had language difficulty early on, he did not feel it was particularly unreasonable that it had taken Wei-Hao “a long time before he found his feet.” This analysis was grounded in the record before him and was not unreasonable.

Finally, the DIO did not fetter his discretion by refusing to let Wei-Hao withdraw his application as a dependent child. Wei-Hao, until advising that he was withdrawing his application as a dependant, had made no suggestion that he did not fall within the regulatory definition of dependent child. The proper issue before the DIO was not whether to allow Wei-Hao to withdraw his application, but whether Wei-Hao was a dependent child, because paragraph 70(1)(e) of the Regulations provides that inadmissibility of a family member renders a foreign national inadmissible, whether or not the foreign national is accompanied by the inadmissible family

*de l’Immigration*) en ce qui a trait à la définition de «fils à charge» dans l’ancien Règlement (il existait une définition semblable pour «fille à charge»). La division (A) de la définition exige l’inscription à un programme de formation et la fréquentation à temps plein d’un établissement tandis que la division (B) exige une présence mentale au programme d’éducation sous la forme d’efforts de bonne foi et véritables de la part de l’étudiant. L’interprétation du demandeur exigerait qu’un agent vérifie les motivations d’un étudiant. Comme l’indique le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, l’objet de la Loi et du Règlement est de fournir des critères plus objectifs. L’AID n’a pas commis d’erreur en ne s’informant pas du but ou des motifs de Wei-Hao lorsqu’il s’est inscrit à temps plein comme étudiant. Il a correctement appliqué le critère formulé dans l’arrêt *Sandhu* et codifié dans le Règlement.

L’AID n’a pas non plus commis d’erreur en concluant que Wei-Hao était visé par la définition d’«enfant à charge». Certains des facteurs dont il devait tenir compte sont énumérés dans l’arrêt *Sandhu*; il s’agit notamment du dossier de présence de l’étudiant, des notes qu’il a obtenues, de sa capacité de discuter, à tout le moins de façon rudimentaire, des matières étudiées, de la question de savoir si son programme d’études se déroule de manière satisfaisante et de la question de savoir s’il a fait des efforts réels et sérieux pour assimiler les connaissances enseignées dans ses cours. Les mauvaises notes peuvent être attribuables à l’absence d’efforts véritables, mais elles peuvent aussi être attribuables à divers facteurs dont une faiblesse intellectuelle, une situation personnelle difficile et des difficultés culturelles ou linguistiques. En l’espèce, les notes du Système de traitement informatisé des dossiers d’immigration montraient que l’AID s’était attardé aux piètres résultats scolaires de Wei-Hao, et l’AID a déclaré sous serment lors du contre-interrogatoire qu’ayant tenu compte de l’ensemble du dossier, notamment du fait que Wei-Hao était un étudiant étranger qui, croyait-il, avait eu des problèmes linguistiques au début, il n’a pas considéré qu’il était particulièrement déraisonnable qu’il ait fallu à Wei-Hao «beaucoup de temps avant de s’adapter». Cette analyse reposait sur le dossier dont l’AID avait été saisi et n’était pas déraisonnable.

Enfin, l’AID n’a pas entravé son pouvoir discrétionnaire en refusant de permettre à Wei-Hao de retirer sa demande à titre d’enfant à charge. Avant qu’il avise l’agent qu’il retirait sa demande à titre de personne à charge, Wei-Hao n’a jamais laissé entendre qu’il n’était pas visé par la définition d’enfant à charge contenue au Règlement. La question que devait trancher l’AID n’était pas celle de savoir s’il devait permettre à Wei-Hao de retirer sa demande, mais plutôt si Wei-Hao était un enfant à charge parce que l’alinéa 70(1)e) du Règlement prévoit que l’interdiction de territoire d’un membre de la famille emporte l’interdiction de territoire d’un étranger, que

member. "Family member" is defined to include a "dependent child". For the DIO to have concluded that Wei-Hao was not a "dependent child", he would have had to accept that Wei-Hao had not been actively pursuing a course of academic training (i.e. that he was not a genuine student). If such was the case, this would mean that Wei-Hao and his father misrepresented or withheld material facts, i.e. that Wei-Hao had not been actively pursuing a course of academic training and that his enrollment in a post-secondary institution was not genuine, thus rendering them inadmissible pursuant to paragraph 40(1)(a) of the Act for misrepresenting material facts. In neither circumstance could the DIO issue the requested visa. Either Wei-Hao was an inadmissible family member or he and his father were inadmissible for having withheld material facts about his lack of *bona fide* study.

ce membre de la famille accompagne ou non l'étranger. L'expression «membre de la famille» comprend notamment un «enfant à charge». Pour pouvoir conclure que Wei-Hao n'était pas un «enfant à charge», l'AID aurait dû accepter que Wei-Hao ne suivait pas activement des cours de formation générale (c.-à-d. qu'il n'était pas un véritable étudiant). Si tel était le cas, cela voudrait dire que Wei-Hao et son père ont fait une présentation erronée sur des faits importants, ou une réticence sur ces faits, c'est-à-dire que Wei-Hao ne suivait pas activement à temps plein des cours de formation générale et que son inscription dans un établissement postsecondaire n'était pas réelle, ce qui emporterait leur interdiction de territoire en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la Loi parce qu'ils ont fait une représentation erronée sur des faits importants. Dans un cas comme dans l'autre, l'AID ne pouvait pas délivrer le visa demandé. Soit Wei-Hao était un membre de la famille inadmissible, soit lui-même et son père étaient inadmissibles pour avoir fait une réticence sur un fait important au sujet de ses études.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 36(2)(b),(3)(a), 40(1)(a), 42.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 1(3)(b), 2 "dependent child", 25(1), 70(1)(e).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1) "dependent son" (as enacted by SOR/92-101, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 280; (2002) 211 D.L.R. (4th) 567; 23 Imm. L.R. (3d) 8; 287 N.R. 97; 2002 FCA 79.

##### REFERRED TO:

*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

#### AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2002.II.177.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 32, art. 59).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 36(2)(b),(3)(a), 40(1)(a), 42.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «fils à charge» (édicte par DORS/92-101, art. 1).  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 1(3)(b), 2 «enfant à charge», 25(1), 70(1)(e).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 280; (2002) 211 D.L.R. (4th) 567; 23 Imm. L.R. (3d) 8; 287 N.R. 97; 2002 CAF 79.

##### DÉCISION CITÉE:

*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 CSC 20.

#### DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2002.II.177.

APPLICATION for judicial review of a decision of a designated immigration officer that the applicant's 24-year-old son was a "dependent child", that the son could not withdraw his application as a dependent child because his studies, while continuous, were aimless, and that the applicant was inadmissible to Canada due to the inadmissibility of his dependent son. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Lawrence Wong* for applicant.  
*Brenda Carbonell* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Wong Pederson Law Offices*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] DAWSON J.: The most important issue to be decided in this application for judicial review is whether the definition of "dependent child" contained in section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations) codifies the jurisprudence developed under the former *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2] and Regulations [*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172] with respect to what constitutes full-time study for the purpose of maintaining status as a dependent child. The issue arises in the following factual context.

## BACKGROUND FACTS

[2] On March 24, 2001, Mr. Lee applied for permanent residence in Canada in the entrepreneur category. Included in his application as dependants were his wife and two sons. At the time, the sons were 26 and 24 years of age.

[3] After Mr. Lee's application was assessed, an interview was scheduled with him for October 24, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration désigné a conclu que le fils âgé de 24 ans du demandeur était un «enfant à charge», qu'il ne pouvait pas retirer sa demande à titre d'enfant à charge parce que ses études, même si elles étaient ininterrompues, n'avaient aucun but, et que le demandeur était interdit de territoire au Canada en raison de l'interdiction de territoire de son fils à charge. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Lawrence Wong* pour le demandeur.  
*Brenda Carbonell* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Wong Pederson Law Offices*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE DAWSON: La question la plus importante à trancher dans la présente demande de contrôle judiciaire est celle de savoir si la définition d'«enfant à charge» à l'article 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), codifie la jurisprudence portant sur l'ancienne *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2] et son Règlement [*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172] relativement à ce qui constitue des études à temps plein pour qu'une personne puisse conserver le statut d'enfant à charge. Cette question se pose dans le contexte factuel suivant.

## FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[2] Le 24 mars 2001, M. Lee a présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie des entrepreneurs. Sa femme et ses deux fils étaient inclus dans sa demande à titre de personnes à charge. Les fils étaient alors âgés de 26 et de 24 ans.

[3] Une fois sa demande évaluée, M. Lee a été convoqué à une entrevue le 24 octobre 2002. À

Mr. Lee was accompanied to the interview by his wife and two sons. The presence of the two sons had been requested by the designated immigration officer (DIO) because, due to their age, the DIO was required to determine whether the sons were eligible to be included in the application as dependent children.

[4] During the interview, the DIO determined that the elder son did not meet the eligibility requirements under either the Regulations or under the former Regulations. No challenge is made to that decision. The DIO also determined that a second interview would be necessary in order to provide more information relating to the school records of the younger son, Wei-Hao Lee, who was 25 years old at the time of the interview. As well, more information was required respecting Mr. Lee's business records.

[5] The second interview was held on January 14, 2003. Mr. Lee was accompanied to this interview by his wife and his son Wei-Hao. At the second interview more information was provided about Mr. Lee's business. Additional school transcripts were also provided with respect to Wei-Hao. The day following the second interview the DIO wrote to Mr. Lee's counsel to advise that after very careful consideration of the application the DIO had determined that Mr. Lee met the requirements for the entrepreneurial category. Mr. Lee's application was therefore accepted subject to the necessary medical and security checks.

[6] Subsequently, the DIO learned of Wei-Hao's conviction in the United States for driving while under the influence of alcohol. The offence Wei-Hao was convicted of is equivalent to the offence described in section 253 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. If prosecuted by indictment, a conviction under section 253 is punishable by a term of imprisonment not to exceed five years. Therefore, by operation of paragraphs 36(2)(b) and (3)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), Wei-Hao is inadmissible to Canada on grounds of criminality.

l'entrevue, il était accompagné de sa femme et de ses deux fils. L'agent d'immigration désigné (AID) avait exigé la présence des deux fils parce qu'il devait déterminer si, en raison de leur âge, ces derniers pouvaient être inscrits dans la demande comme enfants à charge.

[4] À l'entrevue, l'AID a conclu que le fils aîné ne remplissait pas les conditions d'admissibilité, que ce soit en vertu du Règlement ou de l'ancien règlement. Cette décision n'est pas contestée. L'AID a en outre conclu que la tenue d'une deuxième entrevue s'imposait pour lui permettre d'obtenir d'autres renseignements au sujet des dossiers scolaires du fils cadet, Wei-Hao Lee, qui était âgé de 25 ans lors de l'entrevue. De plus, d'autres renseignements étaient nécessaires au sujet des dossiers de l'entreprise de M. Lee.

[5] La deuxième entrevue a eu lieu le 14 janvier 2003. M. Lee était accompagné de sa femme et de son fils Wei-Hao. Lors de cette entrevue, des renseignements additionnels ont été fournis au sujet des affaires de M. Lee. D'autres relevés de notes ont également été produits en ce qui concerne Wei-Hao. Le lendemain de cette entrevue, l'AID a écrit à l'avocat de M. Lee pour l'informer qu'il considérait, après avoir examiné attentivement la demande, que M. Lee remplissait les conditions de la catégorie des entrepreneurs. La demande de M. Lee a donc été acceptée sous réserve des vérifications médicales et des contrôles de sécurité applicables.

[6] L'AID a plus tard appris que Wei-Hao avait été déclaré coupable aux États-Unis de conduite en état d'ébriété. L'infraction dont Wei-Hao a été déclaré coupable est l'équivalent de l'infraction décrite à l'article 253 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 32, art. 59] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En cas de poursuite par mise en accusation, l'infraction prévue à l'article 253 est punissable sur déclaration de culpabilité d'un emprisonnement maximal de cinq ans. Par conséquent, suivant les alinéas 36(2)(b) et (3)(a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), Wei-Hao est interdit de territoire pour criminalité.



[7] Mr. Lee's counsel was advised by the DIO that Wei-Hao was inadmissible due to criminality. The consequence of this was significant to Mr. Lee and his wife because, pursuant to section 42 of the Act, Wei-Hao's inadmissibility rendered Mr. and Mrs. Lee inadmissible to Canada. Their counsel therefore requested, and was granted, time to consider and address the issue of inadmissibility.

[8] By letter dated May 6, 2003, Mr. Lee's counsel advised the DIO that Wei-Hao was withdrawing his application as a dependant on the basis that he was not a dependant within the meaning of the Act. Counsel wrote that "Mr. Lee takes the position that he has not been actively pursuing a course of academic professional [or] vocational training. Although he has been continuously enrolled in various post-secondary education institutions, his study has been without an aim. Rather it is for the purpose of prolonging his stay in the U.S. and as such it cannot be considered as actively pursuing a course of academic professional [or] vocational training".

[9] The DIO rejected this request. By letter dated May 8, 2003, the DIO wrote:

I have carefully considered this argument but must reject it. First, your client was accompanied to his interview in this office by Wei-Hao and I took the opportunity to examine his dependency at that time in some detail. On the basis of that examination and the additional documents that were submitted by your client in support of the case that Wei-Hao was, indeed, a dependent son, I determined that he did meet the regulatory definition as such.

Second, your client made submissions to the effect that his son met the regulatory definition of a dependent. The interviews he attended in this office and some of the later submissions made [on] behalf of his son post-dated the enactment of IRPA. If I were to accept the argument made now that all of this evidence and the statements made were misleading and contrary to the actual facts, it would mean that your client had engaged in a material misrepresentation. If your client's son was not a dependent within the meaning of the IRPA, why did he try to convince me otherwise? In addition, the assertion that Wei-Hao was merely trying to prolong his stay in the United States and not seriously pursuing an academic programme is not convincing. If he was stalling for any purpose, it would

[7] L'AID a informé l'avocat de M. Lee que Wei-Hao était interdit de territoire pour criminalité. Les conséquences pour M. Lee et sa femme étaient importantes puisqu'en vertu de l'article 42 de la Loi, l'interdiction de territoire de Wei-Hao emportait l'interdiction de territoire de M. et M<sup>me</sup> Lee. L'avocat a donc demandé et obtenu un délai pour examiner la question de l'interdiction de territoire.

[8] Par voie d'une lettre en date du 6 mai 2003, l'avocat de M. Lee a informé l'AID que Wei-Hao retirait sa demande à titre d'enfant à charge parce qu'il n'était pas un enfant à charge au sens de la Loi. L'avocat écrit que: [TRADUCTION] «M. Lee affirme qu'il ne suit pas activement des cours de formation générale, théorique ou professionnelle. Même s'il n'a pas cessé d'être inscrit à divers établissements d'enseignement postsecondaire, ses études n'avaient pas d'objectif précis. Au contraire, il voulait ainsi prolonger son séjour aux É.-U. et c'est pourquoi on ne peut pas considérer qu'il suit activement des cours de formation générale, théorique ou professionnelle».

[9] L'AID a rejeté cette demande. Dans une lettre en date du 8 mai 2003, il a écrit:

[TRADUCTION] J'ai examiné attentivement cet argument, mais je dois le rejeter. Premièrement, votre client était accompagné de Wei-Hao lors de son entrevue qui a eu lieu dans ce bureau et j'ai alors eu la possibilité d'examiner en détail s'il était un enfant à charge. M'appuyant sur cet examen et sur les documents additionnels qu'a fournis votre client pour démontrer que Wei-Hao était effectivement un fils à charge, j'ai conclu qu'il remplissait les conditions de la définition contenue dans le Règlement.

Deuxièmement, votre client a fait valoir que son fils remplissait les conditions de la définition d'enfant à charge dans le Règlement. Les entrevues auxquelles il s'est présenté dans ce bureau et certaines des observations qui ont été faites au nom de son fils étaient postérieures à l'adoption de la LIPR. Si je devais maintenant accepter l'argument selon lequel tous ces éléments de preuve et les déclarations faites étaient faux et contraires aux faits réels, cela signifierait que votre client a fait de fausses déclarations sur un fait important. Si son fils n'était pas à sa charge au sens de la LIPR, pourquoi votre client a-t-il essayé de me convaincre du contraire? De plus, l'affirmation que Wei-Hao tentait simplement de prolonger son séjour aux États-Unis et non d'y poursuivre réellement des études n'est

surely be to remain eligible to be included as a dependent in his father's application for permanent residence in Canada. This, in turn, would again raise the question of misrepresentation.

However, I do not believe your client or his son was engaged in misrepresentation. I believe that, on the basis of the evidence and your client's statements, that Wei-Hao is and has been a dependent son within the definition of both the former and current immigration acts. Unfortunately, since he is criminally inadmissible, this means your client's application for permanent residence will be rejected since his son's inadmissibility renders Mr. Lee and any other dependents inadmissible also.

A decision letter follows.

[10] This application for judicial review is brought with respect to the decision of the DIO that Mr. Lee was inadmissible to Canada due to the inadmissibility of his dependent son.

#### THE ISSUES

[11] The parties agree that Mr. Lee's application was properly considered under the provisions of the current Act and Regulations, and not under the provisions of the former legislation. Mr. Lee raises the following issues:

1. Did the DIO err in determining that Wei-Hao is a dependent child of Mr. Lee by ignoring evidence properly before him and by misunderstanding the law?

2. Did the DIO fetter his discretion by stating that Wei-Hao could not withdraw his application so that the DIO refused to consider properly the qualitative aspect of dependency?

[12] Counsel for Mr. Lee abandoned at the hearing of this matter the assertion that the DIO erred in failing to permit Wei-Hao to withdraw his application as a dependant.

pas convaincante. S'il cherchait à gagner du temps, c'était sûrement pour pouvoir être inscrit comme personne à charge dans la demande de résidence permanente au Canada présentée par son père. Cela soulèverait aussi la question des fausses déclarations.

Je ne crois toutefois pas que votre client ou son fils ait fait de fausses déclarations. Je crois, compte tenu de la preuve et des déclarations de votre client, que Wei-Hao est et était un fils à charge au sens de la définition de la loi actuelle sur l'immigration ainsi que de l'ancienne loi. Malheureusement, comme Wei-Hao est interdit de territoire pour criminalité, cela signifie que la demande de résidence permanente de votre client sera rejetée étant donné que l'interdiction de territoire de son fils emporte l'interdiction de territoire de M. Lee et des autres personnes à sa charge.

Une lettre contenant la décision suivra.

[10] La présente demande de contrôle judiciaire concerne la décision de l'AID selon laquelle M. Lee était interdit de territoire au Canada par suite de l'interdiction de territoire de son fils à charge.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[11] Les parties conviennent que la demande de M. Lee devait être examinée en vertu des dispositions de la Loi et du Règlement actuellement applicables et non en vertu des dispositions de l'ancienne législation. M. Lee soulève les questions suivantes:

1. L'AID a-t-il commis une erreur en décidant que Wei-Hao est l'enfant à charge de M. Lee sans tenir compte des éléments de preuve dont il avait été dûment saisi et en interprétant mal la loi?

2. L'AID a-t-il entravé son pouvoir discrétionnaire en affirmant que Wei-Hao ne pouvait pas retirer sa demande et en refusant d'examiner l'aspect qualitatif du lien de dépendance?

[12] L'avocat de M. Lee a abandonné à l'audience l'allégation que l'AID avait commis une erreur en ne permettant pas à Wei-Hao de retirer sa demande à titre d'enfant à charge.

## ANALYSIS

Did the DIO err in determining that Wei-Hao is a dependent child?

[13] Consideration of this issue requires the Court to consider first the proper interpretation of the definition of dependent child and then to consider whether the DIO's application of the facts to the statutory definition was reasonable.

[14] Turning to the proper interpretation of the definition, in material part the definition is as follows:

2. . . .

“dependent child”, in respect of a parent, means a child who

...

(b) is in one of the following situations of dependency, namely,

...

(ii) has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 . . . and, since before the age of 22 . . . has been a student

(A) continuously enrolled in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and

(B) actively pursuing a course of academic, professional or vocational training on a full-time basis.

[15] The definition of “dependent son” under subsection 2(1) [as enacted by SOR/92-101, s. 1] of the former Regulations, *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 was in material part:

2.(1) . . .

“dependent son” means a son who

...

(b) is enrolled and in attendance as a full-time student in an academic, professional or vocational program at a university, college or other educational institution and

## ANALYSE

L'AID a-t-il commis une erreur en décidant que Wei-Hao est un enfant à charge?

[13] Pour analyser cette question, la Cour doit tout d'abord examiner l'interprétation qu'il convient de donner à la définition d'enfant à charge et, ensuite, déterminer si l'application par l'AID de cette définition aux faits de l'espèce était raisonnable.

[14] Pour ce qui est de l'interprétation de cette définition, les éléments pertinents sont les suivants:

2. [. . .]

«enfant à charge» L'enfant qui:

[. . .]

b) d'autre part, remplit l'une des conditions suivantes:

[. . .]

(ii) il est un étudiant âgé qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans [. . .]:

(A) n'a pas cessé d'être inscrit à un établissement d'enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci,

(B) y suit activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle.

[15] La définition de «fils à charge» au paragraphe 2(1) [mod. par DORS/92-101, art. 1] de l'ancien Règlement, le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, prévoyait notamment:

2.(1) [. . .]

«fils à charge» Fils:

[. . .]

b) soit qui est inscrit à une université, un collège ou un autre établissement d'enseignement et y suit à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle, et qui:

(i) has been continuously enrolled and in attendance in such a program since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of his marriage, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, to be wholly or substantially financially supported by his parents since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of his marriage. . . .

[16] A similar definition existed for “dependent daughter”.

[17] Mr. Lee argues that clause (A) and (B) of the definition of “dependent child” in the Regulations create both a quantitative and qualitative test. He further argues that clause (A) reflects what the former regulations required, so that clause (B) creates a new, added requirement. That requirement is said to be that the continuous enrollment and attendance at a post-secondary institution be with an aim and a purpose. The study “must not be study for the sake of study”, but must be part of an ultimate plan. In oral argument, counsel for Mr. Lee agreed that this would require an immigration officer to inquire into the student’s motive for his or her study. The officer would be required to be satisfied that the student was not continuing his or her study for the purpose of maintaining eligibility as a dependant under the Act.

[18] For the reasons which follow, I am unable to conclude that the definition of “dependent child” has a new, added requirement as Mr. Lee asserts.

[19] What was required under the definition of “dependent son” under the former Regulations was explained by the Federal Court of Appeal in *Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 280. Writing for the Court, Mr. Justice Sexton held that the words “enrolled and in attendance as a full-time student” required the student on a continuous basis to make a *bona fide* attempt to assimilate the material of the subjects the student was enrolled to study. What was required was a genuine effort to acquire knowledge. This did not mean that the student had to demonstrate successful examination results or mastery of

(i) d’une part, y a été inscrit et y a suivi sans interruption ce genre de cours depuis la date de ses 19 ans ou, s’il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage,

(ii) d’autre part, selon un agent d’immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu’il a reçus, a été entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents depuis la date de ses 19 ans ou, s’il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage;

[16] Il existait une définition analogue pour «fille à charge».

[17] M. Lee soutient que les divisions (A) et (B) de la définition d’«enfant à charge» dans le Règlement créent un critère qualitatif et quantitatif. Il ajoute que la division (A) reprend les exigences de l’ancien Règlement de sorte que la division (B) crée une nouvelle exigence. Suivant cette exigence, l’inscription à un enseignement postsecondaire et sa fréquentation ininterrompue doivent avoir un but ou un objectif. Il ne doit pas s’agir d’«étudier pour étudier», mais les études poursuivies doivent s’inscrire dans un projet global. Dans sa plaidoirie, l’avocat de M. Lee a convenu que cela obligerait l’agent d’immigration à s’informer des motifs de l’étudiant ou de l’étudiante. L’agent devrait être convaincu que l’étudiant ne poursuit pas ses études dans le but de continuer d’être une personne à charge en vertu de la Loi.

[18] Pour les motifs qui suivent, je suis incapable de conclure que la définition d’«enfant à charge» comporte une exigence additionnelle comme le prétend M. Lee.

[19] La Cour d’appel fédérale a expliqué dans l’arrêt *Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 3 C.F. 280, les exigences de la définition de «fils à charge» en vertu de l’ancien Règlement. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Sexton a dit que l’expression «est inscrit et suit à temps plein des cours» exigeait que l’étudiant fasse continuellement des efforts réels pour assimiler la matière enseignée dans les cours auxquels il était inscrit. Ce qu’il fallait, c’était de véritables efforts pour acquérir des connaissances. Cela ne voulait pas dire que l’étudiant devait réussir ses examens ou acquérir une maîtrise de la

the subject-matter studied. By itself, poor academic performance would be insufficient to give rise to the inference that the student was not in attendance as a full-time student.

[20] In my view, the wording used in the definition of “dependent child” in the Regulations expresses the intent to codify the test articulated by the Court of Appeal in *Sandhu*. Clause (A) of the definition carries forward the requirement of full-time enrollment and attendance in an educational program, while clause (B) articulates the requirement for a mental presence in the educational program in the form of a genuine, *bona fide* effort on the part of the student.

[21] Before leaving this point, I note that in other instances Parliament has codified jurisprudence existing at the time the Act and Regulations came into force. For example, subsection 25(1) of the Act, dealing with humanitarian and compassionate considerations, requires the Minister to take into account the “best interests of a child directly affected” by the application. This is a codification of the jurisprudence existing when the Act was proclaimed.

[22] A second reason for rejecting the applicant’s interpretation of the definition of dependent child is that, as conceded by counsel for Mr. Lee in oral argument, Mr. Lee’s interpretation requires an officer to enter into the purely subjective analysis of a student’s aim or motive. However, such a subjective analysis is contrary to the stated intent that the Act and the Regulations were to provide for more objective criteria. The Regulatory Impact Analysis Statement to the Regulations (RIAS) notes with respect to the provisions dealing with the examination of persons seeking entry to Canada that [C. *Gaz.* 2002.II.177, at page 197]:

Purpose of these provisions

The intent of the provisions respecting the examination of persons seeking entry to Canada is:

— to provide detailed, clearly defined rules governing the conduct of examinations and specify the requirements for persons seeking entry into Canada;

matière étudiée. En soi, le fait d’avoir de mauvaises notes n’était pas un motif suffisant pour conclure que l’étudiant n’avait pas suivi des cours à temps plein.

[20] À mon avis, le libellé de la définition d’«enfant à charge» dans le Règlement dénote l’intention de codifier le critère formulé par la Cour d’appel dans l’arrêt *Sandhu*. La division (A) de la définition exige l’inscription à un programme de formation et la fréquentation à temps plein d’un établissement tandis que la division (B) exige une présence mentale au programme d’éducation sous la forme d’efforts de bonne foi et véritables de la part de l’étudiant.

[21] Avant de terminer sur ce point, je souligne que, dans d’autres cas, le législateur a codifié la jurisprudence existant à l’époque où la Loi et le Règlement sont entrés en vigueur. Par exemple, le paragraphe 25(1) de la Loi, qui traite des motifs d’ordre humanitaire, oblige le ministre à tenir compte de «l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché» par la demande. Il s’agit d’une codification de la jurisprudence existant lorsque la Loi a été promulguée.

[22] Un deuxième motif de rejeter l’interprétation donnée par le demandeur de la définition d’enfant à charge est que, comme l’a admis l’avocat de M. Lee dans sa plaidoirie, cette interprétation exige que l’agent se lance dans une analyse purement subjective du but ou de la motivation de l’étudiant. Une telle analyse subjective est toutefois contraire à l’objet déclaré de la Loi et du Règlement qui doivent fournir des critères plus objectifs. Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (RÉIR) contient les remarques suivantes au sujet des dispositions concernant le contrôle des personnes cherchant à entrer au Canada [*Gaz. C.* 2002.II.177, à la page 197]:

But de ces dispositions réglementaires

Le but des dispositions réglementaires concernant le contrôle des personnes cherchant à entrer au Canada est le suivant:

— énoncer, de façon claire et détaillée, les règles régissant le contrôle, et préciser les formalités que doivent remplir les personnes souhaitant entrer au Canada;

— to establish reasonable limits on the scope of the examination powers of officers; and

— to ensure transparency and consistency in the application of the Act. [Underlining added.]

[23] With respect to the purpose of the regulatory provisions relating to the family class, the RIAS notes that [C. Gaz. 2002.II.177, at pages 254-255]:

Purpose of these provisions

The intent of these Regulations is to ensure that:

— the process and criteria by which members of the family class are selected are clear and transparent; this includes the requirements and obligations of sponsors;

— current social realities are taken into account in the defining of family class membership; and

— legislation is consistent with other legislation or principles to which Canada is committed.

...

The Regulations provide the framework by which family class sponsorships are processed: defining not only who may be sponsored as a member of the family class and where but also, specifying baseline requirements that must be met by the sponsor and the applicant as well as the consequences of sponsorship default. They provide officers with an objective basis by which to:

— determine who can sponsor;

— assess the ability of sponsors to support their relatives to establish in Canada;

— enumerate the obligations of sponsorship and implement the consequences of defaulting on these obligations;

— identify which foreign nationals can be selected as members of the family class;

— determine the requirements to be met by foreign nationals before entering Canada and the circumstances under which an applicant is inadmissible; and

— limiter de façon raisonnable l'étendue des pouvoirs de contrôle des agents;

— faire en sorte que la Loi soit appliquée de façon transparente et uniforme. [Soulignement ajouté.]

[23] En ce qui concerne le but des dispositions réglementaires concernant la catégorie du regroupement familial, le RÉIR indique ce qui suit [Gaz. C. 2002.II.177, aux pages 254 et 255]:

But de ces dispositions réglementaires

Le but de ces dispositions réglementaires est de veiller à ce que:

— le processus et les critères qui régissent la sélection des personnes de la catégorie du regroupement familial soient clairs et transparents; ce principe s'applique aux exigences et obligations imposées au répondant;

— les réalités sociales contemporaines soient prises en compte dans la définition des membres de la catégorie du regroupement familial;

— la législation soit conforme aux autres principes ou mesures législatives que le Canada s'est engagé à respecter.

[...]

Ces dispositions réglementaires établissent les paramètres régissant le traitement des demandes de parrainage de la catégorie «regroupement familial». Elles définissent non seulement qui peut être parrainé dans cette catégorie et où il peut l'être, mais aussi les exigences de base que le répondant et le demandeur doivent remplir de même que les conséquences entraînées par le manquement à l'engagement de parrainage. Elles fournissent aux agents un fondement objectif sur lequel il peut s'appuyer pour:

— déterminer qui peut parrainer;

— évaluer la capacité des répondants à aider leurs parents à s'établir au Canada;

— préciser les obligations associées au parrainage et appliquer les sanctions prévues advenant leur inobservation;

— déterminer les étrangers qui peuvent être sélectionnés dans la catégorie «regroupement familial»;

— déterminer les exigences auxquelles doivent satisfaire les étrangers avant d'entrer au Canada ainsi que les circonstances dans lesquelles le demandeur est interdit de territoire;

— identify the circumstances under which an application to sponsor can be suspended. [Underlining added throughout.]

[24] A requirement that an officer ascertain a student's motive for study is contrary to the stated intent that the Regulations are to provide officers with "an objective basis by which to . . . identify which foreign nationals can be selected as members of the family class".

[25] It follows from this interpretation of the definition of "dependent child" that the DIO did not err by failing to inquire as to the aim or motive behind Wei-Hao's enrollment as a full-time student. The officer was required to consider whether Wei-Hao, on a continuous basis, made a *bona fide* attempt to apply himself to his studies and acquire knowledge and correctly applied that test.

[26] I next turn to consider whether the DIO erred in concluding that Wei-Hao fell within the definition of "dependent child".

[27] Counsel did not make developed submissions with respect to the appropriate standard of review to be applied to the review of the officer's determination that Wei-Hao fell within the regulatory definition. Both counsel agreed that it was a question of mixed fact and law and that the standard of review would be either patent unreasonableness or reasonableness *simpliciter*. Both suggested that the standard of review applied would not be determinative of the outcome. I agree that in this case the result would be the same whether the decision is reviewed on the standard of patent unreasonableness or reasonableness *simpliciter*. In view of the absence of full submissions on the standard of review and the view I take that the officer's decision withstands scrutiny even on the less deferential standard, I will review the decision on the standard of reasonableness *simpliciter*.

[28] Mr. Lee argues that there was an incomplete and incorrect assessment of Wei-Hao's dependency.

— déterminer les circonstances dans lesquelles l'étude de la demande de parrainage peut être suspendue. [Non souligné dans l'original.]

[24] L'exigence qu'un agent vérifie les motivations d'un étudiant est contraire au but avoué du Règlement qui est de fournir aux agents «un fondement objectif sur lequel il[s] peu[vent] s'appuyer pour [. . .] déterminer les étrangers qui peuvent être sélectionnés dans la catégorie "regroupement familial"».

[25] Il découle de cette interprétation de la définition d'«enfant à charge» que l'AID n'a pas commis d'erreur en ne s'informant pas du but ou des motifs de Wei-Hao lorsqu'il s'est inscrit à temps plein comme étudiant. L'agent devait examiner si Wei-Hao avait fait continuellement des efforts réels pour se consacrer à ses études et acquérir des connaissances, et il a correctement appliqué ce critère.

[26] Je vais maintenant examiner si l'AID a commis une erreur en concluant que Wei-Hao était visé par la définition d'«enfant à charge».

[27] Les avocats n'ont pas fait d'observations détaillées quant à la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer à l'examen de la décision de l'agent selon laquelle Wei-Hao était visé par la définition du Règlement. Les deux avocats ont reconnu qu'il s'agissait d'une question mixte de droit et de fait et que la norme de contrôle applicable était soit celle de la décision manifestement déraisonnable soit celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Les deux ont indiqué que la norme de contrôle appliquée n'était pas déterminante pour la question en litige. Je conviens qu'en l'espèce le résultat serait le même que la décision soit examinée selon la norme de la décision manifestement déraisonnable ou selon celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Vu l'absence d'une argumentation complète sur la norme de contrôle et étant donné que j'estime que la décision de l'agent résiste à un examen approfondi même si on applique la norme qui commande une moins grande retenue, j'examinerai la décision en appliquant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*.

[28] M. Lee prétend qu'il y a eu appréciation erronée et incomplète du lien de dépendance de Wei-Hao.

[29] The tribunal record reflects that Wei-Hao turned 22 years of age on December 5, 1998. Prior to that, he had attended high school and Cal State in California. From the fall of 1997 to the spring of 1999 he attended Rio Hondo College. While there he either failed or withdrew from every class he enrolled in. After a series of warnings he was dismissed due to lack of academic progress. Thereafter, from July of 1999 to November of 1999 he attended the Pacific Rim Language Institute where he made "satisfactory progress" in its ESL/TOEFL [English as a second language/Test of English as a Foreign Language] program. From November 1999 to March 2000, he enrolled in an electronics engineering technology program at ITT Technical Institute [ITT] in Anaheim, California. There, Wei-Hao failed all four subjects and dropped out. There is no record of study from April to August of 2000, but the officer states he may have returned some documents at the second interview. No issue was raised that Wei-Hao was not continuously enrolled and in attendance at school as required.

[30] From August 15, 2000 to December 2000 Wei-Hao returned to the Pacific Rim Language Institute where he again studied in the ESL/TOEFL program. From September 2000 to November 2001, Wei-Hao was enrolled at ITT in Torrance, California in a computer and electronics engineer program. He initially obtained high marks, but ultimately was placed on academic probation. At the expiration of the period of probation he resumed studies and from June 2001 to December 2001 he obtained 9 of the 13 credits sought in the first semester and 12 of the 12 credits sought in the second semester. In March of 2002 he transferred into the Information Technology program at ITT in Seattle, Washington and from then on earned high marks in that program.

[31] Mr. Lee argues that the DIO did not canvass the qualitative aspects of Wei-Hao's education pursuits, and particularly the fact that from 1999 to 2001 his academic performance was dismal. Mr. Lee says that the CAIPS [Computer Assisted Immigration Processing System] notes do not show that this issue was probed by the DIO.

[29] D'après le dossier du tribunal, Wei-Hao a eu 22 ans le 5 décembre 1998. Avant cette date, il avait fréquenté une école secondaire et Cal State en Californie. De l'automne 1997 jusqu'au printemps 1999, il a étudié au Rio Hondo College. À cet endroit, soit il a échoué les cours auxquels il s'était inscrit soit il les a abandonnés. Après une série d'avertissements, il a été renvoyé parce qu'il n'avait fait aucun progrès scolaire. Par la suite, soit de juillet à novembre 1999, il a fréquenté le Pacific Rim Language Institute où il a fait des [TRADUCTION] «progrès satisfaisants» dans ses cours d'anglais, langue seconde (ALS) et au Test of English as a Foreign Language (TOEFL). De novembre 1999 à mars 2000, il a suivi des cours de techniques de génie électronique au ITT Technical Institute [ITT] à Anaheim, en Californie. Wei-Hao a échoué dans les quatre matières et a abandonné ses études. Il n'y a aucun relevé d'études pour la période d'avril à août 2000, mais l'agent indique que l'intéressé a peut-être remis certains documents lors de la deuxième entrevue. La question de savoir si Wei-Hao avait cessé d'être inscrit à des cours et de fréquenter un établissement n'a pas été soulevée.

[30] Du 15 août 2000 au mois de décembre 2000, Wei-Hao est retourné au Pacific Rim Language Institute où il a encore une fois suivi le programme ALS et TOEFL. De septembre 2000 à novembre 2001, Wei-Hao s'est inscrit au ITT de Torrance, en Californie, pour y suivre des cours de génie informatique et électronique. Il a tout d'abord obtenu des notes élevées, mais il a finalement été mis en période de probation. À la fin de cette période de probation, il a repris ses études et de juin à décembre 2001, il a obtenu 9 des 13 crédits visés dans le premier semestre et la totalité des 12 crédits visés dans le deuxième semestre. En mars 2002, il a entrepris le programme de technologie de l'information au ITT de Seattle, État de Washington, où il a obtenu des notes élevées.

[31] M. Lee soutient que l'AID n'a pas examiné les aspects qualitatifs des études faites par Wei-Hao et, notamment, le fait que, de 1999 à 2001, son rendement scolaire était pitoyable. M. Lee affirme que les notes du STIDI [Système de traitement informatisé des dossiers d'immigration] n'indiquent pas que l'AID a approfondi cette question.



[32] The CAIPS notes do record that after the first interview the officer noted gaps in the evidence relating to attendance at Rio Hondo College until September of 1999 and for the period of April 2000 to May 2001. The officer further noted that Wei-Hao “failed all of his courses at ITT Anaheim. On the other hand, he has honours certificate from ITT Torrance for maintaining a high GPA. A mixed picture to be sure”. Mr. Lee says that the CAIPS notes of the second interview do not show how the DIO’s concerns were overcome.

[33] In considering the submissions, it is important to remember the nature of the inquiry the officer was to make. He was to assess the *bona fides* of a claim to status as a dependant. In *Sandhu*, the Federal Court of Appeal listed a number of factors which should be considered. The factors included the attendance record, grades obtained, whether the student could discuss what was studied in at least a rudimentary fashion, whether the student is progressing satisfactorily and whether the student has made a genuine and meaningful attempt to assimilate knowledge. Poor academic performance may be attributable to a lack of *bona fides*, but may also be attributable to a number of factors including intellectual failing, difficult personal circumstances, and cultural or language difficulties.

[34] Here, the CAIPS notes of the first interview record that the officer was conscious of the checkered academic record and that the DIO required additional documentation of attendance. That documentation was produced at the second interview so as to satisfy the officer of the required enrollment. No suggestion was made that while so enrolled Mr. Wei-Hao did not attend his classes. What is controversial is the DIO’s acceptance of the initial dreadful academic record as establishing the active pursuit of an academic program.

[32] Il ressort toutefois des notes du STIDI qu’après la première entrevue, l’agent a constaté des lacunes dans les éléments de preuve relatifs à la fréquentation du Rio Hondo College jusqu’en septembre 1999 et à la période d’avril 2000 à mai 2001. L’agent a en outre noté que Wei-Hao [TRADUCTION] «a échoué tous ses cours au ITT d’Anaheim. En revanche, il a obtenu un certificat avec mention du ITT de Torrance pour avoir maintenu une MPC [moyenne pondérée cumulative] élevée. Une situation certes singulière». M. Lee prétend que les notes du STIDI concernant la deuxième entrevue n’indiquent pas comment les inquiétudes de l’AID ont été dissipées.

[33] Dans l’examen des observations faites, il est important de rappeler la nature de l’analyse que devait faire l’agent. Celui-ci devait évaluer la bonne foi de la revendication du statut de personne à charge. Dans l’arrêt *Sandhu*, la Cour d’appel fédérale a énuméré divers facteurs dont il faut tenir compte. Il s’agit notamment du dossier de présence de l’étudiant, des notes qu’il a obtenues, de sa capacité de discuter, à tout le moins de façon rudimentaire, des matières étudiées, de la question de savoir si son programme d’études se déroule de manière satisfaisante et de la question de savoir s’il a fait des efforts réels et sérieux pour assimiler les connaissances enseignées dans ses cours. Les mauvaises notes peuvent être attribuables à l’absence d’efforts véritables, mais elles peuvent aussi être attribuables à divers facteurs dont une faiblesse intellectuelle, une situation personnelle difficile et des difficultés culturelles ou linguistiques.

[34] En l’espèce, les notes du STIDI concernant la première entrevue indiquent que l’agent était conscient que le dossier scolaire comportait des hauts et des bas et que l’AID a demandé des renseignements additionnels au sujet du dossier de présence. Ces documents ont été produits lors de la deuxième entrevue afin de démontrer à l’agent que les conditions concernant l’inscription à un établissement étaient remplies. Rien n’indiquait que, pendant qu’il était inscrit, M. Wei-Hao n’avait pas suivi ses cours. La question qui porte à controverse est le fait que l’AID ait accepté que le dossier scolaire lamentable initial établissait que l’intéressé suivait activement des cours de formation.

[35] The officer swore in an affidavit filed in this proceeding that:

16. In addressing the issue of active pursuit of his studies, I noted that Wei-Hao had consistently and even doggedly pursued an education in electrical and computer engineering. Whilst his grades during his years of study evinced the ups and downs of uneven effort, the evidence showed that, taken as a whole, he was working toward a useful career goal; specifically an Associate of Science Degree in Computer Network Systems. A letter to this effect from ITT Technical Institute in Seattle, Washington dated 23 October 2002 also states that Wei-Hao's attendance has been "above average" and that he was expected to graduate in March 2004. Now shown to me and marked as Exhibit "G" to this my Affidavit is a true copy of the letter from ITT Technical Institute in Seattle dated October 23, 2002.

17. For most of the period between 1999 and 2003, Wei-Hao had been enrolled at three different campuses in California and Washington State of the ITT Technical Institute, a reputable, private college-level technical institution. Whilst his transcripts showed failed courses at the Anaheim campus during 1999 and 2000, the record also indicated a more diligent and successful subsequent effort. The evidence includes a 'Certificate of Achievement for Attaining Academic Honors' and a grade point average of 3.63 for the winter 2000 quarter issued by ITT Technical Institute in Torrance, California; and a certificate issued by the ITT Technical Institute in Seattle, Washington, which named Tony (Wei-Hao) Lee as "Honor Student" for the spring of 2002 quarter. I noted also that his most recent grades at the Seattle campus of ITT had improved significantly and that his transcripts showed he had attained a GPA in 2002 of 3.50. Now shown to me and marked as Exhibit "H" to this my Affidavit are true copies of the transcripts and certificates referred to above.

18. Accordingly, I could not conclude that Wei-Hao's studies were without aim or that he was not actively pursuing them.

19. In addition, there was never any doubt in my mind regarding Wei-Hao's actual dependency on his parents. He was, after all, a foreign student in the United States with no visible source of independent income or legal authority to work. The only issue around which there was any significant doubt was whether he had complied with the requirement of full-time study since he turned 22 years of age. The evidence submitted by the Applicant and the information gleaned during

[35] L'agent a fait sous serment les déclarations suivantes dans l'affidavit qui a été versé en preuve:

[TRADUCTION]

16. En ce qui concerne la poursuite active de ses études, j'ai noté que Wei-Hao avait poursuivi constamment et même obstinément des études en génie électrique et informatique. Même si les notes obtenues au cours de ses années d'études dénotaient l'inconstance de ses efforts, la preuve a indiqué que, dans l'ensemble, il poursuivait un objectif de carrière valable, plus précisément l'obtention d'un grade d'associé en sciences pour les systèmes de réseaux informatiques. Une lettre à cet effet du ITT Technical Institute à Seattle, État de Washington, en date du 23 octobre 2002, indique également que la présence aux cours de Wei-Hao était «supérieure à la moyenne» et qu'il devait obtenir son diplôme en mars 2004. M'est présentée et identifiée comme étant la pièce «G» du présent affidavit une copie certifiée conforme de la lettre du ITT Technical Institute de Seattle, en date du 23 octobre 2002.

17. Pendant la majeure partie de 1999 à 2003, Wei-Hao s'est inscrit à trois campus différents en Californie et dans l'État de Washington du ITT Technical Institute, un institut de technologie privé réputé, de niveau collégial. Même si ses relevés de notes indiquent qu'il a échoué des cours au campus d'Anaheim en 1999 et en 2000, il ressort aussi de son dossier qu'il a par la suite fait plus d'efforts qui ont été couronnés de succès. La preuve comporte un certificat de réussite pour une moyenne pondérée cumulative de 3,63 pour le trimestre d'hiver 2000, délivré par le ITT Technical Institute de Torrance, en Californie, ainsi qu'un certificat délivré par le ITT Technical Institute de Seattle, État de Washington, qui précisait que Tony (Wei-Hao) Lee avait été inscrit au «tableau d'honneur» pour le trimestre du printemps 2002. J'ai aussi constaté que ses notes les plus récentes au campus du ITT à Seattle s'étaient considérablement améliorées et que ses relevés de notes indiquaient qu'il avait obtenu une MPC de 3,50 en 2002. Me sont présentées et identifiées comme étant la pièce «H» du présent affidavit des copies certifiées conformes des relevés de notes et des certificats mentionnés ci-dessus.

18. Par conséquent, je ne pouvais pas conclure que les études de Wei-Hao n'avaient aucun but ou que celui-ci ne poursuivait pas celles-ci activement.

19. De plus, je n'ai jamais douté que Wei-Hao était effectivement à la charge de ses parents. Il était après tout un étudiant étranger aux États-Unis et n'avait aucune source apparente de revenu indépendant ni aucune autorisation de travailler. La seule question au sujet de laquelle il existait des doutes était celle de savoir s'il étudiait à temps plein depuis qu'il avait 22 ans. La preuve produite par le demandeur et les renseignements obtenus au cours des deux entrevues

the two personal interviews, both of which Wei-Hao attended, allayed those doubts.

...

22. I had determined that Wei-Hao Tony Lee met the definition of a dependent child set out in section 2 of the IRPR. I based this determination on the fact that the Applicant has included him as an accompanying family member in his application and paid the requisite processing fee in his behalf; that Wei-Hao had submitted to a medical examination and had furnished other documents, including criminal record checks, in an attempt to establish his admissibility to Canada. Further, when concerns were raised regarding Wei-Hao's eligibility to qualify as a dependent son, the Applicant had submitted documentary evidence and presented him in person on two occasions in a successful effort to allay those doubts.

[36] On cross-examination the officer testified that:

23. Q So you don't go by any rule of thumb as to when it becomes an issue with you as to how long a person could be studying in the U.S. and still be considered as a dependent?

A Well, each applicant is different, Mr. Wong. And we are dealing with people here, of course, and not boxes of bricks or oranges or apples. People are different. People take—you know, they have strengths and weaknesses, particularly at that age when he was—when he was studying. Um, I don't have a rigid rule of thumb. I mean, obviously, at some point if somebody was stringing out their education and there didn't seem to be an application of effort at all, um, then, yes, I would certainly start to question whether or not this was serious or not. But I don't have a rigid rule of thumb.

And in Mr. Lee's case I looked at the total picture of his efforts, taking into account that he was a foreign student, taking into account that I believe he had language difficulties early on. Um, and in his case I did not think, I did not feel that it was particularly unreasonable that it had taken him a long time before he found his feet.

...

personnelles auxquelles Wei-Hao était présent ont dissipé ces doutes.

[. . .]

22. J'ai conclu que Wei-Hao Tony Lee remplissait les conditions de la définition d'enfant à charge à l'article 2 du RIPR. Je me suis fondé pour tirer cette conclusion sur le fait que le demandeur l'avait inscrit dans sa demande à titre de membre de sa famille qui l'accompagne et avait payé les droits exigibles en son nom, et que Wei-Hao s'était présenté à un examen médical et avait produit d'autres documents, dont les vérifications du casier judiciaire, afin d'établir qu'il pouvait être admis au Canada. De plus, lorsque des doutes ont été soulevés quant à savoir si Wei-Hao pouvait être inscrit comme fils à charge, le demandeur a produit des preuves documentaires et a présenté son fils en personne à deux reprises dans un effort fructueux pour dissiper ces doutes.

[36] Lors du contre-interrogatoire, l'agent a dit ce qui suit:

[TRADUCTION]

23. Q Ainsi, vous n'appliquez pas une règle empirique quand il s'agit de déterminer combien de temps une personne pourrait étudier aux É.-U. et être encore considérée comme une personne à charge?

R Chaque demandeur est différent, Monsieur Wong. Et nous traitons ici de personnes, non pas de caisses de briques, d'oranges ou de pommes. Les personnes sont différentes. Les personnes—vous savez, elles ont des forces et des faiblesses, particulièrement à cet âge lorsqu'il était—lorsqu'il poursuivait des études. Hum, je n'applique pas de règle empirique stricte. Je veux dire qu'évidemment si, à un moment donné, une personne prolongeait ses études et ne semblait pas faire d'efforts du tout, alors, oui, je commencerais sûrement à m'interroger sur le sérieux des études. Mais je n'applique pas de règle empirique rigide.

Et dans le cas de M. Lee, j'ai examiné tous les efforts qu'il avait faits, tenant compte du fait qu'il était un étudiant étranger, tenant aussi compte du fait que je crois qu'au tout début il a eu des difficultés linguistiques. Hum, et dans son cas, je n'ai pas pensé, je n'ai pas estimé qu'il était particulièrement déraisonnable qu'il lui ait fallu beaucoup de temps avant de s'adapter.

[. . .]

26. Q That was just your assumption, though, wasn't it?
- A Well, I am allowed to draw conclusions from the evidence. I mean, I use my best judgment. I look at the evidence. And I think the evidence here was actually fairly clear about the progression that Mr. Lee had made from his initial post-secondary education when clearly he had problems where he went from university down to a community college, um, failed, withdrew from courses. That record of failure continued into his initial studies at ITT in Anaheim. Um, I note from the record, and this was, of course, one of the things that I took into account was that on two occasions he went to . . . back to study English. On the second occasion when he studied English in the year 2000, he then enrolled with ITT in Torrance again. For that second English study programme, which actually went concurrently with his studies at Torrance for a while, his grades improved dramatically. He started getting A's. He was an honour student. So I draw from that that his going back to language school to study English was actually a very smart decision on his part. Clearly I think it helped.
26. Q C'en'était toutefois qu'une hypothèse de votre part, n'est-ce pas?
- R Eh bien, je suis autorisé à tirer des conclusions à partir de la preuve. Je veux dire que je me sers de mon jugement. J'examine la preuve. Et je pense qu'en l'espèce, la preuve était en fait assez claire au sujet des progrès réalisés par M. Lee depuis le début de ses études postsecondaires alors qu'il avait manifestement eu des difficultés lorsqu'il est passé d'une université à un collège communautaire, hum, a échoué, a abandonné des cours. Ces échecs se sont poursuivis au début de ses études au ITT d'Anaheim. Hum, je signale que, d'après le dossier, et c'était évidemment l'une des choses dont j'ai tenu compte, il a pris des cours d'anglais à deux reprises. La deuxième fois, c'est-à-dire lorsqu'il a étudié l'anglais en 2000, il s'est encore inscrit au ITT de Torrance. Lorsqu'il a suivi ce deuxième cours d'anglais, pendant qu'il poursuivait en même temps ses études à Torrance, ses notes ont augmenté considérablement. Il a commencé à obtenir des A. Il est devenu un étudiant à rendement supérieur. J'en ai donc conclu que son retour à l'école de langue pour étudier l'anglais avait été une décision très judicieuse de sa part. Manifestement, je pense que cela l'a aidé.

...

[. . .]

30. Q The question is, do you agree that you have not considered the negative aspect of his studying experience?
- A No, I don't agree with that. I mean, obviously, I took into account the mixed record. I think my affidavit makes it rather clear that there were negative aspects to this in the sense that, um, you know, he had not been a very successful student early on. I mean, his academic record is hardly stellar in the first several years of his education. So in that sense, yes, I had to consider that aspect of it. But as a visa officer I have to look at the whole picture.
30. Q La question est la suivante, reconnaissez-vous ne pas avoir tenu compte des aspects négatifs de ses études?
- R Non, je ne le reconnais pas, c'est-à-dire qu'il est évident que j'ai tenu compte de son dossier inégal. Je pense que mon affidavit fait ressortir qu'il y avait des aspects négatifs en ce sens que, vous savez, il n'avait pas eu beaucoup de succès dans ses études au début. Je veux dire que son dossier scolaire n'est guère impressionnant pendant ses premières années d'études. En ce sens, oui, je devais en tenir compte. Mais, en ma qualité d'agent de visa, je devais tenir compte de l'ensemble du dossier.

By the time I interviewed him, um, his record had changed. Starting in 2000 the record was quite different from what it was early on. And by the time he had come to Seattle to continue his studies, um, his record was actually quite good. So, you know, he had another honour achievement in Seattle. His attendance was good. He was on the way to getting a programme.

Lorsque je l'ai reçu en entrevue, hum, son dossier avait changé. À partir de 2000, ses résultats étaient assez différents de ce qu'ils étaient au début. Et lorsqu'il est allé à Seattle pour poursuivre ses études, hum, ses résultats étaient en fait assez bons. Comme vous le savez, il avait obtenu un autre prix d'excellence à Seattle. Son assiduité était bonne. Il était sur le point de terminer un programme.

So I looked. Certainly I considered the negative aspects. But I believe that the— that overall the positive aspects of this outweighed the negative. And I have to say that I did not conclude at any time that his studies were without aim. And, of course, he himself did not indicate to me nor did I receive any such notification from the applicant in this case.

...

[...]

96. Q What evidence do you have that for those years that he was withdrawing from those courses that he was, indeed, studying with an aim? I'm talking about those years, not subsequent years. Those years when he failed all the courses, when he withdrew from all the courses, what evidence do you have that he was, in fact, studying with a purpose?

A I think the—I think the question becomes perhaps the other way around in that is this sufficient evidence for me to determine that he was studying without purpose.

97. Q Mr. Barnes—

A As a visa officer I have to consider whether my decision is defensible and whether it is not only the right decision in light of the acts and regulations but whether I would be comfortable defending it. And, frankly, I am not sorry that I made the decision that I did. And I'm comfortable defending the fact that having considered, yes, his withdrawal from courses and his success and failures and all the rest of it, the fact is he attended these colleges. The transcript shows that he attended them. He withdrew. He was unsuccessful. He had to go back to language school. Um, he went on to a different school. But I mean really the record shows that he made a dogged effort, as I have put in my affidavit, to continue his education.

And I might add that the programme that he was pursuing in the end was not some programme that was— that was a time waster. I mean, we are talking about a programme that he went into for electrical engineering and eventually computer network technology, credentials that will stand him in good stead if [he] gets to Canada.

But, yes, as I have indicated earlier on, he withdrew from courses, he dropped out, but the record shows that he kept at it and tried again and eventually got on the right track.

96. Q Quelles preuves vous permettent de croire que, pendant ces années où il a abandonné des cours, il étudiait effectivement dans un but précis? Je parle de ces années et non pas des années ultérieures. Ces années où il a échoué tous les cours, où il a abandonné tous les cours, de quelles preuves disposez-vous pour conclure qu'il étudiait effectivement dans un but précis?

R Je pense que—je pense que la question est plutôt l'inverse, c'est-à-dire ces preuves permettent-elles de conclure qu'il étudiait sans but particulier.

97. Q Monsieur Barnes —

R En tant qu'agent des visas, je dois examiner si ma décision se défend et non seulement s'il s'agit de la bonne décision compte tenu de la loi et des règlements, mais aussi si je serais à l'aise pour la défendre. Et, en toute franchise, je ne regrette pas d'avoir pris cette décision. Et je peux sans embarras affirmer qu'après avoir examiné ses abandons de cours ainsi que ses échecs et ses succès et tout le reste, le fait est qu'il a fréquenté ces collèges. Les relevés de notes montrent qu'il les a fréquentés. Il a abandonné des cours. Il a eu des échecs. Il a dû retourner à l'école de langue. Hum, il est allé à une école différente. Mais je veux dire que le dossier montre qu'il a fait des efforts constants, comme je l'ai indiqué dans mon affidavit, pour poursuivre ses études.

Et je pourrais ajouter que le programme auquel il était inscrit à la fin n'était pas un programme qui—où il perdait son temps. C'est-à-dire que nous parlons d'un programme auquel il s'est inscrit pour étudier le génie électrique et la technologie des réseaux informatiques, des diplômes qui lui seront utiles s'il vient au Canada.

Oui, comme je l'ai indiqué précédemment, il a abandonné des cours, mais le dossier indique qu'il n'a pas lâché prise, qu'il s'est repris et, finalement, qu'il a trouvé la bonne voie.

[37] The standard of reasonableness requires the reviewing Court to subject the decision to a “somewhat probing examination” in order to determine whether “the reasons given, when taken as a whole, support the decision”. The Court is not to engage “*de novo* in its own reasoning on the matter” but rather must assess if the decision is supported by the reasoning of the decision-maker. A decision will be unreasonable only “if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence before it to the conclusion at which it arrived”. If the reasons given stand up to a somewhat probing examination the decision will not be unreasonable, even if the Court does not find the explanation to be compelling. See: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraphs 46-56.

[38] The CAIPS notes reflect that the DIO directed his mind to the poor academic performance. While the CAIPS notes do not set out the basis on which the DIO concluded that the poor academic performance did not support the inference of lack of *bona fide* studies, the officer says that this was because he accepted the evidence provided at the second interview so that he knew there would be a positive decision and there was no need to put detailed notes about a positive decision. Detailed notes are made in respect of contentious decisions. The officer swore on cross-examination that taking into account the total picture, including that Mr. Lee was a foreign student and that the officer believed he had language difficulty early on, the DIO did not feel that it was particularly unreasonable that it had taken Wei-Hao “a long time before he found his feet”. The officer’s view of Wei-Hao’s language ability was that even when he interviewed him in 2002, Wei-Hao’s English was not fluent. Extrapolating back to the 90’s “language could well have been an impediment to his ability to do well at school”. Confirmatory evidence of this lack of fluency is found in the language used in Wei-Hao’s letter of February 20, 2003 to the DIO.

[39] In my opinion the officer’s analysis was grounded in the record before him and could reasonably have led the DIO to conclude that Wei-Hao was actively pursuing a course of academic training on a full-time basis so as

[37] En vertu de la norme de la décision raisonnable, la cour de révision doit soumettre la décision à un «examen assez poussé» afin de déterminer si «les motifs donnés, pris dans leur ensemble, étayaient la décision». La cour de révision ne doit pas «refaire sa propre analyse» mais elle doit plutôt évaluer si la décision est étayée par le raisonnement de l’instance décisionnelle. La décision n’est déraisonnable que «si aucun mode d’analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l’a fait». Si les motifs donnés résistent à un examen assez poussé, la décision n’est pas déraisonnable, même si l’explication n’est pas convaincante aux yeux de la cour de révision. Voir *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, aux paragraphes 46 à 56.

[38] Les notes du STIDI montrent que l’AID s’est attardé aux piètres résultats scolaires. Même si les notes ne précisent pas pourquoi l’AID a estimé que ces piètres résultats ne permettaient pas de conclure à l’absence d’études véritables, l’agent affirme que c’est parce qu’il avait admis les éléments de preuve fournis lors de la deuxième entrevue de sorte qu’il savait que la décision serait favorable et qu’il n’était pas nécessaire de fournir des notes détaillées au sujet d’une décision favorable. Des notes détaillées sont fournies lorsque les décisions sont litigieuses. L’agent a déclaré sous serment lors du contre-interrogatoire qu’ayant tenu compte de l’ensemble du dossier, notamment du fait que M. Lee était un étudiant étranger et qu’il croyait qu’il avait eu des problèmes linguistiques au début, l’AID n’a pas considéré qu’il était particulièrement déraisonnable qu’il ait fallu à Wei-Hao [TRADUCTION] «beaucoup de temps avant de s’adapter». L’agent a estimé, en ce qui a trait aux connaissances linguistiques de Wei-Hao, que celui-ci ne parlait pas couramment l’anglais même lorsqu’il l’a reçu en entrevue en 2002. Si l’on remonte aux années 1990, [TRADUCTION] «la langue pourrait fort bien avoir constitué un obstacle à sa réussite scolaire». Le texte de la lettre qu’a fait parvenir Wei-Hao le 20 février 2003 à l’AID vient confirmer sa méconnaissance de la langue.

[39] À mon avis, l’analyse de l’agent reposait sur le dossier dont il avait été saisi et aurait raisonnablement pu amener l’AID à conclure que Wei-Hao suivait activement à temps plein des cours de formation

to fall within the definition of “dependent child”. The decision was not, therefore, unreasonable.

[40] Accordingly, I conclude that the DIO did not commit a reviewable error when he determined that Wei-Hao was a “dependent child” of Mr. Lee.

Did the DIO fetter his discretion by stating that Wei-Hao could not withdraw his application?

[41] The DIO’s response to the advice that Wei-Hao was withdrawing his application as a “dependent child” is set out at paragraph 9 above. Mr. Lee states that by so responding, the officer fettered his discretion because of concern that Mr. Lee and his son may have engaged in a material misrepresentation. This concern is said to have led the officer to refuse to re-examine the qualitative aspect of the definition of “dependent child”.

[42] In my respectful view this argument is not well-founded.

[43] I observe at the outset that until Mr. Lee’s lawyer wrote to the DIO on May 6, 2003 advising that Wei-Hao was withdrawing his application as a dependant, there had been no suggestion made to the DIO that Wei-Hao did not fall within the regulatory definition. As late as February 20, 2003 when Wei-Hao wrote to the DIO providing requested information with respect to his criminal charges Wei-Hao expressed the hope that his application would be approved. In his redirect examination, the DIO gave the following evidence:

117. Q At any point during your interviews with the principal applicant did the principal applicant indicate that his son Tony Lee was not a dependent?

A No, he did not.

118. Q And at any point did Tony Lee himself ever indicate to you that he was attending school to avoid military service in Taiwan?

A No. I have no recollection of that [at] all.

générale, de sorte qu’il était visé par la définition d’«enfant à charge». La décision n’était donc pas déraisonnable.

[40] Par conséquent, je conclus que l’AID n’a pas commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu’il a déterminé que Wei-Hao était l’«enfant à charge» de M. Lee.

L’AID a-t-il entravé son pouvoir discrétionnaire en déclarant que Wei-Hao ne pouvait pas retirer sa demande?

[41] La réponse de l’AID à l’avis que Wei-Hao retirait sa demande à titre d’«enfant à charge» figure au paragraphe 9 ci-dessus. M. Lee prétend que, par cette réponse, l’agent a entravé son pouvoir discrétionnaire parce qu’il craignait que M. Lee et son fils aient fait de fausses déclarations sur un fait important. Cette crainte aurait amené l’agent à refuser de revoir l’aspect qualitatif de la définition d’«enfant à charge».

[42] À mon humble avis, cet argument n’est pas fondé.

[43] Je souligne d’entrée de jeu qu’on n’a jamais laissé entendre à l’AID que Wei-Hao n’était pas visé par la définition contenue au Règlement avant que l’avocat de M. Lee lui écrive le 6 mai 2003 pour l’informer que Wei-Hao retirait sa demande à titre de personne à charge. Jusqu’au 20 février 2003, date à laquelle il a écrit à l’AID pour lui fournir les renseignements demandés au sujet des accusations criminelles portées contre lui, Wei-Hao a exprimé l’espoir que sa demande serait accueillie. Lors de son réinterrogatoire, l’AID a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION]

117. Q Le demandeur principal a-t-il indiqué, à un moment ou à un autre pendant les entrevues, que son fils Tony Lee n’était pas une personne à charge?

R Non, il ne l’a pas fait.

118. Q Et Tony Lee lui-même vous a-t-il déjà indiqué qu’il poursuivait des études pour se soustraire au service militaire à Taïwan?

R Non. Je ne me souviens pas de telles remarques.

[44] In my view, the proper issue before the DIO was not whether to allow Wei-Hao to withdraw his application, but whether Wei-Hao was a dependent child. This is because paragraph 70(1)(e) of the Regulations provides that inadmissibility of a family member renders a foreign national inadmissible, whether or not the foreign national is accompanied by the inadmissible family member. Paragraph 70(1)(e) states that:

70. (1) An officer shall issue a permanent resident visa to a foreign national if, following an examination, it is established that

...

(e) the foreign national and their family members, whether accompanying or not, are not inadmissible.

“Family member” is defined in paragraph 1(3)(b) of the Regulations to include a “dependent child”.

[45] For the DIO to have concluded that Wei-Hao was not a “dependent child” the officer would have been obliged to accept the submission of Mr. Lee’s counsel that, in fact, Wei-Hao had not been actively pursuing a course of academic training. In an affidavit filed in this proceeding, Wei-Hao expands upon this by saying that the purpose of his travel to the United States when he was 19 years old “was to study and at the same time to delay or avoid military service in Taiwan”.

[46] Paragraph 40(1)(a) of the Act makes a foreign national inadmissible for misrepresentation “for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act”. It seems to me that if Wei-Hao was not a “dependent child” because he was not a genuine student, he and his father, at the least, withheld the material fact that he had not been actively pursuing a course of academic training by withholding advice that Wei-Hao’s enrollment in a post-secondary institution was not genuine. Such misrepresentation would, by itself, render Mr. Lee and his son inadmissible.

[44] À mon avis, la question que devait trancher l’AID n’était pas celle de savoir s’il devait permettre à Wei-Hao de retirer sa demande, mais plutôt si Wei-Hao était un enfant à charge. Il en est ainsi parce qu’alinéa 70(1)e) du Règlement prévoit que l’interdiction de territoire d’un membre de la famille emporte l’interdiction de territoire d’un étranger, que ce membre de la famille accompagne ou non l’étranger. L’alinéa 70(1)e) prévoit ce qui suit:

70. (1) L’agent délivre un visa de résident permanent à l’étranger si, à l’issue d’un contrôle, les éléments suivants sont établis:

[...]

e) ni lui ni les membres de sa famille, qu’ils l’accompagnent ou non, ne sont interdits de territoire.

Suivant l’alinéa 1(3)b) du Règlement, l’expression «membre de la famille» comprend notamment un «enfant à charge».

[45] Pour pouvoir conclure que Wei-Hao n’était pas un «enfant à charge», l’agent aurait été obligé d’accepter l’argument de l’avocat de M. Lee selon lequel Wei-Hao ne suivait pas activement des cours de formation générale. Dans un affidavit produit en l’espèce, Wei-Hao fournit des précisions sur ce point en affirmant que l’objectif de son voyage aux États-Unis lorsqu’il avait 19 ans [TRADUCTION] «était d’étudier et, en même temps, de retarder ou d’éviter le service militaire à Taïwan».

[46] L’alinéa 40(1)a) de la Loi prévoit qu’emporte l’interdiction de territoire d’un étranger pour fausses déclarations le fait de «directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d’entraîner une erreur dans l’application de la présente loi». Il me semble que si Wei-Hao n’était pas un «enfant à charge» parce qu’il n’était pas un véritable étudiant, lui-même et son père, à tout le moins, ont fait une réticence sur le fait important qu’il ne suivait pas activement à temps plein des cours de formation générale en n’indiquant pas que l’inscription de Wei-Hao dans un établissement postsecondaire n’était pas réelle. Une fausse déclaration de ce genre emporterait en elle-même l’interdiction de territoire de M. Lee et de son fils.



[47] In neither circumstance could the DIO issue the requested visa. Either Wei-Hao was an inadmissible family member or he and his father had withheld material facts about his lack of *bona fide* study for the purpose of having the DIO wrongly conclude that Wei-Hao was a “dependent child”.

[48] It follows, in my view that the DIO committed no reviewable error in refusing to issue a visa, notwithstanding Mr. Lee’s lawyer’s advice that Wei-Hao is not a dependant. The application for judicial review should therefore be dismissed.

[49] Counsel requested the opportunity to make submissions with respect to the certification of a question with the benefit of these reasons. Therefore, Mr. Lee will have seven days from receipt of these reasons to serve and file correspondence with respect to certification of a question and the Minister will have seven days from receipt of such correspondence to serve and file responding correspondence. Mr. Lee may then serve and file reply submissions within four days of receipt of correspondence from the Minister.

[50] Following consideration of that correspondence, an order will issue dismissing the application for judicial review and dealing with the issue of certification.

[47] Dans un cas comme dans l’autre, l’AID ne pouvait pas délivrer le visa demandé. Soit Wei-Hao était un membre de la famille inadmissible soit lui-même et son père avaient fait une réticence sur un fait important au sujet de ses études dans le but d’obtenir que l’AID conclue à tort que Wei-Hao était un «enfant à charge».

[48] Il en résulte, selon moi, que l’AID n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle en refusant de délivrer un visa, même si l’avocat de M. Lee l’a avisé que Wei-Hao n’est pas une personne à charge. La demande de contrôle judiciaire devrait donc être rejetée.

[49] Les avocats ont demandé qu’on leur donne la possibilité de faire, à la lumière des présents motifs, des observations au sujet de la certification d’une question. Par conséquent, M. Lee a sept jours à compter de la date de réception des présents motifs pour signifier et déposer ses conclusions en vue de faire certifier une question, et le ministre a sept jours à compter de la réception de ces conclusions pour signifier et déposer ses réponses auxdites conclusions. M. Lee pourra ensuite signifier et déposer ses réponses aux conclusions du ministre dans les quatre jours suivant la réception de ces conclusions.

[50] Après examen de ces conclusions, une ordonnance sera rendue pour rejeter la demande de contrôle judiciaire et régler la question de la certification.

IMM-1439-03  
2004 FC 1125

IMM-1439-03  
2004 CF 1125

**Juma Khamis Suleiman and Zakia Salum Abdula**  
(Applicants)

**Juma Khamis Suleiman et Zakia Salum Abdula**  
(demandeurs)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Martineau J.—Toronto, July 27; Ottawa,  
August 12, 2004.

Cour fédérale, juge Martineau—Toronto, 27 juillet;  
Ottawa, 12 août 2004.

*Citizenship and Immigration—Status in Canada — Convention Refugees — Judicial Review of decision of Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board that applicants not Convention refugees, and that “compelling reasons” exception found in Immigration and Refugee Protection Act, s. 108(4), not applicable — Suleiman (principal applicant), member of opposition party Civic United Front (CUF), suffering maltreatment at hands of Tanzanian authorities — Once in Canada, applicants learning that Suleiman’s brother detained, cousin killed by government agents — RPD found Suleiman credible, but dismissed refugee claim in light of changed country conditions — Also found treatment afforded Suleiman deplorable, but not “atrocious”, “appalling”, standard set by F.C.A. in Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj for “compelling reasons” exception not met — Whether RPD finding exception not applicable reviewable error — Act, s. 108(4) referring to “compelling reasons arising out of previous persecution, treatment or punishment”, not requiring such acts or situation be “atrocious”, “appalling” — Issue whether, considering totality of situation, wrong to reject claim or make declaration refugee protection ceased in wake of change of circumstances — Each case to be assessed on own merits based on totality of evidence — Question to ask: Should claimant be made to face background set of life left behind? — Claimant’s state of mind creates precedent, but other factors can also come into the balance (country, conditions, population attitude, age of claimant, cultural background, previous social experiences) — RPD erred in inferring Obstoj requiring persecution qualify as “atrocious”, “appalling” — This error vitiating Convention refugee determination — RPD failed to consider whether repatriation would cause Suleiman undue emotional suffering so as to constitute “compelling reasons” — RPD failed to thoroughly examine evidence (death of cousin, Suleiman’s maltreatment and delicate mental state) to make proper assessment, and failed to state why “deplorable” acts committed not “compelling reasons” — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention et que l’exception des «raisons impérieuses» prévue à l’art. 108(4) de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés n’était pas applicable — M. Suleiman (le demandeur principal), membre du parti d’opposition le Front civique uni (CUF), a subi de mauvais traitements par les autorités tanzaniennes — Après leur arrivée au Canada, les demandeurs ont appris que le frère de M. Suleiman avait été détenu et que son cousin avait été tué par des agents du gouvernement — La SPR a conclu que M. Suleiman était digne de foi, mais elle a rejeté la demande de statut de réfugié compte tenu des changements dans les conditions du pays — Elle a en outre conclu que le traitement infligé à M. Suleiman était déplorable, mais non «atroce» et «épouvantable» selon la norme établie par la C.A.F. dans l’arrêt Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Obstoj parce qu’il n’avait pas satisfait à l’exception des «raisons impérieuses» — Il s’agit de savoir si la conclusion de la SPR selon laquelle l’exception n’est pas applicable constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire — L’art. 108(4) de la Loi renvoie à «des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à des traitements ou peines antérieurs» et il ne requiert pas qu’un tel acte ou une telle situation soit «atroce» et «épouvantable» — Il s’agit de savoir si en prenant en compte l’ensemble de la situation il est erroné de rejeter une demande ou de faire une déclaration selon laquelle les raisons pour demander l’asile n’existent plus par suite du changement de circonstances — Chaque cas doit être évalué selon son bien-fondé compte tenu de l’ensemble de la preuve — La question à poser est la suivante: Le demandeur devrait-il être exposé à la toile de fond qu’il a quittée? — L’état d’esprit du demandeur crée le précédent, mais d’autres facteurs peuvent jouer un rôle (le pays, les conditions, l’attitude de la population, l’âge du demandeur, les antécédents culturels, les*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board. The RPD found that the applicants were not Convention refugees. It also found that the “compelling reasons” exception, found in subsection 108(4) of the Act, was not applicable. This exception provides that despite the fact that the reasons for which a person sought refugee protection ceased to exist, refugee protection should nevertheless be conferred where “compelling reasons” arise out of previous persecution, torture, treatment or punishment which justify a person’s refusal to avail himself or herself of the protection of the country which he or she left.

The applicants, citizens of Tanzania, alleged a well-founded fear of persecution at the hands of Tanzanian authorities. The principal applicant, Mr. Suleiman, was a member of the opposition party Civic United Front (CUF) in Tanzania, and as a result of such membership, was denied access to schooling and the right to vote in elections, and was subjected to maltreatment, including the disruption of his business and the confiscation of his goods, his arrest, detention, and beating. This maltreatment ultimately led the applicants to flee Tanzania, and once in Canada, they found out that Mr. Suleiman’s brother had been detained and that his cousin had been killed by government agents.

The RPD found Mr. Suleiman credible and accepted that he suffered past persecution. Nevertheless, the RPD determined that in light of the changed country conditions, the applicants’ fear of persecution was not objectively well-founded and dismissed their claim for refugee status. The RPD also considered the applicability of the “compelling reasons” exception, and found that although the treatment afforded Mr. Suleiman was deplorable, it was not “atrocious” and “appalling” and as such, the standard set by the F.C.A. in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj* for the application of compelling reasons exception was not met. The issue before the Court was whether the RPD made a

*expériences sociales antérieures) — La SPR a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’arrêt Obstoj requiert que la persécution soit qualifiée d’«atroce» et d’«épouvantable»—Cette erreur vicia la décision rendue à l’égard du statut de réfugié au sens de la Convention — La SPR a omis d’examiner la question de savoir si le rapatriement causerait à M. Suleiman des souffrances psychologiques excessives au point de constituer des «raisons impérieuses» — La SPR a omis de faire un examen approfondi de la preuve (la mort du cousin, les mauvais traitements subis par M. Suleiman et son fragile état mental) afin d’effectuer une évaluation appropriée et a omis d’énoncer les raisons pour lesquelles les actes «déplorables» commis n’étaient pas des «raisons impérieuses» — Demande accueillie.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. La SPR a conclu que les demandeurs n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Elle a en outre conclu que l’exception à l’égard des «raisons impérieuses», prévue au paragraphe 108(4) de la Loi, n’était pas applicable. Cette exception prévoit que même si les raisons qui ont fait demander l’asile à un demandeur n’existent plus, l’asile devrait néanmoins être accordé dans les cas où il existe des «raisons impérieuses» tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs qui justifient qu’une personne refuse de se réclamer de la protection du pays qu’elle a quitté.

Les demandeurs, citoyens de la Tanzanie, prétendaient être des personnes qui craignent avec raison d’être persécutées par les autorités tanzaniennes. Le demandeur principal, M. Suleiman, était membre du parti d’opposition, le Front civique uni (CUF) en Tanzanie et, en raison de l’appartenance à ce parti, on lui a refusé l’accès à l’école et le droit de vote aux élections et il a fait l’objet de mauvais traitements, dont des perturbations à son entreprise et la confiscation de sa marchandise, et il a été arrêté, détenu et battu. Ces mauvais traitements ont en fin de compte amené les demandeurs à s’enfuir de la Tanzanie et après leur arrivée au Canada ils ont appris que le frère de M. Suleiman avait été détenu et que son cousin avait été tué par des agents du gouvernement.

La SPR a conclu que M. Suleiman était digne de foi et elle a accepté qu’il avait subi de la persécution dans le passé. Néanmoins, la SPR a conclu, compte tenu des changements dans les conditions du pays, que la crainte de persécution des demandeurs n’était pas objectivement bien fondée et elle a rejeté leur demande de statut de réfugié. La SPR a en outre examiné la question de savoir si l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» s’appliquait et a conclu que bien que le traitement infligé à M. Suleiman soit déplorable, il n’était pas «atroce» et «épouvantable» et qu’à cet égard la norme établie par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Obstoj* pour l’application de

reviewable error in finding that the “compelling reasons” exception was not applicable.

*Held*, the application should be allowed.

Article 1C(5) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* provides for the exemption from cessation based on change of circumstances for pre-1951 refugees (statutory refugees) who are able to make a case for not returning home based on “compelling reasons arising out of previous persecution”. Subsection 108(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* extends the Article 1C(5) “compelling reasons” exception to both statutory refugees and modern day refugees, and refers to “compelling reasons arising out of previous persecution, torture, treatment or punishment”. It does not require that such acts or situation be “atrocious” and “appalling”. The issue is whether, considering the totality of the situation, it would be wrong to reject a claim or make a declaration that refugee protection has ceased in the wake of a change of circumstances. Each case must be assessed and decided on its own merit, based on the totality of the evidence submitted by the claimant. Some of the circumstances which may warrant the application of the “compelling reasons” exception include continuing psychological trauma arising from past persecution. The question to be asked is, should the claimant be made to face the background set of life which he or she left, even if the principal characters may no longer be present or no longer be playing the same roles? It is the state of mind of the claimant that creates the precedent, although the country, the conditions and the attitude of the population are factors that may come into the balance. Consideration should also be given to the claimant’s age, cultural background and previous social experiences. In the case at bar, the RPD erred in inferring that the test in *Obstoj* necessitates that the persecution reach a level to qualify it as “atrocious” and “appalling” for the “compelling reasons” exception to apply. This error vitiated the RPD’s determination that the applicants were not Convention refugees. The Board failed to determine whether repatriation in Tanzania would cause Mr. Suleiman undue emotional suffering, so as to constitute, considering all the circumstances of this case and the gravity of the past persecution, “compelling reasons” justifying the applicants’ refusal to avail themselves of the protection of their country. The death of a cousin and the brunt of Mr. Suleiman’s maltreatment could certainly in his mind, due to his delicate state (Mr. Suleiman suffered from symptoms of clinical depression and post-traumatic anxiety), bring undue hardship to bear. The RPD should have thoroughly examined this evidence in order to make a proper assessment with regard to subsection 108(4). In addition, having found that the treatment suffered by the

l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» n’était pas satisfaite. La question soumise à la Cour était celle de savoir si la SPR a commis une erreur susceptible de contrôle lorsqu’elle a conclu que l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» ne s’appliquait pas.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La section C5) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* prévoit l’exception à l’égard de la cessation fondée sur un changement de circonstances pour les réfugiés d’avant 1951 (les réfugiés statutaires) qui sont capables de démontrer, en se fondant sur «des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures», qu’ils ne peuvent pas retourner dans leur pays. Le paragraphe 108(4) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* étend l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» prévue par la section C5) de l’article premier tant aux réfugiés statutaires qu’aux réfugiés de notre époque et renvoie à «des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs». Il ne requiert pas qu’il soit tranché qu’un tel acte ou une telle situation soit «atroce» et «épouvantable». La question est celle de savoir si en prenant en compte l’ensemble de la situation, il serait erroné de rejeter une demande ou de faire une déclaration selon laquelle les raisons pour demander l’asile n’existent plus par suite du changement de circonstances. Chaque cas doit être évalué et tranché selon son bien-fondé compte tenu de l’ensemble de la preuve présentée par le demandeur. Certaines des circonstances qui peuvent justifier l’application de l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» incluent le traumatisme psychologique constant qui résulte de la persécution subie dans le passé. La question à poser est celle de savoir si le demandeur devrait être exposé à la toile de fond qu’il a quittée même si les acteurs principaux peuvent ne plus être présents ou ne plus jouer les mêmes rôles. C’est l’état d’esprit du demandeur qui crée le précédent, même si le pays, les conditions et l’attitude de la population sont des facteurs qui peuvent jouer un rôle. Il devrait également être tenu compte de l’âge du demandeur, de ses antécédents culturels et de ses expériences sociales antérieures. Dans la présente affaire, la SPR a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que le critère établi dans l’arrêt *Obstoj* requiert que la persécution soit d’un tel niveau qu’elle puisse être qualifiée d’«atroce» et d’«épouvantable» pour que l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» s’applique. Cette erreur vicie la décision rendue par la SPR selon laquelle les demandeurs n’étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. La Commission a omis de trancher la question de savoir si le rapatriement en Tanzanie causerait à M. Suleiman des souffrances psychologiques excessives au point de constituer, compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire et de la gravité de la persécution subie dans le passé, des «raisons impérieuses» qui justifieraient que les demandeurs refusent de se réclamer de la

applicants was “deplorable” which is defined as “exceedingly bad”, the Board should have stated why the acts committed could not be considered “compelling reasons”.

protection de leur pays. La mort d'un cousin et l'essentiel des mauvais traitements subis par M. Suleiman pouvaient certainement, dans son esprit, compte tenu de son état fragile (M. Suleiman souffrait du syndrome de dépression clinique et d'anxiété post-traumatique), constituer des difficultés excessives à supporter. La SPR aurait dû faire un examen approfondi de cette preuve afin d'effectuer une évaluation appropriée à l'égard du paragraphe 108(4). En outre, la Commission, après avoir conclu que le traitement subi par les demandeurs était «déplorable», qui est défini comme «extrêmement mauvais», aurait dû énoncer les raisons pour lesquelles les actes commis ne pouvaient pas être considérés comme des «raisons impérieuses».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 12.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (3) (as enacted *idem*).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(3), 96, 97, 108(4).
- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1A(1), 1C(5).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

- Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739; (1992), 93 D.L.R. (4th) 144; 142 N.R. 81 (C.A.); *Elemah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 779; [2001] F.C.J. No. 1123 (T.D.) (QL); *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 254 N.R. 388 (F.C.A.); *Arguello-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 70 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Velasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 210 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

- Kulla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1347 (T.D.) (QL); *Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL); *Rahnema v. Canada (Solicitor General)* (1993), 68 F.T.R. 298; 22 Imm. L.R. (2d) 127 (F.C.T.D.); *El-Naem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 15; 37 Imm. L.R. (2d) 304 (F.C.T.D.); *Jiminez v. Canada*

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 12.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1A(1), 1C(5).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), (3) (édicte, *idem*).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(3), 96, 97, 108(4).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739; (1992), 93 D.L.R. (4th) 144; 142 N.R. 81 (C.A.); *Elemah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001CFPI 779; [2001] A.C.F. n° 1123 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 254 N.R. 388 (C.A.F.); *Arguello-Garcia c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 70 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Velasquez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 210 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

- Kulla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1347 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ye c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 584 (C.A.) (QL); *Rahnema c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 68 F.T.R. 298; 22 Imm. L.R. (2d) 127 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *El-Naem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 15; 37 Imm. L.R. (2d) 304 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jiminez c. Canada*

(*Minister of Citizenship and Immigration*) (1999), 162 F.T.R. 177 (F.C.T.D.); *Biakona v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 220 (F.C.T.D.); *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 77 F.T.R. 309 (F.C.T.D.).

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (1999), 162 F.T.R. 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Biakona c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 220 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 77 F.T.R. 309 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*. Toronto: Oxford University Press Canada, 2001, "appalling", "atrocious", "atrocious", "deplorable", "deplorable".

*Concise Oxford Dictionary of Current English*. Oxford: Clarendon Press, 1990, "atrocious", "atrocious", "appalling".

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1988.

Waldman, Lorne. *International Law and Practice*, looseleaf, Vol. 1 Toronto: Butterworths, 1992.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board that the applicants were not Convention refugees or persons in need of protection, and that the standard for the application of the "compelling reasons" exception pursuant to subsection 108(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* was not met even though finding that the applicants had been subjected to "deplorable" treatment. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Mangesh S. Duggal* for applicants.  
*Robert Bafaro* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Mangesh S. Duggal*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*. Toronto: Oxford University Press Canada, 2001, «appalling», «atrocious», «atrocious», «deplorable», «deplorable».

*Concise Oxford Dictionary of Current English*. Oxford: Clarendon Press, 1990, «appalling», «atrocious», «atrocious».

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, janvier 1988.

Waldman, Lorne. *International Law and Practice*, feuilles mobiles, Vol. 1 Toronto: Butterworths, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que les demandeurs n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention ou des personnes à protéger et que la norme établie pour l'application de l'exception à l'égard des «raisons impérieuses», suivant le paragraphe 108(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, n'était pas satisfaite même si elle a conclu que les demandeurs avaient subi un traitement «déplorable». Demande accueillie.

## ONT COMPARU:

*Mangesh S. Duggal* pour les demandeurs.  
*Robert Bafaro* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Mangesh S. Duggal*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] MARTINEAU J.: The applicants seek judicial review of a decision of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (the Board) dated January 29, 2003, wherein the Board found that the applicants are not “Convention refugee[s]” [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] or “person[s] in need of protection” as defined in sections 96 and 97, respectively, of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act).

#### BACKGROUND

[2] Mr. Juma Khamis Suleiman and his wife Mrs. Zakia Salum Abdula are citizens of Tanzania who allege a well-founded fear of persecution at the hands of Tanzanian authorities by reason of their political opinion and their membership in a particular social group, namely their family.

[3] The following facts are not disputed.

[4] Mr. Suleiman has been a member of the opposition party Civic United Front (CUF) since February 6, 1996. As a result of his CUF involvement, he was denied access to schooling, denied the right to vote in the 1995 elections, and was subjected to ongoing disruption of his business by police, including the 1996 confiscation of his goods. In April of the same year, he was detained for three days without charges during which time he was beaten and told to cease supporting the CUF. On August 20, 2000, when he attempted to register for the October 2000 elections, he was falsely charged by police with disrupting the election registration process. He was arrested and detained for two weeks during which he was interrogated about his CUF activities and beaten with canes. He was released on September 4, 2000 on condition that he abandon his CUF activities.

[5] Mrs. Abdula, also a CUF supporter, was also refused voter registration and witnessed her husband’s

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

[1] LE JUGE MARTINEAU: Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire d’une décision en date du 29 janvier 2003 par laquelle la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) a conclu qu’ils ne sont pas des «réfugié[s] au sens de la Convention» [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] ou des «personne[s] à protéger» suivant les définitions contenues respectivement aux articles 96 et 97 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi).

#### LE CONTEXTE

[2] M. Juma Khamis Suleiman et son épouse M<sup>me</sup> Zakia Salum Abdula sont des citoyens de la Tanzanie qui prétendent être des personnes qui craignent avec raison d’être persécutées par les autorités tanzaniennes du fait de leurs opinions politiques et de leur appartenance à un groupe social en particulier, à savoir leur famille.

[3] Les faits ci-après mentionnés ne sont pas contestés.

[4] M. Suleiman est membre du parti d’opposition, le Front civique uni (CUF), depuis le 6 février 1996. En raison de sa participation au sein du CUF, on lui a refusé l’accès à l’école, le droit de vote aux élections de 1995 et son entreprise a subi des perturbations constantes de la part des policiers, dont la confiscation de sa marchandise en 1996. En avril de la même année, il a été détenu pendant trois jours sans que des accusations soient portées contre lui. Au cours de cette détention, on l’a battu et on lui a dit de cesser son appui au CUF. Le 20 août 2000, lorsqu’il a tenté de s’inscrire aux élections d’octobre 2000, les policiers l’ont faussement accusé de perturber le processus d’inscription aux élections. Il a été arrêté et détenu pendant deux semaines au cours desquelles il a été interrogé quant à ses activités au sein du CUF et battu avec des bâtons. Il a été relâché le 4 septembre 2000 à la condition qu’il cesse ses activités au sein du CUF.

[5] De plus, on a refusé à M<sup>me</sup> Abdula, qui appuyait également le CUF, l’inscription aux élections et elle a été

arrest. During his detention, she tried to visit him three times but was denied access. In addition, the police regularly visited the house to question her about her husband's CUF involvement.

[6] In mid-September 2000, after seeing three uniformed police officers at the front door of their home, the applicants fled through the back door to an uncle's residence where they remained in hiding. While in hiding, their friend, Mohamed Ali, with whom they had shared their residence, warned them that police had visited the house and questioned him about the applicants. He also informed them that a warrant was issued for the arrest of Mr. Suleiman. The applicants left Tanzania on September 21, 2000 and arrived in Canada on September 25, 2000 where they claimed refugee status. Following their arrival, they learned that Mr. Suleiman's brother, Salum, had been detained and beaten by police for being an alleged CUF mastermind. In addition, Mr. Suleiman testified at the hearing that police continue to show interest in him and that his cousin Mwalim had been killed in late January 2001 by government agents, for his political activities.

#### THE BOARD'S DECISION

[7] The Board found Mr. Suleiman credible and accepted that he suffered past persecution in Tanzania because of his opposition party activism and membership in the CUF. The Board also accepted that Mrs. Abdula had been harassed by police because of her political opinion and because she is the wife of a CUF member. The Board further found that Mr. Suleiman's brothers, Mohamed, Said and Salum and his cousin Mwalim also suffered persecution by police for their CUF activism. Nevertheless, the Board determined that, in light of the changed country conditions, the applicants' fear of persecution is not objectively well-founded and dismissed their claim for refugee status under the Convention.

[8] Before refusing Convention refugee status to the applicants, the Board considered the applicability of the

témoin de l'arrestation de son époux. Au cours de la détention de son époux, elle a tenté de lui rendre visite à trois reprises, mais on ne lui a pas permis de le voir. En outre, les policiers se sont régulièrement rendus chez elle afin de l'interroger à l'égard de la participation de son époux au sein du CUF.

[6] Au milieu de septembre 2000, après avoir vu trois policiers en uniforme à la porte avant de leur maison, les demandeurs se sont enfuis par la porte arrière et se sont rendus chez un oncle où ils se sont cachés. Alors qu'ils se cachaient, leur ami Mohamed Ali, qui avait vécu chez eux, les a informés que les policiers s'étaient rendus à la maison et l'avaient questionné à leur égard. Il les a en outre informés qu'un mandat avait été lancé pour l'arrestation de M. Suleiman. Les demandeurs ont quitté la Tanzanie le 21 septembre 2000 et, le 25 septembre 2000, ils sont entrés au Canada où ils ont revendiqué le statut de réfugié. Après leur arrivée, ils ont appris que le frère de M. Suleiman, Salum, avait été détenu et battu par les policiers parce qu'il était soi-disant l'un des cerveaux du CUF. En outre, M. Suleiman a témoigné lors de l'audience que les policiers continuaient à s'intéresser à lui et que son cousin Mwalim avait été tué à la fin de janvier 2001 par des agents du gouvernement en raison de ses activités politiques.

#### LA DÉCISION DE LA COMMISSION

[7] La Commission a conclu que M. Suleiman était digne de foi et elle a accepté qu'il avait subi dans le passé de la persécution en Tanzanie du fait de ses activités au sein du parti de l'opposition et de son appartenance au CUF. La Commission a en outre accepté que M<sup>me</sup> Abdula avait été harcelée par les policiers en raison de ses opinions politiques et parce qu'elle est l'épouse d'un membre du CUF. La Commission a de plus conclu que les frères de M. Suleiman, Mohamed, Said et Salum, et son cousin Mwalim avaient également été persécutés par les policiers en raison de leurs activités au sein du CUF. Néanmoins, la Commission a conclu, compte tenu des changements dans les conditions du pays, que la crainte de persécution des demandeurs n'est pas objectivement bien fondée et elle a rejeté leur demande de statut de réfugié au sens de la Convention.

[8] Avant de refuser aux demandeurs le statut de réfugié au sens de la Convention, la Commission a



“compelling reasons” exception found in subsection 108(4) of the Act. This provision, which closely resembles subsection 2(3) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act), provides that despite the fact that the reasons for which a person sought refugee protection ceased to exist, refugee protection should nevertheless be conferred where “compelling reasons” arise out of previous persecution, torture, treatment or punishment which justify a person’s refusal to avail himself or herself of the protection of the country which he or she left.

[9] In the case at bar, although the Board found “the treatment afforded the principal claimant and his family to have been deplorable”, and also accepted that Mr. Suleiman was detained (once for three days and once for 20 days) and maltreated by police who beat him repeatedly using canes, although “persecutory”, such mistreatment did not, in the Board’s view, reach a level to qualify it as “atrocious” and “appalling”. While the Board accepted that Mr. Suleiman suffers from symptoms of clinical depression and post-traumatic anxiety as a result of past persecution, the Board concluded that the standard set in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.) for the application of the “compelling reasons” exception was not met: “it does not bring the claimant over the standard set in *Obstoj* for the application of compelling reasons. I find that the claimant did not suffer appalling and atrocious treatment as set out in *Obstoj*”.

#### THE ISSUE

[10] At the hearing before this Court, counsel indicated that the applicants would no longer pursue the other grounds of review mentioned in their memoranda of arguments. Therefore, the sole remaining issue is whether the Board made a reviewable error in finding that the “compelling reasons” exception is not

examiné la question de savoir si l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» prévue par le paragraphe 108(4) de la Loi s’appliquait. Cette disposition, qui ressemble étroitement au paragraphe 2(3) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l’ancienne Loi), prévoit que même si les raisons qui ont fait demander l’asile à un demandeur n’existent plus, l’asile devrait néanmoins être accordé dans les cas où il existe des «raisons impérieuses» tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs qui justifient qu’une personne refuse de se réclamer de la protection du pays qu’elle a quitté.

[9] En l’espèce, la Commission estimait, bien qu’elle ait conclu que [TRADUCTION] «le traitement infligé au demandeur principal et aux membres de sa famille soit déplorable» et qu’elle ait en outre accepté que M. Suleiman avait été détenu (à une reprise pendant trois jours et à une reprise pendant 20 jours) et maltraité par les policiers qui l’ont battu de façon répétée en utilisant des bâtons, qu’un tel traitement, même s’il constituait de la [TRADUCTION] «persécution», n’atteignait pas un niveau pouvant être qualifié d’[TRADUCTION] «atroce» et d’[TRADUCTION] «épouvantable». La Commission, bien qu’elle ait accepté que M. Suleiman souffre du syndrome de dépression clinique et d’anxiété post-traumatique en raison de la persécution subie dans le passé, a conclu que la norme établie dans l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.), pour l’application de l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» n’était pas satisfaite; la Commission a déclaré: [TRADUCTION] «cela n’entraîne pas que le demandeur a satisfait à la norme établie dans l’arrêt *Obstoj* pour l’application des “raisons impérieuses”. J’estime que le demandeur n’a pas subi un traitement épouvantable et atroce comme établi dans l’arrêt *Obstoj*».

#### LA QUESTION EN LITIGE

[10] Lors de l’audience devant la Cour, l’avocat a mentionné que les demandeurs ne donneraient pas suite aux autres motifs de contrôle mentionnés dans leur mémoire des points d’argument. Par conséquent, la seule question qui reste en litige est celle de savoir si la Commission a commis une erreur susceptible de contrôle

applicable.

#### ANALYSIS

[11] At the outset, it must be underlined that the determination of “compelling reasons” raises mixed questions of fact and law. While there is no statutory definition of the expression “compelling reasons” used in the Act, judicial *dicta* have served to delineate the general scope and purpose of this exception. Equipped with these guidelines, it is then for the competent tribunal to exercise its judgment in light of the particular experience of each claimant.

[12] In *Obstoj*, reference by the Federal Court of Appeal is made to Article 1C(5) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (the Convention) which is clearly the inspiration for the “compelling reasons” exception found in subsection 2(3) of the former Act, and now in subsection 108(4) of the Act. Article 1C(5) provides for the exemption from cessation based on change of circumstances for pre-1951 refugees (the statutory refugees) who are able to make a case for not returning home based on “compelling reasons arising out of previous persecution”.

[13] Speaking of Article 1C(5), James C. Hathaway, in his monograph *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, at pages 203-204, notes: “[T]he intention of the drafters was twofold: first, to recognize the legitimacy of the psychological hardship that would be faced by the victims of persecution were they to be returned to the country responsible for their maltreatment; and second, to protect the victims of past atrocities from harm at the hands of private citizens, whose attitudes may not have reformed in tandem with the political structure”.<sup>1</sup> The express reference to Article 1A(1) indicates that the exception applies only to statutory refugees, as noted in the *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, Office of the United

lorsqu’elle a conclu que l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» n’est pas applicable.

#### ANALYSE

[11] D’abord, il faut souligner que la décision se rapportant aux «raisons impérieuses» soulève des questions mixtes de fait et de droit. Bien qu’il n’y ait pas une définition législative de l’expression «raisons impérieuses» utilisée dans la Loi, des remarques incidentes des tribunaux ont servi à délimiter la portée générale et l’objet de cette exception. Il appartient alors au tribunal compétent, pourvu de directives à cet égard, d’exercer son jugement en tenant compte des expériences particulières vécues par chaque demandeur.

[12] Dans l’arrêt *Obstoj*, la Cour d’appel fédérale renvoie à la section C5) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention), qui a manifestement inspiré l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» prévue par le paragraphe 2(3) de l’ancienne Loi et maintenant par le paragraphe 108(4) de la Loi. La section C5) de l’article premier prévoit l’exception à l’égard de la cessation fondée sur un changement de circonstances pour les réfugiés d’avant 1951 (les réfugiés statutaires) qui sont capables de démontrer, en se fondant sur «des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures», qu’ils ne peuvent pas retourner dans leur pays.

[13] En traitant de la section C5) de l’article premier, James C. Hathaway, dans sa monographie *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, mentionne ce qui suit aux pages 203 et 204: [TRADUCTION] «L’intention des rédacteurs comportait deux volets: premièrement, elle visait à reconnaître la légitimité des difficultés psychologiques auxquelles seraient exposées les victimes de persécution si elles devaient être renvoyées dans le pays responsable des mauvais traitements subis et, deuxièmement, elle visait à protéger les victimes d’atrocités subies dans le passé contre des préjudices qui seraient exercés par des citoyens dont l’attitude peut ne pas avoir été modifiée de la même façon que la structure politique l’a été»<sup>1</sup>. La mention précise de la section A1) de l’article premier montre que l’exception s’applique seulement aux réfugiés statutaires,

Nations High Commissioner for Refugees, Geneva, January 1988 (the Handbook). The exception, however, reflects a more general humanitarian principle, which could also be applied to refugees other than statutory refugees as indicated at paragraph 136:

It is frequently recognized that a person who—or whose family—has suffered under atrocious forms of persecution should not be expected to repatriate. Even though there may have been a change of régime in his country, this may not always produce a complete change in the attitude of the population, nor, in view of his past experiences, in the mind of refugee.

[14] Indeed, as was decided by the Federal Court of Appeal in *Obstoj*, the Canadian legislation extends the “compelling reasons” exception contained in Article 1C(5) of the Convention to both statutory refugees and modern day refugees. While Desjardins J.A. notes at page 751 that subsections 2(2) and (3) of the former Act “were added to the definition of a Convention refugee in order to bring the definition into conformity with the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees”, Hugessen J.A. (as he then was) states in this respect at page 748:

It is hardly surprising, therefore, that it should also be read as requiring Canadian authorities to give recognition of refugee status on humanitarian grounds to this special and limited category of persons, i.e. those who have suffered such appalling persecution that their experience alone is a compelling reason not to return them, even though they may no longer have any reason to fear further persecution.

[15] Although Hugessen J.A. adds [at page 748] that “[t]he exceptional circumstances envisaged by subsection 2(3) must surely apply to only a tiny minority of the present day claimants”, he immediately remarks that he “can think of no reason or principle . . . why the success or failure of claims by such persons should depend upon the purely fortuitous circumstance of

comme cela est mentionné dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, janvier 1988 (le Guide). Cependant, l’exception procède d’un principe humanitaire assez général qui peut également être appliqué à des réfugiés autres que les réfugiés statutaires, selon ce qui est mentionné au paragraphe 136:

Il est fréquemment admis que l’on ne saurait s’attendre qu’une personne qui a été victime—ou dont la famille a été victime—de formes atroces de persécution accepte le rapatriement. Même s’il y a eu un changement de régime dans le pays, cela n’a pas nécessairement entraîné un changement complet dans l’attitude de la population ni, compte tenu de son expérience passée, dans les dispositions d’esprit du réfugié.

[14] En effet, comme l’a décidé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Obstoj*, la législation canadienne étend l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» prévue par la section C5) de l’article premier de la Convention tant aux réfugiés statutaires qu’aux réfugiés de notre époque. Alors que la juge Desjardins mentionne à la page 751 que les paragraphes 2(2) et (3) de l’ancienne loi «ont été ajoutés à la définition de réfugié au sens de la Convention afin de “faire mieux coïncider celle-ci avec la Convention des Nations Unies relative aux réfugiés”», le juge Hugessen (alors juge à la Cour d’appel fédérale) déclare ce qui suit à cet égard à la page 748:

Il n’est donc guère surprenant que ce paragraphe doive être interprété comme exigeant des autorités canadiennes qu’elles accordent la reconnaissance du statut de réfugié pour des raisons d’ordre humanitaire à cette catégorie spéciale et limitée de personnes, c’est-à-dire ceux qui ont souffert d’une persécution tellement épouvantable que leur seule expérience constitue une raison impérieuse pour ne pas les renvoyer, lors même qu’ils n’auraient plus aucune raison de craindre une nouvelle persécution.

[15] Bien que le juge Hugessen ajoute [à la page 748] que «[l]es circonstances exceptionnelles envisagées par le paragraphe 2(3) doivent certes s’appliquer uniquement à une petite minorité de demandeurs actuels», il mentionne tout de suite après qu’il «ne [voit] aucune raison ou principe [. . .] pour laquelle le succès ou l’échec des demandes de ces personnes devrait dépendre

whether they obtained recognition as a refugee before or after conditions had changed in their country of origin". In reading the two sentences together, it is reasonable to infer that Hugessen J.A. is referring to the fact that since a great number of claims actually decided in Canada do not involve a change of circumstances in the country conditions, in practice, this leaves only a minority of claimants who will face the burden of establishing that "compelling reasons" warrant that they nevertheless be granted refugee status. Therefore, in my opinion, it would be wrong to interpret the *dicta* of Hugessen J.A. in *Obstoj*, in a literal manner and without consideration to the "general humanitarian principle" referred to above.

[16] It must not be forgotten that subsection 108(4) of the Act refers only to "compelling reasons arising out of previous persecution, torture, treatment or punishment". It does not require a determination that such acts or situation be "atrocious" and "appalling". Indeed, a variety of circumstances may trigger the application of the "compelling reasons" exception.<sup>2</sup> The issue is whether, considering the totality of the situation, i.e. humanitarian grounds, unusual or exceptional circumstances, it would be wrong to reject a claim or make a declaration that refugee protection has ceased in the wake of a change of circumstances. "Compelling reasons" are examined on a case-by-case basis. Each case is a "*cas d'espèce*". In practice, this means that each case must be assessed and decided on its own merit, based on the totality of the evidence submitted by the claimants. As was decided by the Federal Court of Appeal in *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 254 N.R. 388, at paragraph 6, in every case in which the Board concludes that a claimant has suffered past persecution, where there has been a change of country conditions to such an extent as to eliminate the source of the claimant's fear, the Board is obligated to consider whether the evidence presented establishes the existence of "compelling reasons".

seulement du fait purement fortuit de savoir si elles ont obtenu la reconnaissance du statut de réfugié avant ou après le changement de la situation dans leur pays d'origine». Lorsque les deux phrases sont lues ensemble, il est raisonnable de conclure que le juge Hugessen parle du fait qu'étant donné qu'un grand nombre de demandes qui sont actuellement tranchées au Canada ne comportent pas la question du changement dans la situation du pays, il n'y a en pratique qu'une minorité de demandeurs qui auront à prouver qu'il existe des «raisons impérieuses» qui justifient qu'on leur accorde néanmoins le statut de réfugié. Par conséquent, à mon avis, il serait erroné d'interpréter les commentaires incidents du juge Hugessen dans l'arrêt *Obstoj*, d'une manière littérale et sans prendre en compte le «principe humanitaire général» précédemment mentionné.

[16] Il ne faut pas oublier que le paragraphe 108(4) de la Loi renvoie seulement à «des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs». Il ne requiert pas qu'il soit tranché qu'un tel acte ou une telle situation est «atroce» et «épouvantable». En effet, diverses circonstances peuvent enclencher l'application de l'exception à l'égard des «raisons impérieuses»<sup>2</sup>. La question est celle de savoir si en prenant en compte l'ensemble de la situation, c'est-à-dire les motifs d'ordre humanitaire et les circonstances inhabituelles ou exceptionnelles, il serait erroné de rejeter une demande ou de faire une déclaration selon laquelle les raisons pour demander l'asile n'existent plus par suite du changement de circonstances. Les «raisons impérieuses» sont examinées au cas par cas. Chaque cas est un «cas d'espèce». En pratique, cela signifie que chaque cas doit être évalué et tranché selon son bien-fondé compte tenu de l'ensemble de la preuve présentée par les demandeurs. Comme il a été statué dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 254 N.R. 388, au paragraphe 6, dans tous les cas dans lesquels la Commission conclut qu'un demandeur a subi de la persécution dans le passé, elle est tenue, lorsqu'il y a eu un changement dans la situation du pays dans une mesure suffisante pour éliminer la source de la crainte du demandeur, d'examiner la question de savoir si la preuve présentée prouve qu'il existe des «raisons impérieuses».

[17] Accordingly, it would be hazardous to list all the circumstances which may warrant the application of the “compelling reasons” exception or to establish a rigid test (notably based on the level of atrocity). However, besides the general indications contained in the Handbook or flowing from *Obstoj* and the jurisprudence, James C. Hathaway’s comments at page 204 provide some guidance:

The exemption clause in the Convention is not . . . structured to provide general humanitarian relief based on factors such as family circumstances or infirmity, but focuses squarely on compelling circumstances which are linked to past persecution. Atle Grahl-Madsen suggested that the existence of a psychological distance between the refugee and her former home, the continued unpopularity in the country of origin of the views or personal characteristics of the refugee, or the severing of familial, social and other linkages between the refugee and her state of origin are the sorts of concerns which warrant exemption from return. In contrast, essentially economic motivations or considerations of personal convenience are not sufficient.

[18] The following comments found in Lorne Waldman’s *Immigration Law and Practice*, looseleaf, Vol. 1, at paragraph 8.94, are also helpful:

Where a refugee suffers continuing psychological trauma arising from past persecution, and associated in his or her mind with the home country, cessation would not be warranted if repatriation would cause the refugee emotional suffering. It is this consideration that leads Goodwin-Gill to argue that the clause should be liberally applied. Similarly, if supporters of the former persecuting regime pose a threat to the physical or emotional well-being of the refugee in the home country, cessation would not operate.

[19] The degree, to which a refugee claimant lives his anguish upon thought of being forced to return from where he came, is subject to the state of his psychological health (strength). The formulative question to ask in regard to “compelling reasons” is, should the claimant be made to face the background set of life which he or she left, even if the principal characters may no longer be present or no longer be playing the same roles? The answer lies not so much in established

[17] Par conséquent, il serait dangereux d’énumérer toutes les circonstances qui peuvent justifier l’application de l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» ou d’établir un critère strict (notamment fondé sur le degré d’atrocité). Cependant, en plus des directives générales qui sont contenues dans le Guide ou qui résultent de l’arrêt *Obstoj* et de la jurisprudence, les commentaires de James C. Hathaway, à la page 204, fournissent une certaine orientation:

[TRADUCTION] La clause d’exemption contenue dans la Convention n’est pas [...] structurée pour fournir une réparation humanitaire générale fondée sur des facteurs comme la situation familiale ou la déficience, mais se concentre carrément sur des circonstances impérieuses qui sont liées à la persécution subie dans le passé. Atle Grahl-Madsen a proposé que l’existence d’une distance psychologique entre la réfugiée et son ancienne patrie, l’impopularité soutenue des opinions ou des caractéristiques personnelles de la réfugiée dans le pays d’origine ou la coupure des liens familiaux, sociaux ou autres entre la réfugiée et son pays d’origine sont les sortes de préoccupations qui justifient l’exemption de retourner dans son pays. Au contraire, des motivations essentiellement économiques ou des considérations personnelles ne sont pas suffisantes.

[18] Les commentaires suivants extraits du livre *Immigration Law and Practice*, feuilles mobiles, vol. 1, de Lorne Waldman, au paragraphe 8.94, sont également utiles:

[TRADUCTION] Lorsqu’un réfugié souffre d’un traumatisme psychologique constant qui résulte de la persécution qu’il a subie dans le passé, et qui dans son esprit a un lien avec le pays d’origine, la cessation n’est pas assurée si le rapatriement peut entraîner pour le réfugié des souffrances psychologiques. C’est cette considération qui amène Goodwin-Gill à prétendre que la clause devrait être appliquée libéralement. De la même façon, si les partisans de l’ancien régime de persécution constituent une menace au bien-être physique ou psychologique du réfugié dans le pays d’origine, la cessation n’aura pas lieu.

[19] Le degré d’anxiété que vit un demandeur d’asile lorsqu’il pense qu’il sera forcé de retourner d’où il vient dépend de l’état de sa santé (force) mentale. La question à poser à l’égard des «raisons impérieuses» est la suivante: Le demandeur devrait-il être exposé à la toile de fond qu’il a quittée même si les acteurs principaux peuvent ne plus être présents ou ne plus jouer les mêmes rôles? La réponse ne réside pas tellement dans un fait concluant, déterminant et établi, mais plutôt plus dans

determinative conclusive fact but rather more to the extent of travail of the inner self or soul to which the claimant would be subjugated. The decision, as all decisions of a compelling nature, necessitates the view that it is the state of mind of the refugee claimant that creates the precedent—not necessarily the country, the conditions, nor the attitude of the population, even though those factors may come into the balance. Moreover, this judgment does not involve the imposition of Western concepts on a subtle phenomenon which roots in the individuality of human nature, an individuality which is unique and has grown in an all-together different social and cultural environment. Therefore, consideration should also be given to the claimant's age, cultural background and previous social experiences.<sup>3</sup> Being resilient to adverse conditions will depend on a number of factors which differ from one individual to another.

[20] That being said, this Court has already recognized that past acts of torture and extreme forms of mental abuse, alone, in view of their gravity and seriousness, can be considered “compelling reasons” for giving refugee status to a claimant and the members of his immediate family despite the fact that these acts have occurred many years before.<sup>4</sup> This should come as no surprise since the right not to be subject to torture and cruel, inhuman and degrading treatment is a fundamental right equally protected under domestic and international law which Canada is committed to guarantee and promote.<sup>5</sup> Moreover, while the case law does not impose “a further test of continuing psychological after-effect”,<sup>6</sup> the failure of the Tribunal to take account of relevant medical evidence in this regard constitutes a reviewable error.<sup>7</sup>

[21] Given what has happened to Mr. Suleiman and his family in Tanzania (not just the beatings with canes but also the disruption of business by police and the confiscation of his goods in 1996), the applicants' counsel further submits that if the latter does not come within the ambit of the compelling reasons exception, then no one can. While I recognize that the Board, with its experience and expertise, is best able to assess whether there are “compelling reasons”,<sup>8</sup> this Court

l'étendue de la douleur intérieure ou de la douleur de l'âme à laquelle un demandeur serait assujéti. La décision, comme toutes les décisions de nature impérieuse, doit s'appuyer sur l'opinion selon laquelle c'est l'état d'esprit du demandeur qui crée le précédent—pas nécessairement le pays, les conditions, ni l'attitude de la population, même si ces facteurs peuvent jouer un rôle. En outre, cette opinion ne comprend pas l'imposition de concepts occidentaux à un phénomène subtil qui trouve sa source dans l'individualité de la nature humaine, une individualité qui est unique et qui s'est développée dans un environnement social et culturel tout à fait différent. Par conséquent, il devrait également être tenu compte de l'âge du demandeur, de ses antécédents culturels et de ses expériences sociales antérieures<sup>3</sup>. La capacité de résister à des conditions défavorables dépendra d'un nombre de facteurs qui diffèrent d'un individu à un autre.

[20] Cela dit, la Cour a déjà reconnu que des actes de torture antérieurs et des formes extrêmes de violence psychologique, par eux-mêmes, compte tenu de leur gravité, peuvent être considérés comme des «raisons impérieuses» pour accorder le statut de réfugié à un demandeur et aux membres de sa famille immédiate en dépit du fait que ces actes soient survenus de nombreuses années auparavant<sup>4</sup>. Cela ne devrait pas être surprenant étant donné que le droit de ne pas être soumis à de la torture et à un traitement cruel, inhumain et dégradant est un droit fondamental, protégé de la même façon par le droit interne et le droit international, que le Canada s'engage à garantir et à promouvoir<sup>5</sup>. De plus, bien que la jurisprudence n'impose pas «un critère supplémentaire consistant en l'existence de séquelles permanentes<sup>6</sup>», l'omission du tribunal d'avoir pris en compte la preuve médicale pertinente à cet égard constitue une erreur susceptible de contrôle<sup>7</sup>.

[21] Compte tenu de ce qui est arrivé à M. Suleiman et à sa famille en Tanzanie (non seulement le fait d'avoir été battu avec des bâtons, mais également le fait que son entreprise ait subi des perturbations de la part des policiers et le fait que sa marchandise ait été confisquée en 1996), l'avocat des demandeurs prétend que si les demandeurs ne sont pas visés par l'exception à l'égard des «raisons impérieuses», alors personne ne peut l'être. Bien que je reconnaisse que la Commission, avec son

should not hesitate to interfere with the Board's conclusion where its unreasonableness is satisfactorily demonstrated. In the case at bar, it is apparent that the Board erred in inferring that the test in *Obstoj* necessitates that the persecution reach a level to qualify it as "atrocious" and "appalling" for the "compelling reasons" exception to apply. This error of law vitiates the subsequent determination made by the Board that the applicants are not Convention refugees.

[22] While the Board acknowledged that Mr. Suleiman suffers from symptoms of clinical depression and post-traumatic anxiety, in view of its finding that the high standard set in *Obstoj* was not met, the Board failed to determine whether repatriation in Tanzania would cause him undue emotional suffering, so as to constitute, considering all the circumstances of this case and the gravity of the past persecution, "compelling reasons" justifying the applicants' refusal to avail themselves of the protection of their country. While *Obstoj* and *Hassan* refer to "exceptional circumstances", as I have explained earlier, it is by no means an invitation to apply the "compelling reasons" exception in a systemic manner or without regard to the effects past persecution has had on an individual claimant and his family. In the case at bar, the Board found the applicants' evidence credible. That which, alone and objectively, may not be considered grave or serious enough to constitute "compelling reasons", may in fact, in the particular circumstances of the claimant and his family in the state they find themselves, be nevertheless viewed as grave or serious enough to project an image of anguish, unreasonable to conceive the possibility of return. While it is not necessary that I express a definite opinion, in, at least a *prima facie* fashion, the death of a cousin and the brunt of the maltreatment described above can certainly in the principal claimant's mind, due to his delicate state, bring undue hardship to bear. Therefore, the Board should have thoroughly examined this evidence in order to make a proper assessment with regard to subsection 108(4) of the Act.

expérience et son expertise, est le plus en mesure d'apprécier la question de savoir s'il existe des «raisons impérieuses»<sup>8</sup>, la Cour ne devrait pas hésiter à intervenir à l'égard de la conclusion de la Commission lorsque le caractère déraisonnable de la conclusion est démontré de façon satisfaisante. En l'espèce, il est évident que la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le critère établi dans l'arrêt *Obstoj* requiert que la persécution soit d'un tel niveau qu'elle puisse être qualifiée d'«atroce» et d'«épouvantable» pour que l'exception à l'égard des «raisons impérieuses» s'applique. Cette erreur de droit vicie la décision rendue par la suite par la Commission selon laquelle les demandeurs ne sont pas des réfugiés au sens de la Convention.

[22] Bien qu'elle ait reconnu que M. Suleiman souffre du syndrome de dépression clinique et d'anxiété post-traumatique, la Commission a omis, en raison de sa conclusion selon laquelle la norme élevée établie dans l'arrêt *Obstoj* n'a pas été satisfaite, de trancher la question de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances de la présente affaire et de la gravité de la persécution subie dans le passé, le rapatriement en Tanzanie lui causerait des souffrances psychologiques excessives au point de constituer des «raisons impérieuses» qui justifieraient que les demandeurs refusent de se réclamer de la protection de leur pays. Bien que l'arrêt *Obstoj* et la décision *Hassan* mentionnent des «circonstances exceptionnelles», comme j'ai expliqué précédemment, il ne s'agit aucunement d'une invitation à appliquer l'exception à l'égard des «raisons impérieuses» d'une manière systématique ou sans tenir compte des effets sur un demandeur et sa famille de la persécution subie dans le passé. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que la preuve présentée par les demandeurs était digne de foi. Cette preuve, qui par elle-même et de façon objective peut ne pas être jugée suffisamment grave pour constituer des «raisons impérieuses», peut en fait, selon la situation particulière du demandeur et de sa famille compte tenu de l'état dans lequel ils se trouvent, être néanmoins perçue comme suffisamment grave pour projeter une image d'anxiété qui ferait qu'il serait déraisonnable de concevoir la possibilité d'un retour au pays. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que j'exprime une opinion définitive, du moins à première vue, à l'égard de

[23] That being said, I note that in its decision, the Board qualified the treatment suffered by Mr. Suleiman and his family as “deplorable”. In *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press Canada, 2001, the words “deplorable” and “deplorable” have the following meanings:

**deplorable:** . . . 1 - exceedingly bad

**deplorable:** . . . 2 - be scandalized by; find exceedingly bad

[24] On the other hand, in the same dictionary, the words “appalling”, “atrocious” and “atrocious” are defined as follows:

**appalling:** . . . 1 - shocking, unpleasant; bad

**atrocious:** 1 - very bad or unpleasant . . . 2 - extremely savage or wicked

**atrocious:** 1 - an extremely wicked or cruel act, esp. one involving physical violence or injury. 2 - extreme wickedness. 3 - something that evokes outrage or disgust

[25] The Board has saved the reader shocking details of Mr. Suleiman and family’s sad story. Be that as it may, it seems to me that if the treatment suffered by Mr. Suleiman and his family, was “deplorable”, that is “exceedingly bad”, I fail to see then why it would not be “appalling” or “atrocious”. Here, the Board accepted that Mr. Suleiman was beaten by the police with canes which, in itself, is certainly a cruel treatment. Luckily, Mr. Suleiman was not killed by the police as was his cousin Mwalim in 2001. Surely, if the treatment suffered by Mr. Suleiman and his family was “deplorable”, the

la mort d’un cousin et de l’essentiel des mauvais traitements précédemment décrits, ces faits peuvent certainement, dans l’esprit du demandeur principal, constituer des difficultés excessives à supporter compte tenu de son état fragile. Par conséquent, la Commission aurait dû faire un examen approfondi de cette preuve afin d’effectuer une évaluation appropriée à l’égard du paragraphe 108(4) de la Loi.

[23] Cela dit, je remarque que dans sa décision la Commission a qualifié le traitement subi par M. Suleiman et sa famille de [TRADUCTION] «déplorable». Dans *The Canadian Oxford Dictionary*, Toronto: Oxford University Press Canada, 2001, les mots [TRADUCTION] «déplorable» et [TRADUCTION] «déplorable» ont les sens suivants:

[TRADUCTION]

**déplorable:** 1 - extrêmement mauvais

**déplorable:** [. . .] 2 - être scandalisé par; trouver extrêmement mauvais

[24] D’autre part, dans le même dictionnaire, les mots [TRADUCTION] «épouvantable», [TRADUCTION] «atroce» et [TRADUCTION] «atrocité» sont définis comme suit:

[TRADUCTION]

**épouvantable:** [. . .] choquant; désagréable; mauvais

**atroce:** 1 - très mauvais ou désagréable [. . .] 2 - extrêmement féroce ou méchant

**atrocité:** 1 - un acte extrêmement méchant ou cruel, en particulier un acte accompagné de violences ou de blessures physiques. 2 - méchanceté extrême. 3 - quelque chose qui évoque le scandale ou le dégoût

[25] La Commission a épargné le lecteur de détails choquants de la triste histoire de M. Suleiman et de sa famille. Quoiqu’il en soit, il me semble que si le traitement subi par M. Suleiman et sa famille était [TRADUCTION] «déplorable», c’est-à-dire extrêmement mauvais, je ne vois alors pas pourquoi ce traitement ne serait pas «épouvantable» ou «atroce». En l’espèce, la Commission a reconnu que M. Suleiman a été battu par les policiers avec des bâtons ce qui, en soi, est certainement un traitement cruel. Heureusement, M. Suleiman n’a pas été tué par les policiers comme son



Board should state, in the circumstances of the present case, why the acts committed cannot be considered “compelling reasons”. The mere fact that such maltreatment “was, lamentably, not unusual for persons running afoul of security forces in Tanzania at the time” does not excuse the gravity of the past persecution which in this case is still fairly recent and has apparently indelibly marked the mental state of Mr. Suleiman. Moreover, the generalized character of the past persecution in Tanzania should not serve as a bar to the application of the “compelling reasons” exception.

[26] For the above reasons, the application for judicial review shall be granted. The matter shall be referred back for redetermination by either the same member or another member of the Board (as is most convenient for the Board) on the basis of the existing record. The redetermination should be limited to whether or not the applicants fall within the ambit of the “compelling reasons” exception found in subsection 108(4) of the Act having particular regard to the indications contained in the present reasons for order. In view of the result of this case, it is not necessary to certify a question of general importance to the Federal Court of Appeal. The respondent has proposed no question for certification. The first question proposed by applicants’ counsel with respect to the nature of the burden of proof is not determinative, and the second question regarding the nature of the test under subsection 108(4) of the Act is answered by the case law.

---

<sup>1</sup> In this regard, another commentator also suggested that the exception “is mainly intended to cover the case of victims of racial persecution where, unlike political persecution, the population as well as the government often took an active part” (Pompe, C. A. “The Convention of 28 July 1951 and the international protection of refugees”, HCR/INF/42 (May 1958) 10, N.3; originally published in Dutch in *Rechtsgeleerd*

cousin Mwalim l’a été en 2001. De façon certaine, si le traitement subi par M. Suleiman et sa famille était [TRADUCTION] «déplorable», la Commission devrait énoncer, dans les circonstances de la présente affaire, les raisons pour lesquelles les actes commis ne peuvent pas être considérés comme des «raisons impérieuses». Le simple fait qu’un tel mauvais traitement [TRADUCTION] «était, de façon déplorable, usuel pour des personnes qui s’attiraient le mécontentement des forces de sécurité en Tanzanie à l’époque» ne justifie pas la gravité de la persécution subie dans le passé, persécution qui dans la présente affaire est encore assez récente et a apparemment marqué de façon indélébile l’état mental de M. Suleiman. En outre, le caractère généralisé de la persécution subie dans le passé en Tanzanie ne devrait pas servir d’obstacle à l’application de l’exception à l’égard des «raisons impérieuses».

[26] Pour les motifs précédemment mentionnés, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. L’affaire sera renvoyée à la Commission afin qu’un commissaire, soit le même soit un autre (selon ce qui convient le mieux à la Commission), statue à nouveau sur l’affaire sur le fondement du dossier actuel. Le nouvel examen devrait se limiter à la question de savoir si les demandeurs sont visés par l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» prévue par le paragraphe 108(4) de la Loi, en tenant particulièrement compte des directives contenues dans les présents motifs de l’ordonnance. Étant donné l’issue de la présente affaire, il n’est pas nécessaire de certifier une question grave de portée générale pour la Cour d’appel fédérale. Le défendeur n’a pas proposé de questions aux fins de la certification. La première question proposée par l’avocat des demandeurs à l’égard de la nature du fardeau de preuve n’est pas déterminante et la jurisprudence répond à la deuxième question touchant la nature du critère suivant le paragraphe 108(4) de la Loi.

---

<sup>1</sup> À cet égard, un autre commentateur a également proposé l’idée que l’exception [TRADUCTION] «vise principalement à couvrir le cas des victimes de persécution raciale lorsque, contrairement à la persécution politique, la population, de même que le gouvernement, y participe souvent», (Pompe, C. A. «The Convention of 28 July 1951 and the international protection of refugees», HCR/INF/42 (May 1958) 10, N.3;

*Magazyn Themis*, (1956), 425-01; as quoted by Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, 2nd ed., (Oxford: Clarendon Press, 1996, at p. 87).

<sup>2</sup> In this regard, as stated by Rouleau J. in *Elemah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 779; [2001] F.C.J. No. 1123 (T.D.) (QL), at para. 28; “The Court, in *Obstoj*, *supra*, did not establish a test which necessitates that the persecution reach a level to qualify it as “atrocious” and “appalling”. Rather, the Board must thoroughly consider all the documentary and oral evidence, including the nature of the incidents of torture and the medical reports provided by the parties in order to assess, as is stated in the legislation, if there are “compelling reasons” not to return him” [my emphasis]. MacKay J. in *Kulla v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] F.C.J. No. 1347 (T.D.) (QL), at para. 6, has framed in a similar manner the issue the Board must address where the “compelling reasons” exception is raised.

<sup>3</sup> This is always the case where the tribunal is assessing human behaviour or the subjective fear of any claimant: *Ye v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 584 (C.A.) (QL); *Rahnema v. Canada (Solicitor General)* (1993), 68 F.T.R. 298 (F.C.T.D.), at para. 20; *El-Naem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 15 (F.C.T.D.).

<sup>4</sup> For example, in *Arguello-Garcia v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 70 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) McKeown J. found that the torture and sexual assault experienced several years before by the claimant in El Salvador, based on objective factors alone, was clearly sufficiently serious, “atrocious” and “appalling” to warrant the application of subsection 2(3). In this regard, he referred to the definitions of “atrocious”, “atrocious” and “appalling” found in the *Concise Oxford Dictionary of Current English*, Oxford: Clarendon Press, 1990 which variously characterize them as “very bad or unpleasant”, “extremely savage or wicked”, “an extremely wicked or cruel act, esp. one involving physical violence or injury”, “shocking, unpleasant, bad”. While noting [at para. 17] that “the right not to be subject to torture and cruel, inhuman and degrading treatment is a fundamental right which enjoys the highest intentional protection”, he concluded that the Board had clearly erred in determining that “the test set out in *Obstoj* is not met”. Similarly, in *Velasquez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 210 (F.C.T.D.), Gibson J. suggested that the claimant, a woman of 70 years of age who had witnessed a number of years before the rape of her husband by members of a death squad in El Salvador, could certainly invoke the “compelling reasons” exception, even though she “may not have suffered

publié à l’origine en néerlandais dans *Rechtsgeleerd Magazyn Themis*, (1956), 425-01, comme cité par Guy S. Goodwin-Gill, dans le livre *The Refugee in International Law*, 2e éd., Oxford: Clarendon Press, à la p. 87).

<sup>2</sup> À cet égard, comme l’a déclaré le juge Rouleau dans la décision *Elemah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 779; [2001] A.C.F. n° 1123 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au par. 28, «Dans cet arrêt, la Cour n’a pas établi un critère exigeant que la persécution atteigne un degré tel qu’on puisse la qualifier d’«atroce» et d’«épouvantable». Plutôt, la Commission doit considérer de façon approfondie toute la preuve documentaire et orale, notamment la nature des incidents de torture et les rapports médicaux fournis par les parties pour évaluer, comme le prévoit la Loi, s’il existe des “raisons impérieuses” de ne pas le renvoyer» [non souligné dans l’original]. Le juge MacKay dans la décision *Kulla c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1347 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au par. 6, a formulé d’une manière similaire la question qui doit être traitée par la Commission lorsque l’exception à l’égard des «raisons impérieuses» est soulevée.

<sup>3</sup> C’est toujours le cas lorsque le tribunal apprécie le comportement humain ou la crainte subjective de tout demandeur: *Ye c. Canada (Ministre de l’Emploi et Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 584 (C.A.) (QL); *Rahnema c. Canada (Solliciteur général)* (1993), 68 F.T.R. 298 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au par. 20; *El-Naem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1997), 126 F.T.R. 15 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>4</sup> Par exemple, dans la décision *Arguello-Garcia c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1993), 70 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McKeown a conclu, en se fondant uniquement sur des facteurs objectifs, que la torture et les agressions sexuelles subies plusieurs années auparavant par le demandeur au Salvador étaient manifestement assez graves, «atrocies» et «épouvantables» pour justifier l’application du paragraphe 2(3). À cet égard, il a renvoyé aux définitions des mots [TRADUCTION] «atroce», [TRADUCTION] «atrocité» et [TRADUCTION] «épouvantable» qu’on trouve dans le *Concise Oxford Dictionary of Current English*, Oxford: Clarendon Press, 1990, qui les caractérise de façon variée comme [TRADUCTION] «très mauvais ou désagréable», «extrêmement féroce ou méchant», «un acte extrêmement méchant ou cruel, en particulier un acte accompagné de violences ou de blessures physiques», «choquant, désagréable, mauvais». Bien qu’il ait mentionné [au par. 17] que «le droit à la protection contre la torture et le traitement cruel, inhumain et infamant est un droit fondamental qui bénéficie de la plus grande protection internationale», il a conclu que la Commission avait manifestement commis une erreur en statuant qu’[TRADUCTION] «il n’a pas été satisfait au critère établi dans l’arrêt *Obstoj*». De la même façon, dans la décision *Velasquez c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 210 (C.F.

directly, appalling persecution” [at para. 9].

<sup>5</sup> Subsection 3(3) of the Act and section 12 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].

<sup>6</sup> *Jiminez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 177 (F.C.T.D.), at paras. 32-34.

<sup>7</sup> *Arguello-Garcia*, *supra* note 4, at paras. 13-16; *Biakona v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 220 (F.C.T.D.), at paras. 42-43; *Kulla*, *supra* note 2, at para. 7.

<sup>8</sup> *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 77 F.T.R. 309 (F.C.T.D.), at para. 14.

1<sup>re</sup> inst.), [1994] A.C.F. n° 477 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL), M. le juge Gibson a avancé que la demanderesse, une femme de 70 ans qui avait été témoin de nombreuses années auparavant du viol de son époux par des membres d’un escadron de la mort au Salvador, pouvait certainement invoquer l’exception à l’égard des «raisons impérieuses», même s’il était possible qu’elle «puisse ne pas avoir été directement victime de persécution épouvantable» [au par. 9].

<sup>5</sup> Le paragraphe 3(3) de la Loi et l’article 12 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), appendix II, n° 44].

<sup>6</sup> *Jiminez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 177 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux par. 32 à 34.

<sup>7</sup> *Arguello-Garcia*, précitée note 4, aux par. 13 à 16; *Biakona c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1999), 164 F.T.R. 220 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux par. 42 et 43; *Kulla*, précitée note 2, au par. 7.

<sup>8</sup> *Hassan c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1994), 77 F.T.R. 309 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au par. 14.

A-658-02  
2004 FCA 292

A-658-02  
2004 CAF 292

**Daniel Doucette** (*Applicant*)

**Daniel Doucette** (*demandeur*)

v.

c.

**Minister of Human Resources Development**  
(*Respondent*)

**Ministre du Développement des Ressources humaines**  
(*défendeur*)

**INDEXED AS: DOUCETTE v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: DOUCETTE c. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Pelletier J.J.A.—St. John's, June 24; Ottawa, September 15, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Pelletier, J.C.A.—St. John's, 24 juin; Ottawa, 15 septembre 2004.

*Pensions — Whether Pension Appeals Board erred in conclusion applicant failed to show severe disability under Canada Pension Plan, s. 42(2)(a) — Manual labourer injured in auto accident — Unable to return to job — Functional capacity evaluation: applicant capable of sedentary, light or medium work — Underwent work hardening program — Found competitively employable — Not good retraining candidate: psychologist — Limited career options — Doubtful could maintain full-time employment of even sedentary nature: occupational therapist — Board persuaded by surgeon's earlier opinion should maximize activity, tolerate pain — Adequacy of Board's reasons — Whether Board applied "real world" test developed by F.C.A. in Villani v. Canada (Attorney General) — Per Nadon and Pelletier J.J.A. (Desjardins J.A. dissenting): Having concluded true cause of inability to return to work failure to make greater efforts in past, Board not required to conduct in-depth analysis of constraints on capacity to return to work posed by educational level, past experience — No objective medical evidence of serious physical condition supporting contention unable to perform even light, sedentary work — Cognitive, educational deficiencies notwithstanding, could work as gas station attendant, telemarketer.*

*Pensions — La Commission d'appel des pensions a-t-elle commis une erreur en concluant que le demandeur n'a pas établi une invalidité grave au sens de l'art. 42(2)a) du Régime de pensions du Canada? — Travailleur manuel blessé dans un accident d'automobiles — Incapable de réintégrer son emploi — Selon une évaluation des capacités fonctionnelles, le demandeur était capable d'accomplir des tâches sédentaires, peu exigeantes physiquement ou d'un niveau de difficulté moyen — Il a suivi un programme de conditionnement au travail — Il a été jugé capable d'occuper un emploi soumis à la concurrence — Selon une psychologue, il n'était pas un bon candidat pour le recyclage — Options professionnelles restreintes — Selon une ergothérapeute, il était peu probable que le demandeur soit en mesure d'occuper un emploi à temps plein, même dans un travail sédentaire — La Commission s'est fondée sur l'opinion antérieure d'un chirurgien pour dire que le demandeur devrait rester le plus actif possible et endurer ses douleurs — Les motifs de la Commission étaient adéquats — La Commission a-t-elle appliqué le critère «réaliste» élaboré par la C.A.F. dans l'arrêt Villani c. Canada (Procureur général)? — Les juges Nadon et Pelletier, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A. dissidente): Ayant conclu que la véritable cause de l'incapacité du demandeur de reprendre le travail était l'insuffisance de ses efforts dans le passé, la Commission n'avait pas à procéder à une analyse en profondeur des limitations affectant la capacité du demandeur de réintégrer le marché du travail en raison de son niveau de scolarité et de ses antécédents de travail — Absence de preuve médicale objective d'une maladie grave justifiant la prétention du demandeur d'être incapable d'accomplir toute forme de travail peu exigeant ou sédentaire — Malgré des déficiences au plan de la scolarité et des connaissances, il avait la capacité d'occuper des emplois tels que pompiste, répartiteur ou en télémarketing.*

This was an application to the Federal Court of Appeal for the judicial review of a Pension Appeals Board decision denying an application for a disability pension. The Board's conclusion was that applicant had failed to demonstrate "severe" disability within *Canada Pension Plan*, paragraph 42(2)(a) on or before his minimum qualifying period of December 31, 1997.

Applicant sought a disability pension, complaining of "problems with back, neck, shoulder and left leg as a result of a car accident". He was last employed by the Salvation Army Grace Hospital as an environmental service worker, the duties of which included garbage collection, mopping floors and heavier cleaning activities. He had made an unsuccessful effort to return to his job following the accident. At an emergency department on the day of the accident, he was diagnosed as suffering from a whiplash injury and concussion. He underwent physiotherapy and chiropractic treatment, but these were discontinued due to lack of functional improvement. The physiotherapist confirmed that any attempt at increased physical activity only exacerbated applicant's symptoms. His quality of life had been "considerably compromised". A functional capacity evaluation was carried out and it suggested that applicant was capable of sedentary, light or medium work. This finding was, however, questioned by an orthopaedic surgeon whose opinion was that applicant would be capable only of a sedentary occupation. He then underwent what is called a work hardening program and was found to be competitively employable over an eight-hour workday at sedentary or light work. In fact, applicant never got beyond three hours per day at this work hardening program and his symptoms increased. A registered psychologist did an assessment and concluded that applicant was "not a good candidate for retraining" and that his "career options are very limited". An occupational therapist's evaluation was that it was doubtful that applicant could maintain full-time employment of even a sedentary nature.

Even so, the Review Tribunal denied his application and he obtained leave to appeal. The Pension Appeals Board rejected the appeal, explaining that for a disability to be considered severe, it must render the person incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation and is "prolonged" only if of indefinite duration or likely to result in death. The Board was less persuaded by the recent

La Cour d'appel fédérale était saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions qui a rejeté une demande de prestations d'invalidité. La Commission avait conclu que le demandeur n'avait pas établi une invalidité «grave» au sens de l'alinéa 42(2)a) du *Régime de pensions du Canada*, au moment de, ou avant, sa période minimale d'admissibilité du 31 décembre 1997.

Le demandeur a présenté une demande de prestations d'invalidité, en se plaignant «de douleurs au dos, au cou, aux épaules et dans la jambe gauche, attribuables à un accident d'automobile». Son dernier emploi était à titre de préposé au service de l'environnement du Grace General Hospital de l'Armée du Salut. Ses tâches consistaient dans la collecte des ordures, le nettoyage des planchers et d'autres activités de gros entretien ménager. Il avait tenté sans succès de réintégrer son emploi après l'accident. Le demandeur a été vu à l'urgence le jour de l'accident et on a diagnostiqué un coup de fouet cervical et une commotion. Il a suivi des traitements de physiothérapie et de chiropraxie, mais ces traitements ont été abandonnés en l'absence d'une amélioration fonctionnelle. Le physiothérapeute a confirmé que toute tentative d'augmentation de l'activité physique entraînait une aggravation importante des symptômes du demandeur. Sa qualité de vie avait été «considérablement compromise». Une évaluation des capacités fonctionnelles du demandeur a été effectuée, dont la conclusion était que le demandeur pouvait accomplir des tâches sédentaires, peu exigeantes physiquement ou d'un niveau de difficulté moyen. Cette conclusion a été remise en question par un chirurgien orthopédiste, dont l'opinion était que le demandeur ne pouvait occuper qu'un emploi sédentaire. Le demandeur a suivi un programme de conditionnement au travail et on a jugé qu'il pourrait accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans un emploi soumis à la concurrence durant une journée de travail de huit heures. En fait, le demandeur n'a jamais vraiment dépassé trois heures par jour dans le programme de conditionnement au travail et ses symptômes s'aggravaient. Une psychologue agréée a effectué une évaluation et conclu qu'il «n'est pas un bon candidat pour le recyclage» et que ses «options professionnelles sont très restreintes». Selon l'évaluation d'une ergothérapeute, il était peu probable que le demandeur soit en mesure d'occuper un emploi à temps plein, même dans un travail sédentaire.

Le tribunal de révision a rejeté la demande du demandeur qui a obtenu l'autorisation d'en appeler. La Commission d'appel des pensions a rejeté l'appel, expliquant que, pour qu'une invalidité soit considérée comme grave, il faut qu'elle rende la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice et qu'elle n'est «prolongée» que si elle est de durée indéfinie ou doit entraîner

assessments suggesting that applicant was indeed disabled, preferring the surgeon's earlier opinion that he should try to maximize his activity level and put up with the discomfort. Having been so long unemployed, it was unlikely he could now secure employment, but had he made a greater effort in the past, he might well be working at the present time.

*Held* (Desjardins J.A. dissenting), the application should be dismissed.

*Per* Nadon J.A. (Pelletier J.A. concurring): Applicant criticized the Board's reasons for failure to explain in what way the surgeon's views related to the applicable criteria. But, while the Board's reasons were laconic, the Supreme Court of Canada has said that it is not open to an appellate court to intervene just because the trial court has done a poor job of expressing itself. In *R. v. Sheppard*, that Court set forth a functional test for intervention where reasons are deficient: if the deficiencies in a lower court's reasons are such as to preclude meaningful appellate review of the correctness of the decision, then an error in law has been committed. While the Board failed to identify the serious concerns it saw in the surgeon's report, that report itself was clear as to the Doctor's reservations regarding this case. While there were physical findings that justified a conclusion that applicant could not return to his former employment, there was an absence of findings to justify a conclusion that applicant suffers from a severe or total disability. If severe disability could have been avoided by a greater effort, it stood to reason that the physical condition which prevented applicant from returning to his old job did not explain his inability to pursue substantially gainful employment. If this were so, his disability was not severe within the meaning of subparagraph 42(2)(a)(i). The Board's reasons were adequate to allow the Court to exercise its review function.

A second issue related to the Board's application of the "real world" test developed by this Court in *Villani v. Canada (Attorney General)*. There was evidence in the record capable of supporting the Board's view that the true cause of applicant's inability to return to work was his failure to make greater efforts between the date of the accident and his minimum qualifying period. Having so concluded, the Board did not have to conduct an in-depth analysis of the constraints posed to applicant's capacity to return to the work force by his educational level, language proficiency and work and life

vraisemblablement le décès. La Commission était moins persuadée par les évaluations récentes indiquant que le demandeur était effectivement invalide, leur préférant l'opinion antérieure du chirurgien selon laquelle il devait tenter de rester le plus actif possible et endurer ses douleurs. Étant donné qu'il n'avait pas travaillé depuis longtemps, il était peu probable qu'il puisse obtenir un emploi, mais, s'il avait fait des efforts plus importants à l'époque, il travaillerait probablement à l'heure actuelle.

*Arrêt* (la juge Desjardins, J.C.A. dissidente): la demande doit être rejetée.

Le juge Nadon, J.C.A. (le juge Pelletier, J.C.A. souscrivant à ses motifs): Le demandeur a critiqué les motifs de la Commission parce qu'ils n'expliquent pas la pertinence des vues du chirurgien par rapport aux critères applicables. Certes, les motifs de la Commission étaient laconiques, mais la Cour suprême du Canada a dit qu'une cour d'appel n'est pas habilitée à intervenir simplement parce qu'elle estime que le juge de première instance s'est mal exprimé. Dans l'arrêt *R. c. Sheppard*, la Cour suprême a exposé un critère fonctionnel d'intervention applicable en cas d'insuffisance des motifs: si les lacunes des motifs d'un tribunal inférieur font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision, une erreur de droit a alors été commise. La Commission n'a pas identifié les doutes importants qu'elle a observés dans le rapport du chirurgien, mais le rapport lui-même était clair en ce qui concerne les réserves du médecin au sujet de l'affaire. Il y avait des constatations physiques qui justifiaient de conclure que le demandeur ne pouvait réintégrer son ancien emploi, mais il n'y avait pas de constatations physiques qui auraient pu justifier une conclusion d'invalidité grave ou totale. Si des efforts plus importants de la part du demandeur avaient pu lui éviter une invalidité grave, il est raisonnable de penser que l'affection physique qui l'empêchait de réintégrer son ancien emploi n'expliquait pas son incapacité de détenir une occupation véritablement rémunératrice. Si tel est le cas, son invalidité n'avait pas la gravité visée au sous-alinéa 42(2)(a)(i). Les motifs de la Commission étaient suffisants pour permettre à la Cour d'exercer sa fonction de contrôle.

La deuxième question portait sur l'application par la Commission du critère «réaliste», élaboré par la Cour dans l'arrêt *Villani c. Canada (Procureur général)*. Le dossier comportait des éléments de preuve à l'appui des vues de la Commission selon lesquelles la véritable cause de l'incapacité du demandeur de reprendre le travail était l'insuffisance de ses efforts entre le moment de son accident et la période minimale d'admissibilité. Compte tenu de cette conclusion, la Commission n'avait pas à procéder à une analyse en profondeur des limitations de la capacité du demandeur de

experience. The Board found that there was no objective medical evidence of any serious physical condition that could support applicant's contention that he was unable to perform even light or sedentary work. The problem was explained in these terms by the occupational therapist: applicant "is of the mindset that no employment opportunities exist for him. He will therefore have significant difficulty with making use of available resources in the community". Even though applicant does have educational and cognitive deficiencies which present a disadvantage in job seeking, there does exist work that he could do. He could do such jobs as those of a gas station attendant, dispatcher or telemarketer. While he might fail to enjoy job satisfaction in those types of work, he would not be alone in that regard.

Per Desjardins J.A. (dissenting): In *Villani*, this Court established that the words used in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan were to be "interpreted in a large and liberal manner, and any ambiguity flowing from those words should be resolved in favour of a claimant for disability benefits". In that case the Court also approved of the "real world" approach adopted by the Board in *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* in which it noted that, while the medical people indicated that an appellant might possibly be capable of pursuing some unspecified form of gainful employment, appellant did not live in an abstract, theoretical world so the question was whether, given his problems, any employer would remotely consider engaging him. The Court went on to write that "the hypothetical occupations which a decision-maker must consider cannot be divorced from the particular circumstances of the applicant, such as age, education level, language proficiency and past work and life experience".

Applicant's submission, that the Board made no attempt to apply the real world test to him, was agreed with. The Board erred in law in its interpretation of how labour conditions affect the *Villani* real world test.

The psycho-vocational assessment indicated that applicant's employment prospects in today's labour market are very limited because of his injury and his strong orientation to realistic occupations which usually involve moderate to heavy physical activity. The Board made no reference to the lengthy

réintégrer le marché du travail en raison de son niveau de scolarité, de ses aptitudes linguistiques et de ses antécédents de travail ainsi que de son expérience de la vie. La Commission a conclu qu'il n'y avait pas de preuve médicale objective d'une maladie grave justifiant la prétention du demandeur d'être incapable d'accomplir toute forme de travail peu exigeant ou sédentaire. Le problème a été expliqué de la façon suivante par l'ergothérapeute: le demandeur «est persuadé qu'il n'existe aucune possibilité d'emploi pour lui. Il aura donc beaucoup de difficultés à recourir aux ressources disponibles dans la collectivité». Même si le demandeur présentait des déficiences aux plans de la scolarité et des connaissances qui le désavantageaient dans une recherche d'emploi, il y avait des travaux qu'il pouvait accomplir. Il avait la capacité d'occuper des emplois tels que pompiste, répartiteur ou préposé au télémarketing. Il se pouvait que ces emplois ne lui apportent pas une grande satisfaction au travail, mais il ne serait pas le seul dans cette situation.

La juge Desjardins, J.C.A. (dissidente): Dans l'arrêt *Villani*, la Cour a établi que les mots utilisés dans le sous-alinéa 42(2)(a)(i) du Régime doivent «être interprété[s] d'une façon large et libérale, et toute ambiguïté découlant de ces mots doit se résoudre en faveur de la personne qui demande des prestations d'invalidité». Dans cet arrêt, la Cour a aussi approuvé l'approche «réaliste» adoptée par la Commission dans la décision *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social*, où elle a fait observer que, si les autorités médicales ont indiqué qu'il pourrait y avoir une possibilité que l'appelant puisse continuer à exercer une certaine forme, non précisée, d'emploi véritablement rémunérateur, il ne vivait pas dans un monde abstrait et théorique, de sorte que la question était de savoir si, compte tenu de toutes les difficultés de l'appelant, un employeur pourrait même envisager la possibilité de l'engager. La Cour a ensuite fait observer que «les occupations hypothétiques qu'un décideur doit prendre en compte ne peuvent être dissociées de la situation particulière du requérant, par exemple son âge, son niveau d'instruction, ses aptitudes linguistiques, ses antécédents de travail et son expérience de la vie».

La juge a souscrit à la prétention du demandeur selon laquelle la Commission n'a aucunement cherché à lui appliquer le critère réaliste. La Commission a commis une erreur en droit en interprétant de la façon dont les conditions du marché du travail touchent le critère réaliste dans l'arrêt *Villani*.

L'évaluation psycho-professionnelle indiquait que les perspectives d'emploi du demandeur sur le marché du travail d'aujourd'hui sont très restreintes compte tenu de ses blessures et de son intérêt à l'égard d'emplois réalistes qui comportent généralement des activités physiques dont le niveau de

list of applicant's frustrations and limitations compiled by the psycho-vocational assessor.

The Board relied upon the occupational therapist's work hardening discharge report which indicated that applicant was competitively employable although it contained important qualifiers: the desirability of careful job matching to meet applicant's physical capabilities and psychological profile along with pain management counselling.

Subsection 83(11) of the Plan imposes upon the Board a statutory duty to give reasons and that duty was not discharged in its assessment of the physician's letter.

The case should be sent back for redetermination since the decision contained no analysis as to whether or not applicant is, in the "real world" capable or "incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation" within Plan, subparagraph 42(2)(a)(i).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12), (b) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23), 44(1)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1997, c. 40, s. 69), 83(11) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Villani v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 F.C. 130; (2001), 205 D.L.R. (4th) 58; 38 Admin. L.R. (3d) 115; 275 N.R. 342 (C.A.); *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869; (2002), 210 D.L.R. (4th) 608; 211 Nfld. & P.E.I.R. 50; 162 C.C.C. (3d) 298; 50 C.R. (5th) 68; 284 N.R. 342.

##### DISTINGUISHED:

*Canada (Minister of Human Resources Development) v. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. (3d) 309; 301 N.R. 98 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (F.C.A.); *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Skoric*, [2000] 3 F.C. 265; (2000), 251 N.R. 368 (C.A.); *Canada (Director of*

difficulté varie de moyen à élevé. La Commission ne s'est pas référée à la longue énumération des frustrations et limitations du demandeur établie par l'auteur de l'évaluation psycho-professionnelle.

La Commission s'est appuyée sur le rapport de congé du conditionnement au travail qui indiquait que le demandeur pourrait occuper un emploi soumis à la concurrence, mais qui contenait d'importantes réserves: il faudrait un appariement rigoureux des emplois avec ses capacités physiques ainsi qu'avec son profil psychologique, et des conseils en matière de soulagement de la douleur seraient indiqués.

En vertu du paragraphe 83(11) du Régime, la Commission est tenue par la loi de motiver sa décision et elle manqué à cette obligation dans son appréciation de la lettre du médecin.

L'affaire doit être renvoyée aux fins d'une nouvelle décision car la décision ne contient aucune analyse permettant de savoir si le demandeur, dans un contexte «réaliste», est capable ou «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice» au sens du sous-alinéa 42(2)(a)(i) du Régime.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)a) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12), b) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23), 44(1)b) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69), 83(11) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Villani c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 C.F. 130; (2001), 205 D.L.R. (4th) 58; 38 Admin. L.R. (3d) 115; 275 N.R. 342 (C.A.); *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869; (2002), 210 D.L.R. (4th) 608; 211 Nfld. & P.E.I.R. 50; 162 C.C.C. (3d) 298; 50 C.R. (5th) 68; 284 N.R. 342.

##### DÉCISION DISTINCTE:

*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. (3d) 309; 301 N.R. 98 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (C.A.F.); *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Skoric*, [2000] 3 C.F. 265; (2000), 251 N.R. 368 (C.A.);



*Investigation and Research v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th)1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Spears v. Canada* (2004), 320 N.R. 351 (F.C.A.); *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.); *Barlow v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (P.A.B.).

APPLICATION for judicial review of a Pension Appeals Board decision (CP 16855, August 26, 2002, online <<http://www.pab-cap.gc.ca>>) denying an appeal from the Review Tribunal decision that applicant was not severely disabled within the meaning of the *Canada Pension Plan*. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Marina Whitten* for applicant.  
*Stuart Herbert* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Aylward, Chislett & Whitten*, St. John's, Newfoundland, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NADON J.A.: The applicant, Daniel Doucette, seeks an order setting aside a decision of the Pension Appeals Board (the Board) dated August 26, 2002 [CP 16855], which concluded that he was not severely disabled within the meaning of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan).

[2] I am unable to agree with my colleague Desjardins J.A. that the application for judicial review should be allowed. Unlike her, I believe that the Board applied the "real world" approach prescribed by this Court in *Villani v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 F.C. 130, and I also believe that the Board's reasons are sufficient to allow us to discharge our review function.

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th)1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Spears c. Canada* (2004), 320 N.R. 351 (C.A.F.); *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.); *Barlow c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (C.A.P.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions (CP 16855, le 26 août 2002, en ligne <<http://www.pab-cap.gc.ca>>) rejetant un appel interjeté à l'encontre de la décision du tribunal de révision portant que le demandeur n'avait pas une invalidité grave au sens du *Régime de pensions du Canada*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Marina Whitten* pour le demandeur.  
*Stuart Herbert* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Aylward, Chislett & Whitten*, St. John's (Terre-Neuve), pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A.: Le demandeur, Daniel Doucette, cherche à obtenir une ordonnance annulant la décision de la Commission d'appel des pensions (la Commission) en date du 26 août 2002 [CP 16855], qui a conclu qu'il n'était pas atteint d'une invalidité grave au sens du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime).

[2] Je ne puis souscrire aux motifs de ma collègue, la juge Desjardins, qui a statué que la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie. Contrairement à elle, j'estime que la Commission a appliqué l'approche «réaliste» prescrite par cette Cour dans l'arrêt *Villani c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 C.F. 130, et j'estime également que les motifs de la Commission sont suffisants pour permettre à la Cour de s'acquitter de sa fonction de contrôle judiciaire.

[3] It is not necessary for me to recite the relevant facts, as they are thoroughly set out in Desjardins J.A.'s reasons.

[4] Relying on this Court's decision in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. (3d) 309 (F.C.A.) and on the Supreme Court's decision in *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, the applicant submits that the Board failed to give adequate reasons.

[5] The Board's reasons are said to be deficient because of its failure to indicate or to make explicit the concerns which Dr. Nofall had expressed in his letter of December 2, 1999, and its failure to explain in what respect these concerns were pertinent to the applicable criteria. It is true that the Board's reasons are laconic in terms of the reasoning underlying its conclusions. After quoting from Dr. Nofall's report, the Board concludes that "with greater effort at the time, Mr. Doucette might well be working today." (at paragraph 11). Later on, after referring to the *Villani* and *Rice* [*Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (F.C.A.)] decisions, the Board concludes that none of the medical reports or the evidence before it "indicate a 'severe' disability, as of December 31, 1997, as required by the legislation."

[6] In *Sheppard*, Mr. Justice Binnie, writing for a unanimous Supreme Court, stated that a court of appeal could intervene where, in its opinion, deficiencies in the reasons were such so as to prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision. Where that occurs, the court below has made an error of law. However, Mr. Justice Binnie made it clear that an appellate court could not intervene "simply because it thinks the trial court did a poor job of expressing itself" (at paragraph 26). At paragraph 28 of his reasons, after reviewing the various policy arguments in favour of reasons, Binnie J. laid out a functional test for intervention where reasons are deficient:

It is neither necessary nor appropriate to limit circumstances in which an appellate court may consider itself unable to exercise appellate review in a meaningful way. The

[3] Il n'est pas nécessaire d'exposer les faits pertinents, qui sont présentés de façon complète dans les motifs de la juge Desjardins.

[4] S'appuyant sur l'arrêt de cette Cour *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. 309 (C.A.F.) et sur celui de la Cour suprême *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, le demandeur fait valoir que la Commission n'a pas donné de motifs adéquats.

[5] Il prétend que les motifs de la Commission sont insuffisants parce qu'ils n'indiquent pas ou n'explicitent pas les doutes exprimés par le D' Nofall dans sa lettre du 2 décembre 1999 et ils n'expliquent pas la pertinence de ces doutes par rapport aux critères applicables. Il est vrai que la Commission, dans ses motifs, est laconique au sujet du raisonnement qui sous-tend ses conclusions. Après avoir cité le rapport du D' Nofall, la Commission conclut que «si des efforts plus importants avaient été faits à l'époque, M. Doucette travaillerait probablement aujourd'hui». (au paragraphe 11). Plus loin, après des renvois aux arrêts *Villani* et *Rice* [*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (C.A.F.)], la Commission conclut qu'aucun des rapports médicaux ni la preuve produite devant elle «ne démontre selon la prépondérance des probabilités que l'appelant était atteint d'une invalidité "grave" au sens de la loi le 31 décembre 1997 ou avant cette date».

[6] Dans l'arrêt *Sheppard*, le juge Binnie, rédigeant l'opinion unanime de la Cour suprême, a déclaré que la Cour d'appel pouvait intervenir, selon lui, lorsque les lacunes des motifs faisaient obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision. Le cas échéant, le tribunal inférieur avait commis une erreur de droit. Toutefois, le juge Binnie a clairement dit qu'une cour d'appel n'était pas habilitée à intervenir «simplement parce qu'elle estime que le juge du procès s'est mal exprimé» (au paragraphe 26). Au paragraphe 28 de ses motifs, après avoir passé en revue les divers arguments de principe en faveur des motifs, le juge Binnie a exposé un critère fonctionnel d'intervention applicable en cas d'insuffisance des motifs:

Il n'est ni nécessaire ni approprié de limiter les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut s'estimer incapable de procéder à un examen valable en appel. Le

mandate of the appellate court is to determine the correctness of the trial decision, and a functional test requires that the trial judge's reasons be sufficient for that purpose. The appeal court itself is in the best position to make that determination. The threshold is clearly reached, as here, where the appeal court considers itself unable to determine whether the decision is vitiated by error. Relevant factors in this case are that (i) there are significant inconsistencies or conflicts in the evidence which are not addressed in the reasons for judgment, (ii) the confused and contradictory evidence relates to a key issue on the appeal, and (iii) the record does not otherwise explain the trial judge's decision in a satisfactory manner. Other cases, of course, will present different factors. The simple underlying rule is that if, in the opinion of the appeal court, the deficiencies in the reasons prevent meaningful appellate review of the correctness of the decision, then an error of law has been committed.

[7] In the case of the Pension Appeals Board, the duty to give reasons arises from subsection 83(11) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 45] of the statute. In this case, reasons have been given; the issue is the adequacy of those reasons. *Sheppard*, provides one basis upon which to assess those reasons. Do the Board's reasons provide a sufficient basis for this Court to exercise its review function? An example of reasons which did not meet that test is found in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Quesnelle*, at paragraph 8 [2003 FCA 92]:

The Board is under a statutory duty to provide the parties with reasons for its decision: *Canada Pension Plan*, subsection 83(11). In my opinion, in omitting to explain why it rejected the very considerable body of apparently credible evidence indicating that Ms. Quesnelle's disability was not "severe", the Board failed to discharge the elementary duty of providing adequate reasons for its decision. The size and complexity of the record before it called for an analysis of the evidence that would enable the parties and, on judicial review, the Court, to understand how the Board reached its decision despite the mound of apparently credible evidence pointing to the opposite conclusion.

[8] In this case, the Board quotes the report of Dr. Nofthall [at paragraph 9], an orthopaedic surgeon, and

mandat de la cour d'appel consiste à vérifier la justesse de la décision rendue en première instance et un critère fonctionnel exige que les motifs donnés par le juge du procès soient suffisants à cette fin. La cour d'appel est la mieux placée pour se prononcer sur cette question. Le seuil est manifestement atteint lorsque, comme en l'espèce, le tribunal d'appel s'estime incapable de déterminer si la décision est entachée d'une erreur. Les facteurs suivants sont pertinents dans le présent pourvoi: (i) des incohérences ou des contradictions importantes dans la preuve ne sont pas résolues dans les motifs du jugement, (ii) la preuve embrouillée et contradictoire porte sur une question clé en appel et (iii) le dossier ne permet pas par ailleurs d'expliquer de manière satisfaisante la décision du juge de première instance. D'autres facteurs seront évidemment en cause dans d'autres instances. En termes simples, la règle fondamentale est la suivante: lorsque la cour d'appel estime que les lacunes des motifs font obstacle à un examen valable en appel de la justesse de la décision, une erreur de droit a été commise.

[7] S'agissant de la Commission d'appel des pensions, l'obligation de motiver la décision repose sur le paragraphe 83(11) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 45] de la loi. En l'espèce, des motifs ont été donnés; la question soulevée est la suffisance de ces motifs. L'arrêt *Sheppard*, donne un fondement pour procéder à l'appréciation des motifs. Les motifs de la Commission fournissent-ils une base suffisante à la Cour pour que celle-ci puisse remplir sa fonction de contrôle? On trouve dans la décision *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Quesnelle*, au paragraphe 8 [2003 CAF 92] un exemple de motifs insuffisants par rapport à ce critère:

La Commission a une obligation d'origine législative de donner aux parties les motifs de sa décision: paragraphe 83(11) du *Régime de pensions du Canada*. À mon avis, en omettant d'expliquer pourquoi elle rejetait la masse fort considérable d'éléments de preuve apparemment dignes de foi indiquant que l'invalidité de M<sup>me</sup> Quesnelle n'était pas «grave», la Commission a omis de s'acquitter de l'obligation élémentaire qui lui incombait de prononcer des motifs suffisants à l'appui de sa décision. La grosseur et la complexité du dossier dont la Commission disposait exigeaient une analyse de la preuve qui permettrait aux parties et, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, à la Cour, de comprendre pourquoi la Commission était arrivée à sa décision malgré la multitude d'éléments de preuve apparemment dignes de foi allant en sens contraire.

[8] En l'espèce, la Commission cite le rapport du D<sup>r</sup> Nofthall [au paragraphe 9], chirurgien orthopédiste, puis

then comments that the report "reveals serious concerns held by Dr. Nofall". It is true that the Board does not identify the serious concerns which it saw in Dr. Nofall's report, but the report itself is relatively clear as to Dr. Nofall's reservations about the case:

*The difficulty with this gentleman is that he has such diffuse symptoms, I do not think they can be explained, based on cervical spine problems only. . . . All I am able to state is that this gentleman says from a subjective point of view, that he is incapable of performing any activity and therefore feels he deserves a pension based on his symptoms. One has to take this at face value and obviously there is always an issue of credibility with respect to the claims of an individual such as this. I have no reason to doubt Mr. Doucette's claim based on his symptoms. He does have objective findings to support his symptoms. . . . However, there is no neurological deficit able to be demonstrated. He is obviously fixated on the degree of symptoms that he experiences, as well. As I see these cases, it comes down to the fact that they are multi-factorial in nature. Not only are there physical aspects to this gentleman's problem but there is also emotional and educational issues with respect to Canada Pension. All I am able to state is that in my opinion, he does have physical findings and physical complaints that would prevent him from performing his old job. . . . I will see him once more but there is really nothing Orthopaedic that we can do to help this individual.*

[9] A fair reading of these comments suggests that Dr. Nofall cannot explain all of Mr. Doucette's symptoms by reference to his orthopaedic problems. Since there is no demonstrated neurological deficiency, some of Mr. Doucette's symptoms remain unexplained. Dr. Nofall notes that Mr. Doucette is preoccupied with his symptoms and believes that he is entitled to a pension. He comments that there are obviously credibility issues. In Dr. Nofall's experience cases like Mr. Doucette's have emotional and educational components. There is nothing that Dr. Nofall can do for Mr. Doucette. Put another way, there are physical findings which justify the conclusion that Mr. Doucette cannot return to his old job. There is an absence of physical findings which would justify a conclusion of severe (or total) disability.

fait observer que ce rapport «révèle les doutes importants du D<sup>r</sup> Nofall». Il est vrai que la Commission n'identifie pas les doutes importants qu'elle a observés dans le rapport du D<sup>r</sup> Nofall, mais le rapport lui-même est relativement clair en ce qui concerne les réserves du D<sup>r</sup> Nofall au sujet de l'affaire:

*La difficulté concernant ce patient est que ses symptômes sont si diffus qu'il est difficile de les expliquer en se basant uniquement sur les problèmes de la colonne cervicale [ . . . ] Tout ce que je peux dire, c'est que cet homme dit qu'il est incapable d'exercer toute activité, de quelque nature que ce soit, et que, par conséquent, il estime avoir droit à une pension en raison de ses symptômes. Il faut prendre sa parole et, évidemment la question de la crédibilité des allégations d'une personne se pose systématiquement dans ce genre de situation. Je n'ai aucune raison de douter des allégations de M. Doucette, compte tenu de ses symptômes. Il a effectivement présenté des preuves objectives à l'appui de ses symptômes [ . . . ] Cependant, aucun déficit neurologique n'a pu être observé. De plus, il est manifestement obsédé par l'intensité de ses symptômes. Ces cas, d'après mon expérience, sont de nature multifactorielle. Le problème de ce patient dépend non seulement de facteurs physiques mais également de facteurs psychologiques et éducationnels liés au Régime de pensions du Canada [ . . . ] Je peux simplement dire qu'il a effectivement des signes physiques et des douleurs physiques qui le rendent inapte à réintégrer son ancien emploi [ . . . ] Je le reverrai une dernière fois, mais, en tant qu'orthopédiste, je ne peux réellement rien faire pour aider cette personne.*

[9] Selon une interprétation raisonnable de ces observations, le D<sup>r</sup> Nofall ne peut expliquer tous les symptômes de M. Doucette par ses problèmes orthopédiques. Comme M. Doucette ne présente aucun déficit neurologique établi, certains de ses symptômes demeurent inexpliqués. Le D<sup>r</sup> Nofall note que M. Doucette est préoccupé par ses symptômes et croit avoir droit à une pension. Il fait observer qu'il se pose sans conteste des questions de crédibilité. Selon l'expérience du D<sup>r</sup> Nofall, les cas analogues à celui de M. Doucette présentent des composantes psychologiques et éducationnelles. Le D<sup>r</sup> Nofall ne peut rien faire pour M. Doucette. En d'autres termes, il y a des constatations physiques qui justifient de conclure que M. Doucette ne peut réintégrer son ancien emploi. Mais il n'y a pas de constatations physiques qui justifieraient une conclusion d'invalidité grave (ou totale).

[10] This reasoning leads to the Board's conclusion that with a greater effort on his part prior to December 31, 1997, Mr. Doucette might well be working now. Obviously, if Mr. Doucette were working now, he would not be severely disabled. If severe disability can be avoided by means of a greater effort on the part of the applicant, it stands to reason that the physical condition which prevents the applicant from returning to his old job does not explain his inability to pursue substantially gainful employment. If that is so, his disability is not severe within the meaning of subparagraph 42(2)(a)(i) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12].

[11] It is obvious that the Board could have explained its reasoning more fully, but one can nonetheless discern the Board's reasoning from the language it has used. Consequently, as I am satisfied that the Board's reasons allow us to exercise our review function, I have no difficulty concluding that they are adequate.

[12] To conclude on this point, I would add that our Court, like other courts of appeal, must be mindful of Binnie J.'s remarks in *Sheppard*, that we should not intervene because we are of the opinion that the courts below failed to express themselves in a way acceptable to us. The reasons under review should be fairly considered and in performing that exercise, we should, as Binnie J. suggests, examine the record on which the decision under review is based. We must guard ourselves from being too eager to conclude that reasons do not pass muster.

[13] The second issue is the Board's application of the "real world" test in regard to which the applicant makes two submissions. Firstly, he argues that the Board failed to determine how his education level, language proficiency and past work and life experience affected his capacity to regularly pursue any substantially gainful occupation. Secondly, the applicant argues that the Board failed to consider on the basis of the "real world"

[10] Ce raisonnement amène la Commission à conclure que si des efforts plus importants avaient été faits par M. Doucette avant le 31 décembre 1997, celui-ci travaillerait vraisemblablement aujourd'hui. Manifestement, si M. Doucette travaillait maintenant, il ne serait pas atteint d'une invalidité grave. Si des efforts plus importants de la part du demandeur pouvaient lui éviter une invalidité grave, il est raisonnable de penser que l'affection physique qui empêche aujourd'hui le demandeur de réintégrer son ancien emploi n'explique pas son incapacité de détenir une occupation véritablement rémunératrice. Si tel est le cas, son invalidité n'a pas la gravité visée au sous-alinéa 42(2)a)(i) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 39, art. 12].

[11] Il ne fait aucun doute que la Commission aurait pu expliquer son raisonnement de manière plus exhaustive, mais on peut néanmoins dégager ce raisonnement à partir des termes qu'elle a employés. Par conséquent, comme je suis persuadé que les motifs de la Commission habilient la Cour à exercer sa fonction de contrôle, je conclus sans difficulté que ces motifs sont adéquats.

[12] Pour terminer sur ce point, j'ajouterais que la Cour, à l'instar d'autres cours d'appel, doit tenir compte des observations du juge Binnie dans l'arrêt *Sheppard*, selon lesquelles la Cour ne doit pas intervenir au motif qu'elle estime que les tribunaux inférieurs ne se sont pas exprimés d'une manière qui lui paraît acceptable. Les motifs soumis au contrôle judiciaire doivent être examinés équitablement et, dans cet examen, la Cour doit, comme le suggère le juge Binnie, examiner le dossier sur lequel est fondée la décision qui fait l'objet du contrôle. Nous devons nous garder de conclure trop hâtivement que les motifs ne résistent pas à l'examen.

[13] La deuxième question soulevée porte sur l'application par la Commission du critère «réaliste» au sujet duquel le demandeur présente deux observations. En premier lieu, il soutient que la Commission n'a pas établi de quelle manière son niveau de scolarité, ses aptitudes linguistiques et ses antécédents de travail ainsi que son expérience de la vie affectaient sa capacité de se trouver un travail véritablement rémunérateur. En

test developed by this Court in *Villani*, those limitations and restrictions highlighted in the reports of Ms. Hunt and Ms. Simmons.

[14] The Board was keenly aware of our decision in *Villani* to which it referred at paragraph 13 of its reasons and which led it to make the following remarks at paragraph 14:

There has to be an air of reality in assessing whether an applicant is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation.

[15] With these remarks in mind, the Board went on to conclude at paragraph 18 of its reasons, that it was not satisfied, on a balance of probabilities, that the applicant suffered from a severe disability as of December 31, 1997.

[16] There is evidence in the record capable of supporting the Board's view that the true cause of the applicant's inability to return to work was his failure to make greater efforts between the time of his accident and his *minimum qualifying period*. Given that conclusion, there is no need to make an in-depth analysis of the constraints posed to the applicant's capacity to return to the work force by his educational level, language proficiency and past work and life experience.

[17] The evidence in support of the Board's conclusion includes Dr. Nofall's reports and, in particular, the assertion found in his December 2, 1999 report, where he states that "There is no neurological deficit able to be demonstrated. He [the applicant] is obviously fixated on the degree of symptoms that he experiences, as well." Dr. Nofall makes it clear in his report that he is of the view that the applicant is unable to perform his "old job". With respect to sedentary or light work, he does not give any opinion, save for his comments that "All I am able to state is that this gentleman says, from a subjective point of view, that he is incapable of performing any activity and therefore

deuxième lieu, le demandeur fait valoir que la Commission n'a pas pris en compte, selon le critère «réaliste» élaboré par la Cour dans l'arrêt *Villani*, les limitations et les restrictions que soulignent les rapports de M<sup>me</sup> Hunt et de M<sup>me</sup> Simmons.

[14] La Commission était parfaitement consciente de l'arrêt *Villani*, auquel elle a renvoyé au paragraphe 13 de ses motifs et qui l'a amenée à formuler les observations suivantes au paragraphe 14:

Il faut tenir compte de la réalité lorsqu'il s'agit de déterminer si le requérant est régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

[15] À la lumière de ces observations, la Commission a finalement conclu au paragraphe 18 de ses motifs qu'elle n'était pas persuadée, selon la prépondérance de la preuve, que le demandeur était atteint d'une invalidité grave au 31 décembre 1997 ou avant cette date.

[16] Le dossier comporte des éléments de preuve à l'appui des vues de la Commission selon lesquelles la véritable cause de l'incapacité du demandeur de reprendre le travail était l'insuffisance de ses efforts entre le moment de son accident et la période minimale d'admissibilité. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse en profondeur des limitations de la capacité du demandeur de réintégrer le marché du travail en raison de son niveau de scolarité, de ses aptitudes linguistiques et de ses antécédents de travail ainsi que de son expérience de la vie.

[17] La preuve produite à l'appui de la conclusion de la Commission comprend notamment les rapports du D<sup>r</sup> Nofall et, en particulier, l'affirmation contenue dans le rapport du 2 décembre 1999, où il déclare: «aucun déficit neurologique n'a pu être observé. De plus, il [le demandeur] est manifestement obsédé par l'intensité de ses symptômes». Le D<sup>r</sup> Nofall établit clairement dans son rapport qu'il pense que le demandeur est incapable de réintégrer son «ancien emploi». S'agissant d'un travail sédentaire ou peu exigeant, il ne fournit aucune opinion à ce sujet, excepté l'observation suivante: «Tout ce que je peux dire, c'est que cet homme dit qu'il est incapable d'exercer toute activité, de quelque nature que

feels he deserves a pension based on his symptoms”.

[18] The Board’s conclusion also finds support in the fact that an X-ray of June 14, 1995 of the cervical spine showed minimal encroachment upon the inter-vertebral neural foramen by osteophyte formation. Also, a bone scan of August 1995 was normal and further X-rays taken in October 1995 of the cervical spine revealed that the height of the body of C6 was reduced in relation to the adjacent vertebrae.

[19] In other words, the Board found that there was no objective medical evidence of any serious physical condition to support the applicant’s contention that he was unable to perform light or sedentary types of work. Indeed, the evidence on which the Board relies is in line with the conclusion reached by Ms. Simmons in her October 1, 1997 report, where she concludes at page 8 that the applicant “is competitively employable, over an eight-hour workday, within the classification of sedentary or light work.” In a further report dated January 5, 2000, Ms. Simmons, responding to the applicant’s request for a clarification of her report of October 1, 1997, makes the following remarks at page 2:

In conclusion, based on the various assessments that have been completed on Daniel [the applicant] and his current status with regard to vocational potential, it would appear that he does have significant barriers to returning to the work force, without ideal situations and more aggressive job search strategies than he is currently utilizing. Given the physical and psychological profile that have been documented in various reports, it is uncertain whether his status would change without any further direction or support from outside agencies. Daniel is of the mindset that no employment opportunities exist for him. He will therefore have significant difficulty with making use of available resources in the community. Significant assistance in rehabilitation will be required to shift his focus. Depending upon his level of comfort and understanding with this process, it may or not be successful. [Emphasis added.]

[20] On the basis of this evidence, the Board was of the view that there was insufficient evidence to justify a

ce soit, et que, par conséquent, il estime avoir droit à une pension en raison de ses symptômes».

[18] La conclusion de la Commission est également étayée par une radiographie de la colonne cervicale, prise le 14 juin 1995, qui montrait un empiétement minime du trou de conjugaison par des ostéophytes. Une scintigraphie osseuse d’août 1995 était normale et une autre radiographie de la colonne cervicale prise en octobre 1995 révélait une réduction de la hauteur de la vertèbre C6 par rapport à celle des vertèbres adjacentes.

[19] En d’autres termes, la Commission a conclu qu’il n’y avait pas de preuve médicale objective d’une maladie grave justifiant la prétention du demandeur d’être incapable d’accomplir toute forme de travail peu exigeant ou sédentaire. En fait, les éléments de preuve sur lesquels se fonde la Commission sont en conformité avec la conclusion de M<sup>me</sup> Simmons dans son rapport du 1<sup>er</sup> octobre 1997, où elle conclut à la page 8 que le demandeur «pourrait accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans le cadre d’emplois soumis à la concurrence durant une journée de travail de huit heures». Dans un autre rapport daté du 5 janvier 2000, M<sup>me</sup> Simmons, en réponse à une demande du demandeur de clarifier son rapport en date du 1<sup>er</sup> octobre 1997, fait l’observation suivante à la page 2:

[TRADUCTION] En conclusion, sur le fondement des diverses évaluations dont Daniel [le demandeur] a fait l’objet et de son état de santé actuel en ce qui a trait à son potentiel professionnel, il semble qu’il y a des obstacles importants l’empêchant de réintégrer le marché du travail, à moins de situations idéales et de stratégies de recherche d’emploi plus vigoureuses que celles qu’il applique actuellement. Étant donné les antécédents physiques et psychologiques qui ont été documentés dans divers rapports, on peut se demander si son statut changerait sans une orientation ou du soutien d’organismes externes. Daniel est persuadé qu’il n’existe aucune possibilité d’emploi pour lui. Il aura donc beaucoup de difficultés à recourir aux ressources disponibles dans la collectivité. Il lui faudra une assistance importante en matière de réadaptation pour le faire changer d’idée. Le succès ou l’échec dépendront de son degré d’acceptation et de compréhension du processus. [Non souligné dans l’original.]

[20] S’appuyant sur ce témoignage, la Commission a estimé que la preuve était insuffisante pour justifier une

conclusion of severe disability. That is why, in my view, the Board concluded at paragraph 11 of its reasons that with greater effort at the relevant time, the applicant "might well be working today". Like the Board, the Review Tribunal came to a similar conclusion when it stated at page 4 of its decision of March 8, 2000:

We do not doubt that Mr. Doucette has medical problems. However, there seems to be too much emphasis on his inability to retrain. The Appellant was very well spoken before the Tribunal, and it was very apparent that he has made up his mind that he will never be able to work again. The Tribunal, regrettably from Mr. Doucette's standpoint, is not as convinced of this finding and we cannot reasonably conclude that Mr. Doucette had a severe and prolonged disability in December 1997 which has continued. The medical evidence does not support this conclusion.

...

We must agree with the position taken by the Minister. There is insufficient objective medical evidence of functional limitations show, on a balance of probabilities, to be of such significance as to preclude Mr. Doucette from all types of work at his Minimum Qualifying Period of December 1997.

[21] It is no doubt true that Mr. Doucette suffers from educational and cognitive deficiencies which put him at a disadvantage in terms of seeking employment. But within those limitations, the evidence was that there was work which he could do. The Board had before it the psycho-vocational assessment prepared by Ms. Hunt. That report concluded that Mr. Doucette had the capacity for jobs such as gas station attendant, dispatcher or telemarketer though he would not likely "achieve job satisfaction or attain the salary level associated with his previous employment". Unfortunately for all concerned, there are many people working in such jobs who are not achieving job satisfaction or meeting their salary expectations. Mr. Doucette's misgivings about these occupations, while understandable, do not change the fact that he is capable of undertaking those occupations, even when his personal limitations are taken into account.

conclusion d'invalidité grave. C'est la raison pour laquelle, à mon avis, la Commission a conclu au paragraphe 11 de ses motifs que s'il avait fait des efforts plus importants à l'époque, le demandeur «travaillerait probablement aujourd'hui». Comme la Commission, le tribunal de révision était venu à une conclusion semblable, déclarant à la page 4 de sa décision du 8 mars 2000:

[TRADUCTION] Nous ne doutons pas que M. Doucette ait des problèmes médicaux. Toutefois, il semble qu'on attache trop d'importance à son incapacité de se recycler. On a dit beaucoup de bien de l'appelant devant le tribunal et il s'était très manifestement mis dans la tête qu'il ne serait plus jamais capable de travailler de nouveau. Le tribunal, malheureusement pour M. Doucette, n'est pas aussi persuadé de cette conclusion et ne peut raisonnablement conclure que M. Doucette était atteint d'une invalidité grave et prolongée en décembre 1997 et par la suite. La preuve médicale ne corrobore pas cette conclusion.

[. . .]

Nous devons souscrire à la position du Ministre. Il n'existe pas de preuve médicale suffisante de limitations fonctionnelles qui, selon la prépondérance de la preuve, soient d'une importance telle qu'elles empêcheraient M. Doucette d'accomplir tout type de travail à la période minimale d'admissibilité de décembre 1997.

[21] Il est incontestable que M. Doucette présente des déficiences au plan de la scolarité et des connaissances qui le désavantagent dans une recherche d'emploi. Mais compte tenu de ces limitations, la preuve a établi qu'il y avait des travaux qu'il pouvait accomplir. La Commission a examiné l'évaluation psycho-professionnelle élaborée par M<sup>me</sup> Hunt. Ce rapport conclut que M. Doucette avait la capacité d'occuper des emplois tels que pompiste, répartiteur ou en télémarketing, même s'il [TRADUCTION] «n'obtiendrait pas la même satisfaction au travail ou le même niveau de rémunération que dans son emploi antérieur». Malheureusement pour toutes les parties intéressées, il y a beaucoup de gens qui occupent des emplois qui ne leur apportent pas une satisfaction au travail ou une rémunération à la mesure de leurs aspirations. Les inquiétudes de M. Doucette au sujet de ces emplois, parfaitement compréhensibles, ne changent rien au fait qu'il a la capacité d'occuper ces emplois, même en tenant compte de ses limitations personnelles.



[22] In the end result, the Board concluded that Mr. Doucette could have returned to the labour market had he made a greater effort. That conclusion is not one which the “real world” analysis urged upon us by counsel addresses. Consequently, I find no fault with the Board’s analysis.

[23] I would therefore dismiss the applicant’s application for judicial review, but in the circumstances, without costs.

PELLETIER J.A.: I concur.

\* \* \*

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

[24] DESJARDINS J.A. (dissenting): This is an application for judicial review of a decision of the Pension Appeals Board (the Board) which dismissed the applicant’s application for a disability pension on the basis that he failed to show a “severe” disability, within the meaning of paragraph 42(2)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 12] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (the Plan), on or before his minimum qualifying period of December 31, 1997.

[25] I find that the Board erred in law by failing to make a proper analysis of the “real world” in which the applicant finds himself (*Villani v. Canada (Attorney General)*, [2002] 1 F.C. 130, at paragraph 38 (*Villani*)).

### 1. The Facts

[26] The applicant, born on September 17, 1959, applied for a disability pension on March 5, 1999, describing his main disability condition as “problems with back, neck, shoulder and left leg as a result of a car accident”. He was last employed as an environmental service worker at the Salvation Army Grace General Hospital. His duties included garbage collection, mopping floors and heavier cleaning activities. The car accident occurred on May 5, 1995. The applicant stopped working May 13, 1995, after an unsuccessful

[22] En fin de compte, la Commission a conclu que M. Doucette aurait pu réintégrer le marché du travail s’il avait déployé plus d’efforts. Cette conclusion n’est pas abordée par l’analyse «réaliste» que l’avocat nous invitait à adopter. Par conséquent, j’estime que la Commission n’a pas commis d’erreur dans son analyse.

[23] Je rejette donc la demande de contrôle judiciaire du demandeur, mais sans frais dans les circonstances.

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

\* \* \*

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

[24] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. (dissidente): Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Commission d’appel des pensions (la Commission) qui a rejeté la demande du demandeur visant l’obtention de prestations d’invalidité, au motif qu’il n’a pas établi une invalidité «grave» au sens de l’alinéa 42(2)a) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 12] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (le Régime), au moment de, ou avant, sa période minimale d’admissibilité du 31 décembre 1997.

[25] Je conclus que la Commission a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l’analyse correcte du «contexte réaliste» dans lequel se trouve le demandeur (*Villani c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 C.F. 130, au paragraphe 38 (*Villani*)).

### 1. Les faits

[26] Le demandeur, né le 17 septembre 1959, a présenté une demande de prestations d’invalidité le 5 mars 1999. Il décrit sa principale invalidité comme «des douleurs au dos, au cou, aux épaules et dans la jambe gauche, attribuables à un accident d’automobile». Son dernier emploi était comme préposé au service de l’environnement du Grace General Hospital de l’Armée du Salut. Ses tâches consistaient dans la collecte des ordures, le nettoyage des planchers et d’autres activités de gros entretien ménager. L’accident d’automobile s’est

attempt to return to his earlier position.

[27] The applicant was seen on the day of the accident at an emergency department where he was diagnosed as having sustained a whiplash injury and concussion. He was prescribed pain medication and released.

[28] A cervical spine X-ray taken June 14, 1995, revealed “straightening and . . . some reversal of the inferior portion of the cervical curve”, as well as “some minimal encroachment upon the intervertebral neural foramen by osteophyte formation” (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(d), page 210).

[29] A cervical spine X-ray taken October 26, 1995, showed “the height of the body of C6 is reduced in relation to the adjacent vertebra. There is also evidence of anterior wedging at this level” (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(c), page 61).

[30] Physiotherapy and chiropractic therapy were undertaken on the referral of Dr. Andrew Hutton, who has been the applicant’s family doctor since approximately 1990. After two periods of physiotherapy and one period of chiropractic treatment, the therapies were discontinued due to lack of functional improvement.

[31] The reports of the physiotherapist, Eric Lamme, dated February 5, 1996, and April 15, 1996, confirm that any attempt to increase physical activity resulted in a consistent worsening of symptoms. Mr. Lamme wrote that the applicant’s activities of daily living and overall quality of life continued to be “considerably compromised” (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 216-217).

[32] The applicant saw Dr. N. S. Turner, an orthopaedic surgeon, in May 1996. Dr. Turner reported that Mr. Doucette seemed to “hold his head deviated to the right, which seemed to be an involuntary position”, and that “he seems quite sincerely disabled by the positional problems of his head and pain” (applicant’s

produit le 5 mai 1995. Le demandeur a cessé de travailler le 13 mai 1995, après l’échec d’une tentative de réintégration de son ancien emploi.

[27] Le demandeur a été vu à l’urgence le jour de l’accident et a fait l’objet d’un diagnostic de coup de fouet cervical et de commotion. On lui a prescrit des analgésiques et il a reçu son congé.

[28] Une radiographie de la colonne cervicale prise le 14 juin 1995 a révélé un [TRADUCTION] «redressement [. . .] accompagné du renversement consécutif de la partie inférieure des courbes cervicales» ainsi qu’un «empiètement minime du trou de conjugaison par des ostéophytes». (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 210).

[29] Une radiographie de la colonne cervicale prise le 26 octobre 1995 a révélé [TRADUCTION] «une réduction de la hauteur de la vertèbre C6 par rapport à celle des vertèbres adjacentes. On observe également un coincement antérieur à ce niveau» (dossier du demandeur, volume 1, onglet 2(c), page 61).

[30] Des traitements de physiothérapie et de chiropraxie ont été entrepris sur les conseils du D<sup>r</sup> Andrew Hutton, médecin de famille du demandeur depuis approximativement 1990. Au terme de deux séances de physiothérapie et d’une séance de chiropraxie, les traitements ont été abandonnés en l’absence d’une amélioration fonctionnelle.

[31] Les rapports du physiothérapeute, Eric Lamme, datés du 5 février 1996 et du 15 avril 1996, confirment que toute tentative d’augmentation de l’activité physique entraînait une aggravation importante des symptômes. M. Lamme a écrit que les activités de la vie quotidienne du demandeur et sa qualité de vie en général continuaient d’être «considérablement compromises» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 216 et 217).

[32] Le demandeur a vu le D<sup>r</sup> N. S. Turner, chirurgien orthopédiste, en mai 1996. Le D<sup>r</sup> Turner a rapporté que M. Doucette paraissait [TRADUCTION] «tenir la tête déviée vers la droite, dans une position apparemment involontaire», et qu’[TRADUCTION] «il paraissait vraiment handicapé par les problèmes liés à la

record, Vol. 1, Tab 2(d), page 219).

[33] In December of 1996, the applicant again saw Dr. Turner, who reported that “Mr. Doucette’s symptoms remain about the same, as when I saw him in May. He continues to complain of neck pain, pain in the mid-thoracic spine and pain in the posterior aspect of the right hip, with radiation down to the left knee. He also voiced a new complaint today, that of a ringing in his ear, which occurs if he forward flexes. This apparently has been present intermittently since his accident” (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(d), page 221).

[34] On January 30, 1997, a functional capacity evaluation was carried out by Jane Simmons of Integrated Occupational Health Services (IOHS). Following this half-day assessment, she stated that the applicant was functioning within the sedentary, light or medium classification of work (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 224-240, at page 224).

[35] The applicant saw Dr. Frank Nofall, an orthopaedic surgeon, in March 1997. In his report of March 25, 1997, Dr. Nofall questioned the conclusion of the functional capacity evaluation that the applicant is capable of light to moderate occupations. He stated his opinion that the applicant “will have to find some form of sedentary position. If he is not educated to do this, he would have to be retrained”. Dr. Nofall went on to state “I feel that Mr. Doucette’s situation is permanent and I feel that he will have to learn to work around his discomfort. To what extent he can do an occupation or activity will be based on the symptoms that he is experiencing and his tolerance of those symptoms” (applicant’s record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 241A-243, at page 242).

[36] Dr. Nofall further clarified in his report of August 1, 1997, that the likelihood of surgical

malposition de la tête et par les douleurs» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 219).

[33] En décembre 1996, le demandeur a vu de nouveau le D<sup>r</sup> Turner, qui a rapporté que [TRADUCTION] «les symptômes de M. Doucette restent à peu près les mêmes que ceux que j’ai observés en mai. Il continue de se plaindre de douleurs au cou, au rachis dorsal et d’une douleur à la face postérieure de la hanche droite qui irradie vers le genou gauche. Il s’est également plaint pour la première fois aujourd’hui d’un tintement d’oreille, qui se produit lorsqu’il se penche vers l’avant. Il semble que ce trouble a été intermittent depuis son accident» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 221).

[34] Le 30 janvier 1997, Jane Simmons des Integrated Occupational Health Services (IOHS) a effectué une évaluation des capacités fonctionnelles du demandeur. À la suite de cette évaluation d’une demi-journée, elle a déclaré que le demandeur pouvait accomplir des tâches sédentaires, peu exigeantes physiquement ou d’un niveau de difficulté de léger à moyen (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 224 à 240, à la page 224).

[35] Le demandeur a vu le D<sup>r</sup> Frank Nofall, chirurgien orthopédiste, en mars 1997. Dans son rapport daté du 25 mars 1997, le D<sup>r</sup> Nofall a remis en question la conclusion de l’évaluation des capacités fonctionnelles selon laquelle le demandeur a la capacité d’accomplir des tâches peu exigeantes ou d’un niveau moyen. Il a exprimé l’avis que le demandeur [TRADUCTION] «devra trouver un type d’emploi sédentaire. S’il n’a pas la scolarité voulue pour le faire, il faudrait qu’il se recycle». Le D<sup>r</sup> Nofall a poursuivi en ces termes: [TRADUCTION] «J’ai le sentiment que la situation de M. Doucette est permanente et qu’il devra apprendre à s’adapter à ses malaises. Sa capacité éventuelle d’accomplir un travail ou une activité dépendra des symptômes qu’il éprouve et de sa capacité de les supporter» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 241A à 243, à la page 242).

[36] Le D<sup>r</sup> Nofall a également précisé dans son rapport du 1<sup>er</sup> août 1997 que la perspective d’une

intervention was quite low (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), page 245.)

[37] The applicant commenced a work hardening program with Jane Simmons of IOHS on June 24, 1997. He attended for 12 days and the program was discontinued on July 10, 1997. Following discontinuance, Ms. Simmons revised her conclusion and predicted that Mr. Doucette was competitively employable over an eight-hour workday within the classification of sedentary or light work (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 266-273, at page 273).

[38] The applicant never actually progressed beyond 3 hours per day in the work hardening program, and Ms. Simmons noted in her work hardening discharge report that his symptoms "progressively increased as the program continued" (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 266-273, at page 266). In her initial assessment progress report of June 11, 1997, Ms. Simmons reported that during the program, "objective signs of swelling and tightness were apparent in lateral aspect of left neck region" (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), page 213).

[39] Gertie Hunt, a registered psychologist, completed a psycho-vocational assessment of the applicant on August 4, 1997. At the time of the report, Ms. Hunt concluded that the applicant's "career options are very limited" and that he "is not a good candidate for retraining given his educational difficulties and would need on-the-job training" (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 247-262, at page 260).

[40] She administered the General Aptitude Test Battery which, according to her report, is a widely used assessment measure for determining an individual's ability to perform job-related activities. The applicant's scores in general learning ability, verbal aptitude, numerical aptitude and form perception were low, with the exception of motor-coordination, finger dexterity and manual dexterity, which were average to above average

intervention chirurgicale était très improbable (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 245).

[37] Le demandeur a commencé un programme de conditionnement au travail avec Jane Simmons des IOHS le 24 juin 1997. Sa participation a duré 12 jours et le programme a été interrompu le 10 juillet 1997. Après la cessation du programme, M<sup>me</sup> Simmons a révisé sa conclusion et pronostiqué que M. Doucette pourrait accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans le cadre d'emplois soumis à la concurrence durant une journée de travail de huit heures (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 266 à 273, à la page 273).

[38] Le demandeur n'a jamais vraiment dépassé trois heures dans le programme de conditionnement au travail, et M<sup>me</sup> Simmons a noté dans son rapport de congé du conditionnement au travail que les symptômes de M. Doucette [TRADUCTION] «s'aggravaient au fur et à mesure qu'avancait le programme» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 266 à 273, à la page 266). Dans son rapport de suivi de l'évaluation initiale du 11 juin 1997, M<sup>me</sup> Simmons a indiqué qu'au cours du programme, [TRADUCTION] «des signes objectifs d'enflure et de raideur étaient observables dans la face latérale de la région gauche du cou» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 213).

[39] Gertie Hunt, psychologue agréée, a effectué une évaluation psycho-professionnelle du demandeur le 4 août 1997. Au moment du rapport, M<sup>me</sup> Hunt a conclu que les [TRADUCTION] «options professionnelles [de M. Doucette] sont très restreintes» et qu'il [TRADUCTION] «n'est pas un bon candidat pour le recyclage étant donné ses difficultés de scolarité et [qu'] il aurait besoin d'une formation en cours d'emploi» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 247 à 262, à la page 260).

[40] Elle a administré la Batterie générale de tests d'aptitudes qui, selon son rapport, est une mesure couramment employée pour établir la capacité d'une personne d'accomplir les tâches reliées à un emploi. Les résultats du demandeur sur l'aptitude générale à apprendre, les aptitudes verbales, les aptitudes numériques et la perception des formes étaient faibles, à l'exception de la coordination motrice et de la dextérité

score (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), page 255).

[41] Ms. Hunt also administered the WJ-R Tests of Achievement which provide information about achievement in traditional academic areas. She noted that the applicant reported having completed a grade twelve equivalency and therefore his grade equivalent scores (at the level of elementary school) were much lower than expected. His math performance was stronger than his reading and writing performance. However, his low scores were consistent with reported difficulties and it was possible, she wrote, that the applicant had difficulty retaining what he learned. When reading comprehension was assessed, he was observed to misinterpret the meaning through substituting words (e.g., "largest for longest"). Vocabulary skills (word pronunciations and meanings) interfered with reading comprehension (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d) page 256).

[42] The applicant saw the physiotherapist, Eric Lamme, again on September 14, 1999. The physiotherapist, in his correspondence of September 20, 1999, stated that "[o]verall, his symptoms had remained the same in character and continued to severely compromise his quality of life" (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(c), pages 42 and 43).

[43] Andrea Hutchens, occupational therapist, carried out a functional capacity evaluation of the applicant on June 19, 25 and 27, 2002. She wrote that it was doubtful that the applicant would be capable of sustaining full-time employment at even a sedentary level (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(h), pages 299-312).

[44] The applicant obtained leave to appeal the decision of the Review Tribunal which had dismissed his application. The hearing before the Board took place on July 23, 2002.

[45] The Board dismissed the appeal on October 11, 2002. The reasons for the Board's decision were dated

digitale et manuelle, qui étaient moyennes ou supérieures à la moyenne (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 255).

[41] M<sup>me</sup> Hunt a également administré les tests de performance WJ-R, qui renseignent sur la performance dans les matières scolaires usuelles. Elle a noté que le demandeur avait indiqué avoir terminé l'équivalent d'une douzième année mais que ses résultats en termes de niveau de scolarité (du niveau primaire) étaient beaucoup plus faibles que prévu. Ses résultats en mathématiques étaient supérieurs à ses résultats en lecture et écriture. Cependant, la faiblesse de ses résultats correspondait aux difficultés signalées et il se pouvait, écrivait-elle, que le demandeur ait du mal à retenir ce qu'il avait appris. Pour l'évaluation de la compréhension de la lecture, on a observé qu'il interprétait mal le sens des mots, opérant des substitutions (par exemple, [TRADUCTION] «de plus large substitué à le plus long»). Ses habiletés en vocabulaire (prononciation et sens des mots) nuisaient à sa compréhension de la lecture (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d) page 256).

[42] Le demandeur a vu de nouveau le physiothérapeute Eric Lamme le 14 septembre 1999. Dans sa lettre du 20 septembre 1999, le physiothérapeute a déclaré que [TRADUCTION] «dans l'ensemble, ses symptômes étaient restés identiques en nature et continuaient de compromettre gravement sa qualité de vie» (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(c), pages 42 et 43).

[43] Andrea Hutchens, ergothérapeute, a effectué une évaluation des capacités fonctionnelles du demandeur les 19, 25 et 27 juin 2002. Elle a écrit qu'il était peu probable que le demandeur soit en mesure d'occuper un emploi à temps plein, même dans un travail sédentaire (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(h), pages 299 à 312).

[44] Le demandeur a obtenu l'autorisation d'en appeler de la décision du tribunal de révision qui avait rejeté sa demande. L'audience devant la Commission s'est tenue le 23 juillet 2002.

[45] La Commission a rejeté l'appel le 11 octobre 2002. Les motifs de la décision de la Commission sont

August 26, 2002 (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 9-21).

datés du 26 août 2002 (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 9 à 21).

## 2. The decision of the Board

[46] The Board stated at the outset that to be eligible for a disability pension, the applicant was obligated to satisfy two basic requirements. He must have made valid contributions to the Plan for a minimum qualifying period which, in his case, was December 31, 1997, and he must prove that his disability (physical or mental) was "severe and prolonged" as defined in paragraph 42(2)(a) of the Plan. To be classified as severe, the Board wrote, the disability must be such as renders him incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation; and "prolonged" only if it is determined to be long continued and of an indefinite duration or is likely to result in death.

[47] The Board summarized the medical evidence including a very thorough functional capacity evaluation done in January of 1997 by Jane Simmons, an occupational therapist, who concluded that although the applicant would be unable to return to his previous employment, he was functioning within the sedentary, light and not quite medium classification of work. The applicant was seen again by her in October 1997, following a work hardening program, which turned out to be too demanding on the applicant. She then revised her conclusion, stating that Mr. Doucette could perform sedentary or light work and be competitively employable over a eight-hour work day.

[48] The Board noted at paragraph 8 of its reasons that Jane Simmons had before her a psycho-vocational assessment report of Gertie Hunt, a registered psychologist, dated August 4, 1997, in which Ms. Hunt concluded that the applicant's career options were "very limited given his physical limitations and educational history". The Board quoted Ms. Hunt, who stated:

## 2. La décision de la Commission

[46] La Commission a déclaré au départ que pour être admissible aux prestations d'invalidité, l'appelant devait satisfaire à deux exigences principales. Il doit avoir versé des cotisations valides au Régime de pensions du Canada pendant au moins la période minimale d'admissibilité, qui en l'espèce était fixée au 31 décembre 1997, et il doit prouver qu'il est atteint d'une invalidité (physique ou mentale) «grave et prolongée» au sens de l'alinéa 42(2)a) du Régime. Pour être jugée grave, la Commission a écrit que l'invalidité doit être de nature à le rendre régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice; et elle n'est jugée «prolongée» que si elle est déclarée devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès.

[47] La Commission a résumé la preuve médicale, notamment l'évaluation très complète des capacités fonctionnelles réalisée en janvier 1997 par Jane Simmons, ergothérapeute, qui a conclu que bien qu'il soit incapable de réintégrer son ancien emploi, le demandeur pouvait accomplir des tâches sédentaires, peu exigeantes physiquement et d'un niveau légèrement inférieur à la moyenne. Le demandeur a été vu de nouveau par cette ergothérapeute en octobre 1997, au terme d'un programme de conditionnement au travail, qui s'est révélé trop exigeant pour le demandeur. Elle a alors révisé sa conclusion, déclarant que M. Doucette pourrait accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans le cadre d'emplois soumis à la concurrence durant une journée de travail de huit heures.

[48] La Commission a noté au paragraphe 8 de ses motifs que Jane Simmons disposait du rapport d'évaluation psycho-professionnelle de Gertie Hunt, psychologue agréée, daté du 4 août 1997, dans lequel M<sup>me</sup> Hunt concluait que les possibilités d'emploi du demandeur étaient «très restreintes, compte tenu de ses limitations physiques et de son niveau de scolarité». La Commission a cité M<sup>me</sup> Hunt, qui déclarait:

It is the opinion of this examiner that Daniel's reasonable employment prospects in today's labour market are very limited because of his injury and his strong orientation to **REALISTIC** occupations which usually involve moderate to heavy physical activity.

[49] The Board wrote at paragraph 9 of its reasons that "[a]lthough various assessments including Jane Simmons and Gertie Hunt (who testified before us) appear to believe now that Mr. Doucette fits the required definition of disability, we are more persuaded by the reports made immediately prior to the minimum qualifying period".

[50] The Board said it was particularly drawn to that of orthopaedic surgeon Dr. Frank Nofall, dated December 2, 1999, who had also seen the applicant in February, March and August 1997. On these occasions, the Board wrote, Dr. Nofall reported that Mr. Doucette ought to attempt to maximize his level of activity and would have to endure his discomfort and seek out sedentary work.

[51] The Board [at paragraph 9] then quoted this long extract of Dr. Nofall's letter of December 2, 1999:

I saw this gentleman in my office today, November 24, 1999, at your request. You are well aware of his symptomatology and his situation. He settled his case with the lawyers but is now in the process of an appeal to Canada Pension.

He feels he is getting worse with time. He now has some symptoms that are a bit of a concern. He describes deafness that comes on when he puts his neck in certain positions. Obviously, the concern here is that he is having vertebral artery occlusion and I gather he has been assessed by ENT from the point of view of getting further investigations in the form of a MRI. I personally have no problem with this being done.

The difficulty with this gentleman is that he has such diffuse symptoms, I do not think they can be explained, based on cervical spine problems only. There is no doubt that the issue is level of function that he is capable of performing, based on his symptoms and this is always a contentious issue with Canada Pension and this is obvious. All I am able to state is

[TRADUCTION] L'évaluateur est d'avis que les perspectives d'emploi de Daniel sur le marché du travail d'aujourd'hui sont très restreintes compte tenu de ses blessures et de son intérêt à l'égard d'emplois **RÉALISTES** qui comportent généralement des activités physiques dont le niveau de difficulté varie de moyen à élevé.

[49] Dans ses motifs, la Commission a écrit au paragraphe 9: «Bien que diverses évaluations, y compris celles de M<sup>mes</sup> Jane Simmons et Gertie Hunt (qui ont témoigné devant nous), semblent indiquer que les affections de M. Doucette correspondent à la définition de l'invalidité au sens de la loi, nous sommes davantage convaincus par les rapports élaborés immédiatement avant la période minimale d'admissibilité».

[50] La Commission a dit que le rapport du D<sup>r</sup> Frank Nofall, chirurgien orthopédiste, daté du 2 décembre 1999, avait particulièrement attiré son attention. Le médecin avait vu le demandeur en février, mars et août 1997. Lors de ces consultations, a écrit la Commission, le D<sup>r</sup> Nofall avait rapporté que M. Doucette devait tenter de rester le plus actif possible, qu'il devrait endurer ses douleurs et chercher un emploi sédentaire.

[51] La Commission [au paragraphe 9] a ensuite cité un long extrait de la lettre du D<sup>r</sup> Nofall datée du 2 décembre 1999:

[TRADUCTION] J'ai reçu ce patient à mon cabinet aujourd'hui, le 24 novembre 1999, à votre demande. Vous êtes au courant de sa symptomatologie et de sa situation. Il a réglé ses affaires avec les avocats, mais il a interjeté appel devant la Commission canadienne des pensions.

Il a l'impression que son état s'aggrave avec le temps. Il a maintenant des symptômes qui sont quelque peu préoccupants. Il dit qu'il a un problème de surdité lorsqu'il bouge le cou dans certaines positions. De toute évidence, le problème est une compression d'une artère vertébrale et je crois comprendre qu'il a été évalué par un ORL, qui a recommandé d'autres examens, comme une IRM. Je n'ai personnellement aucune objection à cet égard.

La difficulté concernant ce patient est que ses symptômes sont si diffus qu'il est difficile de les expliquer en se basant uniquement sur les problèmes de la colonne cervicale. Il ne fait aucun doute que la question à trancher est son niveau de fonctionnement, compte tenu de ses symptômes, et évidemment, cette question soulève systématiquement un litige dans

that this gentleman says from a subjective point of view, that he is incapable of performing any activity and therefore feels he deserves a pension based on his symptoms. One has to take this at face value and obviously there is always an issue of credibility with respect to the claims of an individual in a situation such as this. I have no reason to doubt Mr. Doucette's claim, based on his symptoms. He does have objective findings to support his symptoms, especially in his C-Spine with limitation of range of motion and postural changes. However, there is no neurological deficit able to be demonstrated. He is obviously fixated on the degree of symptoms that he experiences, as well. As I see these cases, it comes down to the fact that they are multi-factorial in nature. Not only are there physical aspects to this gentleman's problem but there is also emotional and educational issues with respect to Canada Pension. I am not able to comment any further on his educational or emotional aspects of his problem. All I am able to state is that in my opinion, he does have physical findings and physical complaints that would prevent him from performing his old job. He has been assessed by an occupational therapist and he does have some contentious issues with respect to that assessment, due to the fact that he feels that he was given a level of function that he feels he is not capable of performing. From an historical point of view, this gentleman does sound completely disabled. His examination is really non contributory today. As far as I am concerned, he is left with a permanent situation and I doubt that anything will show up from the point of view of positive MRI findings. However, I suggested that after he gets this scan, I will see him once more in clinic. If something does show up on his MRI Scan, then the most appropriate consultation would be to a neurosurgeon. I will see him once more but there is nothing Orthopaedic that we can do to help this individual.

[52] The Board then said, at paragraph 10:

In our view, this report not only succinctly summarizes Mr. Doucette's plight, it reveals serious concerns held by Dr. Nofall. It should be noted that the MRI report of April 7, 2000 simply concluded: "Small predominantly central disc protrusions at C5-C6 and minimally at C6-C7 levels." These findings confirm Dr. Nofall's earlier conclusions.

[53] The Board concluded at paragraph 11 of its reasons:

The reality is that because he has been out of work for so long, the likelihood of Mr. Doucette returning to the workforce in any capacity is low. Nevertheless, focusing on his condition prior to December 31, 1997 we have concluded, with greater effort at the time, Mr. Doucette might well be working today.

le contexte du régime de pensions. Tout ce que je peux dire, c'est que cet homme dit qu'il est incapable d'exercer toute activité, de quelque nature que ce soit, et que, par conséquent, il estime avoir droit à une pension en raison de ses symptômes. Il faut prendre sa parole et, évidemment la question de la crédibilité des allégations d'une personne se pose systématiquement dans ce genre de situation. Je n'ai aucune raison de douter des allégations de M. Doucette, compte tenu de ses symptômes. Il a effectivement présenté des preuves objectives à l'appui de ses symptômes, particulièrement l'amplitude de mouvement de la colonne cervicale et les changements de la posture. Cependant, aucun déficit neurologique n'a pu être observé. De plus, il est manifestement obsédé par l'intensité de ses symptômes. Ces cas, d'après mon expérience, sont de nature multifactorielle. Le problème de ce patient dépend non seulement de facteurs physiques mais également de facteurs psychologiques et éducationnels liés au Régime de pensions du Canada. Je ne peux commenter davantage ces aspects éducationnels ou émotionnels de son problème. Je peux simplement dire qu'il a effectivement des signes physiques et des douleurs physiques qui le rendent incapable de réintégrer son ancien emploi. Il a été évalué par une ergothérapeute et il conteste effectivement cette évaluation, alléguant qu'on lui a demandé d'exercer des activités dont le degré de difficulté était trop élevé pour lui. Compte tenu de ses antécédents, cet homme semble effectivement totalement invalide. L'examen que j'ai effectué aujourd'hui n'a rien révélé de plus. Quant à moi, il est atteint d'une invalidité permanente et je doute que les résultats d'une éventuelle IRM soient positifs. Cependant, je lui ai proposé de le revoir une dernière fois à la clinique lorsqu'il aura subi cet examen. Si l'IRM révèle une anomalie, il conviendra alors de consulter un neurochirurgien. Je le reverrai une dernière fois, mais, en tant qu'orthopédiste, je ne peux réellement rien faire pour aider cette personne.

[52] La Commission a ajouté au paragraphe 10:

À notre avis, non seulement ce rapport résume brièvement l'état de M. Doucette, mais il révèle les doutes importants du D<sup>r</sup> Nofall. Il faudrait souligner que dans le rapport IRM du 7 avril 2000, on a simplement conclu: «Petites saillies discales surtout centrales aux niveaux C5-C6 et minimales aux niveaux C6-C7». Ces observations confirment les conclusions antérieures du D<sup>r</sup> Nofall.

[53] La Commission a conclu au paragraphe 11 de ses motifs:

Le fait est qu'étant donné que M. Doucette n'a pas travaillé depuis longtemps, il est peu probable qu'il réintègre le marché du travail dans quelque genre d'emploi que ce soit. Nous avons néanmoins conclu que, compte tenu de son état avant le 31 décembre 1997, si des efforts plus importants avaient été faits



[54] The Board stated the law as found in *Villani*, and in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (F.C.A.). It dismissed, at paragraph 18 of its reasons, the applicant's claim on the ground that the evidence did not indicate, on a balance of probabilities, that a "severe" disability existed as of December 31, 1997.

### 3. The standard of review

[55] There is no question that if the Board erred in law, the standard of review is that of correctness, *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Skoric*, [2000] 3 F.C. 265 (C.A.), at paragraph 15, *Villani*, at paragraph 22. This would be particularly true if, as claimed by the applicant, the Board ignored relevant evidence that the law requires it to consider. Then the Board would have erred in law *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 41. The proposition is also true if the Board erred in failing to make a full analysis of each and every criteria in subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan.

[56] If, on the other hand, as claimed by the respondent, the Board did not ignore relevant evidence but weighed it in applying the statute to the facts, the question is one of mixed fact and law. Considering that the determination of such a question has a high factual component, the Court could only intervene if, in doing so, the Board acted in a patently unreasonable manner (*Spears v. Canada* (2004), 320 N.R. 351 (F.C.A.), paragraphs 9-11).

### 4. Relevant statutory provisions

[57] It is appropriate to keep in mind paragraph 44(1)(b) [as am.by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 13; S.C. 1997, c. 40, s. 69] of the Plan, which provides that:

à l'époque, M. Doucette travaillerait probablement aujourd'hui.

[54] La Commission a fait état de la jurisprudence traitée dans l'arrêt *Villani*, et dans l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Rice* (2002), 288 N.R. 34 (C.A.F.). Au paragraphe 18 de ses motifs, elle a rejeté la demande du demandeur au motif que les éléments présentés en preuve, selon la prépondérance de la preuve, n'établissaient pas une invalidité «grave» au 31 décembre 1997.

### 3. La norme de contrôle

[55] Si la Commission a commis une erreur de droit, il ne fait aucun doute que la norme de contrôle est la décision correcte, selon l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Skoric*, [2000] 3 C.F. 265 (C.A.), au paragraphe 15, et selon l'arrêt *Villani*, au paragraphe 22. Cela serait particulièrement vrai dans le cas où, comme le prétend le demandeur, la Cour n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents que la loi l'oblige à considérer. La Commission aurait alors commis une erreur de droit, selon l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 41. La proposition s'applique également si la Commission a commis une erreur en n'effectuant pas une analyse complète de chaque critère visé au sous-alinéa 42(2)a(i) du Régime.

[56] Par contre, si la Commission a pris en compte les éléments de preuve pertinents et les a appréciés en appliquant la loi aux faits, comme le prétend le défendeur, la question soulevée est alors une question mixte de droit et de fait. Comme la décision relative à cette question comporte une composante factuelle importante, la Cour ne devait intervenir que si la conduite de la Commission avait eu un caractère manifestement déraisonnable (*Spears c. Canada* (2004), 320 N.R. 351 (C.A.F.), aux paragraphes 9 à 11).

### 4. Les dispositions législatives applicables

[57] Il est indiqué de se rappeler ici l'alinéa 44(1)b) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 13; L.C. 1997, ch. 40, art. 69] du Régime, qui prévoit:

## DIVISION A

## BENEFITS PAYABLE

44. (1) Subject to this Part,

(a) a retirement pension shall be paid to a contributor who has reached sixty years of age;

(b) a disability pension shall be paid to a contributor who has not reached sixty-five years of age, to whom no retirement pension is payable, who is disabled and who

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(ii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if an application for a disability pension had been received before the contributor's application for a disability pension was actually received, or

(iii) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled if a division of unadjusted pensionable earnings that was made under section 55 or 55.1 had not been made; [My emphasis.]

[58] Paragraphs 42(2)(a) and (2)(b) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 23] read:

## PART II

## PENSIONS AND SUPPLEMENTARY BENEFITS

*Interpretation*

42. (1) . . .

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long

## SECTION A

## PRESTATIONS PAYABLES

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

a) une pension de retraite doit être payée à un cotisant qui a atteint l'âge de soixante ans;

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans, à qui aucune pension de retraite n'est payable, qui est invalide et qui:

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle l'a effectivement été,

(iii) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si un partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension n'avait pas été effectué en application des articles 55 et 55.1; [Non souligné dans l'original.]

[58] Les alinéas 42(2)a) et (2)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 23] prévoient:

## PARTIE II

## PENSIONS ET PRESTATIONS SUPPLÉMENTAIRES

*Définitions et interprétation*

42. (1) [. . .]

(2) Pour l'application de la présente loi:

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa:

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer

continued and of indefinite duration or is likely to result in death; and

(b) a person shall be deemed to have become or to have ceased to be disabled at such time as is determined in the prescribed manner to be the time when the person became or ceased to be, as the case may be, disabled, but in no case shall a person be deemed to have become disabled earlier than fifteen months before the time of the making of any application in respect of which the determination is made. [My emphasis.]

### 5. The legal framework

[59] In *Villani*, at paragraph 29, this Court established that “[t]he definition of a severe disability in the Plan is clearly a qualified one which must be contained by the actual language used in subparagraph 42(2)(a)(i)”. The meaning of the words used in that provision “must be interpreted in a large and liberal manner, and any ambiguity flowing from those words should be resolved in favour of a claimant for disability benefits”.

[60] The Court, at paragraph 32, found inspiring the more liberal approach adopted by the Board in what it characterized as a “real world” approach to the application of the severity requirement. “This approach”, wrote the Court, “requires the Board to determine whether an applicant, in the circumstances of his or her background and medical condition, is capable regularly of pursuing any substantially gainful occupation”. The Court referred to an earlier decision of the Board in *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.) and stated, at paragraph 33:

The “real world” approach was first adopted by the Board in *Leduc, Edward v. Minister of National Health and Welfare* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (P.A.B.). In that case, the Board found for the applicant on the following basis [at page 6022]:

The Board is advised by medical authority that despite the handicaps under which the Appellant is suffering, there might exist the possibility that he might be able to pursue some unspecified form of substantially gainful employment. In an abstract and theoretical sense, this might well be true. However, the Appellant does not live in an

pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès;

b) une personne est réputée être devenue ou avoir cessé d’être invalide à la date qui est déterminée, de la manière prescrite, être celle où elle est devenue ou a cessé d’être, selon le cas, invalide, mais en aucun cas une personne n’est réputée être devenue invalide à une date antérieure de plus de quinze mois à la date de la présentation d’une demande à l’égard de laquelle la détermination a été établie. [Non souligné dans l’original.]

### 5. Le cadre juridique

[59] Dans l’arrêt *Villani*, au paragraphe 29, la Cour a établi que «[l]a définition d’une invalidité grave donnée par le Régime est clairement une définition restrictive qui doit être interprétée selon le texte effectif du sous-alinéa 42(2)a(i)». Le sens des mots utilisés dans cette disposition «doit être interprété d’une façon large et libérale, et toute ambiguïté découlant de ces mots doit se résoudre en faveur de la personne qui demande des prestations d’invalidité».

[60] Au paragraphe 32, la Cour a trouvé inspirante l’approche plus libérale adoptée par la Commission dans ce qu’il est convenu d’appeler l’approche «réaliste» de l’application de la condition touchant la gravité de l’invalidité. «Cette analyse», a écrit la Cour, «obligeait la Commission à déterminer si un requérant, dans sa situation particulière et selon ses antécédents médicaux, était régulièrement en mesure de détenir une occupation véritablement rémunératrice.» La Cour a renvoyé à une décision antérieure de la Commission, *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.), et déclaré au paragraphe 33:

L’analyse «réaliste» a d’abord été adoptée par la Commission dans la décision *Leduc, Edward c. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social* (1988), C.E.B. & P.G.R. 8546 (C.A.P.). Dans cette décision, la Commission avait tranché en faveur du requérant en s’appuyant sur les motifs suivants [à la page 6022]:

[TRADUCTION] Les autorités médicales ont informé la Commission que, malgré les handicaps dont souffre l’appelant, il pourrait y avoir une possibilité qu’il puisse continuer à exercer une certaine forme, non précisée, d’emploi véritablement rémunérateur. Dans un sens abstrait et théorique, cela pourrait être vrai. Toutefois, l’appelant ne

abstract and theoretical world. He lives in a real world, people [sic] by real employers who are required to face up to the realities of commercial enterprise. The question is whether it is realistic to postulate that, given all of the Appellant's well documented difficulties, any employer would even remotely consider engaging the Appellant. This Board cannot envision any circumstances in which such might be the case. In the [page 149] Board's opinion, the Appellant, Edward Leduc, is for all intents and purposes, unemployable. [My emphasis.]

vit pas dans un monde abstrait et théorique. Il vit dans un monde réel, peuplé d'employeurs réels qui sont tenus de faire face aux réalités d'une entreprise commerciale. La question est donc de savoir s'il est réaliste de présumer que, compte tenu de toutes les difficultés bien documentées de l'appelant, un employeur pourrait même envisager la possibilité d'engager l'appelant. La Commission ne peut penser à une situation dans laquelle cela pourrait être le cas. De l'avis de la Commission [page 149 de l'original], l'appelant, Edward Leduc, est, à toutes fins pratiques, inemployable. [Non souligné dans l'original.]

[61] The Court (at paragraph 39) endorsed the conclusion and reasons given by the Board in the case of *Barlow v. Minister of Human Resources Development* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (P.A.B.), where an analysis was made of each relevant word of subparagraph 42(2)(a)(i). The Court reproduced this analysis at paragraph 37 of its reasons, which read:

[61] La Cour (au paragraphe 39) a confirmé la conclusion et les motifs présentés par la Commission dans la décision *Barlow c. Ministre du Développement des Ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (C.A.P.), où elle a effectué une analyse de chaque terme pertinent du sous-alinéa 42(2)(a)(i). La Cour a repris cette analyse au paragraphe 37 de ses motifs, dans les termes suivants:

Is her disability sufficiently severe that it prevents her from regularly pursuing any substantially gainful occupation?

[TRADUCTION] Son invalidité est-elle suffisamment grave pour l'empêcher de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice?

To address this question, we deem it appropriate to analyze the above wording to ascertain the intent of the legislation:

Pour répondre à cette question, nous estimons qu'il est approprié d'analyser le libellé précité pour établir avec précision l'intention du législateur:

**Regular** is defined in the *Greater Oxford Dictionary* as "usual, standard or customary".

Le *Greater Oxford Dictionary* définit ainsi le mot régulier: «habituel, normal ou ordinaire».

**Regularly** — "at regular intervals or times."

**Régulièrement**—«à intervalles réguliers».

**Substantial** — "having substance, actually existing, not illusory, of real importance or value, practical."

**Véritable**—«authentique, qui existe réellement, non illusoire, dont l'importance ou la valeur est réelle, pratique».

**Gainful** — "lucrative, remunerative paid employment."

**Rémunérateur**—«lucratif, emploi rémunéré».

**Occupation** — "temporary or regular employment, security of tenure."

**Occupation**—«emploi temporaire ou permanent, inamovibilité».

[62] The Court then wrote, at paragraph 38:

[62] La Cour a ensuite écrit, au paragraphe 38:

This analysis of subparagraph 42(2)(a)(i) strongly suggests a legislative intention to apply the severity requirement in a "real world" context. Requiring that an applicant be incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation is quite different from requiring that an applicant be incapable at all times of pursuing any conceivable occupation. Each word in the subparagraph must be given meaning and when read in that way the subparagraph indicates, in my opinion, that Parliament viewed as severe any disability which renders an

Cette analyse du sous-alinéa 42(2)a(i) donne fortement à penser que le législateur avait l'intention d'appliquer l'exigence concernant la gravité de l'invalidité dans un contexte «réaliste». Exiger d'un requérant qu'il soit incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice n'est pas du tout la même chose que d'exiger qu'il soit incapable de détenir n'importe quelle occupation concevable. Chacun des mots utilisés au sous-alinéa doit avoir un sens, et cette disposition lue de cette façon indique, à mon

applicant incapable of pursuing with consistent frequency any truly remunerative occupation. In my view, it follows from this that the hypothetical occupations which a decision-maker must consider cannot be divorced from the particular circumstances of the applicant, such as age, education level, language proficiency and past work and life experience. [My emphasis.]

#### 6. The applicant's submission

[63] The applicant submits that while the Board did refer to the real world test set out in *Villani*, the Board erred in that it did not make any attempt to apply this test to the applicant. The Board, says the applicant, failed to consider how the particular circumstances of the applicant and, most significantly, his learning disability, affect the “hypothetical occupations which a decision-maker must consider” (as stated in *Villani*, at paragraph 38). In doing so, the applicant submits the Board made an error which involved the interpretation and application of the definition of a severe disability and its decision should be reviewed on a standard of correctness.

[64] The applicant further submits that the Board erred in law in its interpretation of how labour conditions affect the real world test in *Villani*. While the availability of work in the applicant's location is irrelevant to the question of whether the applicant is disabled, as held in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rice*, whether or not he is capable of employment in the “real world” is relevant.

[65] I agree.

[66] The legal analysis of the “real world” is a demanding one which the Board is duty-bound to address its mind to. If it fails to make this analysis, the Board fails to properly apply the law to the facts before it. In doing so, it errs in law. The standard of review in the case at hand is that of correctness.

avis, que le législateur a jugé qu'une invalidité est grave si elle rend le requérant incapable de détenir pendant une période durable une occupation réellement rémunératrice. À mon avis, il s'ensuit que les occupations hypothétiques qu'un décideur doit prendre en compte ne peuvent être dissociées de la situation particulière du requérant, par exemple son âge, son niveau d'instruction, ses aptitudes linguistiques, ses antécédents de travail et son expérience de la vie. [Non souligné dans l'original.]

#### 6. La prétention du demandeur

[63] Le demandeur soutient que bien que la Commission ait effectivement fait référence au critère réaliste exposé dans l'arrêt *Villani*, elle a commis une erreur en ne cherchant aucunement à appliquer ce critère au demandeur. La Commission, dit le demandeur, n'a pas examiné comment son cas particulier, notamment ses difficultés d'apprentissage, affectait les «occupations hypothétiques qu'un décideur doit prendre en compte» (comme le dit l'arrêt *Villani*, au paragraphe 38). Ce faisant, fait valoir le demandeur, la Commission a commis une erreur qui touchait l'interprétation et l'application de la définition de l'invalidité grave et sa décision doit donc être révisée selon la norme de la décision correcte.

[64] Le demandeur fait en outre valoir que la Commission a commis une erreur de droit en interprétant la façon dont les conditions du marché du travail touchent le critère réaliste dans l'arrêt *Villani*. Si la disponibilité des emplois dans le lieu où habite le demandeur n'est pas un facteur pertinent pour savoir s'il est atteint ou n'est pas atteint d'une invalidité, ce qui est établi dans l'arrêt *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Rice*, par contre la capacité ou l'incapacité du demandeur de trouver un emploi dans un contexte «réaliste» est un facteur pertinent.

[65] Je souscris à cette position.

[66] L'analyse juridique du critère «réaliste» est une analyse exigeante à laquelle la Commission est tenue de procéder. À défaut d'effectuer cette analyse, la Commission n'applique pas correctement le droit aux faits dont elle est saisie. Ce faisant, elle commet une erreur de droit. La norme de contrôle en l'espèce est celle de la décision correcte.

### 7. Analysis

[67] The pivots of the Board's decision are the pre-December 31, 1997, written reports of Jane Simmons, an occupational therapist, dated January 30, 1999, and October 1, 1997, and the psycho-vocational assessment of Gertie Hunt dated August 4, 1997, together with the letter of Dr. Nofall dated December 2, 1999. The Board indicated his preference with the written reports of Jane Simmons and Gertie Hunt rather than their testimonies at the hearing. Dr. Nofall did not testify.

[68] A close examination of the written reports of these two experts is in order.

[69] Gertie Hunt's psycho-vocational assessment of August 4, 1997 (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), pages 247-262), spoke about the applicant's attitude, learning disability and interests in the following manner (at pages 258-259):

Daniel reported that he has been experiencing a great deal of physical pain and discomfort since the time of the accident and feels a sense of hopelessness about his condition expecting that it will only worsen. In addition to having to cope with the effects of his injury on employment and every day living, he has had to cope with major stressors this year including the death of his father and nephew.

...

An assessment of Daniel's intellectual ability as measured by the WAIS-R determined his verbal intelligence score to be in the low average range relative to his age group, his non-verbal intelligence score to be average and his full scale score to be low average. A difficult school history and limited reading activity, in addition to discomfort impacting on concentration, may have lowered some of his subtest scores. Non-verbal skills (visual motor, ability to interpret and organize visually perceived materials, visual attention to detail) can be considered areas of relative strength for him. Verbal or language skills and concentration were identified as deficit areas.

...

Educational achievement, as measured by the Woodcock-Johnson Tests of Achievement identified reading, writing and math skills to be at the level of an elementary

### 7. L'analyse

[67] Les assises de la décision de la Commission sont les rapports écrits de l'ergothérapeute Jane Simmons, datés du 30 janvier 1999 et du 1<sup>er</sup> octobre 1997, donc antérieurs au 31 décembre 1997, l'évaluation psycho-professionnelle de Gertie Hunt, datée du 4 août 1997, ainsi que la lettre du D<sup>r</sup> Nofall, datée du 2 décembre 1999. La Commission a indiqué qu'elle préférerait les rapports écrits de Jane Simmons et Gertie Hunt à leurs témoignages à l'audience. Le D<sup>r</sup> Nofall n'a pas témoigné.

[68] Il est donc indiqué d'étudier attentivement les rapports écrits de ces deux expertes.

[69] L'évaluation psycho-professionnelle de Gertie Hunt du 4 août 1997 (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), pages 247 à 262) décrit l'attitude, les difficultés d'apprentissage et les intérêts du demandeur de la manière suivante (aux pages 258 et 259):

[TRADUCTION] Daniel a signalé qu'il ressent beaucoup de douleur physique et de malaises depuis son accident et qu'il désespère de son état de santé, qui ne peut aller qu'en s'aggravant, selon lui. En plus d'avoir dû s'adapter aux séquelles de sa blessure sur son emploi et sa vie quotidienne, il a dû faire face cette année à d'autres événements très stressants, notamment le décès de son père et de son neveu.

[...]

L'évaluation des capacités intellectuelles de Daniel, mesurées par le WAIS-R, a coté son intelligence verbale dans le registre moyen faible par rapport à son groupe d'âge, son intelligence non verbale dans le registre moyen, pour une cote globale dans l'échelle de moyen faible. Des antécédents de scolarité difficiles et des carences en lecture, ainsi que les malaises qui influent sur sa concentration, ont pu abaisser certains résultats des sous-tests. Les habiletés non verbales (visuo-motrices, capacité d'interpréter et d'organiser les perceptions visuelles, attention visuelle aux détails) peuvent être considérées comme des domaines relativement forts chez lui. Les capacités verbales et linguistiques ainsi que la concentration ont été identifiées comme des domaines où il y a des carences.

[...]

S'agissant du niveau d'instruction, mesuré par les tests psychoéducatifs Woodcock-Johnson, la lecture, l'écriture et les habiletés mathématiques ont été cotées au niveau de celles

school student. Daniel's scores were lower than expected given that he completed a high school education through upgrading and given his intellectual ability as measured by the WAIS-R. These inconsistencies suggest that Daniel may have a specific learning disability which was not identified when he was in school (individuals with learning disabilities are of average intelligence but are unable to achieve to the level of their potential without specific accommodations in an academic environment). Throughout testing, Daniel displayed low confidence in academic-related tasks.

Daniel's interests, as explored through the Self-Directed Search, were largely associated with occupations in the Realistic category; these occupations are of a technical and mechanical nature. It was quite evident, however, that Daniel's scores were being influenced by a very limited knowledge of the world of occupations and perceived strengths only in mechanical and manual skills, and in understanding other people. [My emphasis.]

[70] Based on the applicant's profile of abilities, interests, education (high school graduation) and physical limitations, Ms. Hunt was able to draw a list of 57 careers generated by the CHOICES computer program. She then stated (at page 260):

It is important to note that, although the educational requirement listed in the CHOICES program is high school graduation, most employers now require some combination of experience and training and are able to do so given the number of people seeking jobs in these areas [My emphasis.]

[71] She then made this statement, found at page 260 of the applicant's record, which the Board referred to and reproduced, in part, in its reasons [at paragraph 8]:

Daniel's career options are very limited given his physical limitations and educational history and it is likely that he would start at minimum wage in any occupation. He is not a good candidate for retraining given his educational difficulties and he would need on-the-job training. While he might consider minimum wage jobs such as gas station attendant, dispatcher and telemarketer, he would likely not achieve job satisfaction or attain the salary level associated with his previous employment at the Grace Hospital. It is the opinion of the examiner that Daniel's reasonable employment prospects in today's labour market are very limited because of his injury and

d'un élève du primaire. Les résultats de Daniel étaient plus faibles qu'on l'aurait prévu, étant donné qu'il a terminé des études secondaires par du recyclage et compte tenu des capacités intellectuelles mesurées par le WAIS-R. Ces incohérences suggèrent que Daniel pourrait souffrir d'un trouble spécifique d'apprentissage non identifié à l'école (les sujets qui ont des difficultés d'apprentissage ont une intelligence moyenne mais sont incapables d'atteindre leur plein potentiel sans aménagements spécifiques du milieu pédagogique). Pendant tous les tests qu'il a subis, Daniel s'est montré peu confiant dans les tâches reliées aux connaissances scolaires.

Les intérêts de Daniel, explorés par la Self-Directed Search, sont en grande partie associés à des emplois de la catégorie «Réaliste»; ces emplois sont de nature technique et mécanique. Il a été très manifeste, toutefois, que les résultats de Daniel ont été influencés par sa connaissance très limitée du marché de l'emploi et par la perception qu'il a de ses forces, comme étant limitées aux habiletés mécaniques et manuelles, et à la compréhension des autres. [Non souligné dans l'original.]

[70] En s'appuyant sur le profil du demandeur au plan des capacités, des intérêts, de la scolarité (diplôme de fin d'études secondaires) et des limitations physiques, M<sup>me</sup> Hunt a pu dresser une liste de 57 carrières à l'aide du programme informatique CHOICES. Elle a ensuite déclaré (à la page 260):

[TRADUCTION] Il est important de noter que, bien que les exigences de scolarité mentionnées dans le programme CHOICES soient le diplôme de fin d'études secondaires, la plupart des employeurs exigent maintenant une combinaison d'expérience et de formation et peuvent l'exiger étant donné le grand nombre de personnes qui recherchent des emplois dans ces domaines. [Non souligné dans l'original.]

[71] Elle a ensuite fait la déclaration qui suit, à la page 260 du dossier du demandeur, à laquelle la Commission a renvoyé et qu'elle a reprise en partie dans ses motifs [au paragraphe 8]:

[TRADUCTION] Les options professionnelles de Daniel sont très restreintes étant donné ses limitations et sa scolarité et il commencerait vraisemblablement au salaire minimum dans tout emploi. Il n'est pas un bon candidat pour le recyclage en raison de ses difficultés de scolarité et il aurait besoin d'une formation en cours d'emploi. Il pourrait envisager des emplois au salaire minimum, comme ceux de pompiste, de répartiteur et en télémarketing, mais il est probable qu'il n'obtiendrait pas la même satisfaction au travail ou le même niveau de rémunération que dans son emploi antérieur au Grace Hospital. L'évaluateur est d'avis que les perspectives d'emploi de Daniel

his strong orientation to REALISTIC occupations which usually involve moderate to heavy physical activity. [My emphasis.]

[72] The Board did not refer to a long list of the applicant's personal frustrations and limitations observed by Ms. Hunt, which followed immediately (at page 261):

Based upon the results of this assessment, the following is recommended:

- \* Retraining cannot be considered a good choice for Daniel given his long history of educational difficulties. Daniel would be better suited to on-the-job training where he learns through demonstration and oral instructions. A work environment best suited to his abilities and interests is one which would involve hands-on types of work using his skills at "putting things together and taking them apart". An office environment would not be a suitable option for Daniel.
- \* It is important that the following be provided to assist Daniel in making a career transition: counselling for career exploration (to learn about occupations and awareness of strengths and interests), and occupational therapy services to evaluate and assist with making physical adjustments. A job trial and job shadowing as recommended by Ms. Simmons can be considered important in determining whether a particular job or work environment can meet his physical needs, and whether he is capable of working on a full or part time basis.
- \* It is important that Daniel not feel rushed into any particular occupation. He reported a great deal of physical and psychological stress which has been ongoing for the past two years. He also feels a loss of control over events in his life; therefore it is important that he feels very much a part of any process and having some control over the outcomes.
- \* Should Daniel decide to pursue some retraining or upgrading of his skills in the future, he might consider some additional assessment to clarify the nature of a possible learning disability. Such an assessment would provide recommendations to address learning problems. Also, Daniel might wish to improve on some of the basic skills in reading, math and writing as they may have an impact in employment situations.

sur le marché du travail d'aujourd'hui sont très restreintes compte tenu de ses blessures et de son intérêt à l'égard d'emplois RÉALISTES qui comportent généralement des activités physiques dont le niveau de difficulté varie de moyen à élevé. [Non souligné dans l'original.]

[72] La Commission ne s'est pas référée à la longue énumération des frustrations et limitations personnelles du demandeur observées par M<sup>me</sup> Hunt, qui suivait immédiatement (à la page 261):

[TRADUCTION] Au vu des résultats de la présente évaluation, les recommandations sont les suivantes:

- \* Le recyclage ne peut être vu comme une bonne option pour Daniel compte tenu de ses longs antécédents de difficultés scolaires. Daniel serait plus apte à recevoir de la formation en cours d'emploi, où il apprend par la démonstration et des instructions verbales. Le milieu de travail le mieux adapté à ses capacités et à ses intérêts est un milieu qui comporterait des travaux de nature pratique faisant appel à ses habiletés «d'assembler et de démonter des objets ou des choses». Un travail de bureau ne serait pas une bonne option pour Daniel.
- \* Il est important de fournir à Daniel les éléments suivants pour l'aider dans sa réorientation professionnelle: du conseil en exploration des carrières (se renseigner sur les emplois et prendre conscience de ses forces et de ses intérêts) et des services d'ergothérapie pour des évaluations et de l'aide en matière de réadaptation physique. Comme le recommande M<sup>me</sup> Simmons, un emploi à l'essai et de l'observation au poste de travail peuvent être jugés importants pour établir si un travail ou un milieu de travail particulier peuvent répondre à ses besoins physiques et s'il est en mesure de travailler à temps plein ou à temps partiel.
- \* Il est important que Daniel ne se sente pas poussé vers un travail en particulier. Il a fait état d'une situation de grand stress physique et psychologique au cours des deux dernières années. Il a aussi le sentiment de perdre le contrôle sur les événements de sa vie; il est donc important qu'il se sente vraiment partie prenante de tout processus et qu'il ait un certain contrôle sur les résultats.
- \* Si Daniel décidait d'effectuer du recyclage ou de perfectionner ses capacités dans l'avenir, il pourrait envisager une évaluation supplémentaire pour explorer la nature d'une possible difficulté d'apprentissage. Cette évaluation fournirait des recommandations pour régler ses problèmes d'apprentissage. Daniel pourrait également souhaiter améliorer certaines de ses habiletés fondamentales en lecture, mathématiques et écriture, car elles ont un effet sur les situations d'emploi.



- \* Some counselling to address pain management, current stressors and lifestyle management would be beneficial for Daniel. He might also learn ways of managing pain through occupational therapy. While a pain management program for groups of individuals might be beneficial at a future time, Daniel might not be comfortable with a group situation at the present time.
- \* Daniel might look into programs available through government for individuals with disabilities. One such program is the "Opening Door Program", an employment equity program for disabled individuals (brochures are attached). Consultation with Jim MacDonald who coordinates the program revealed that there are difficulties in placing unskilled workers. However, the program may be of some benefit.
- \* Des conseils sur le soulagement de la douleur et la gestion des facteurs de stress actuels ainsi que des habitudes de vie seraient bénéfiques à Daniel. Il pourrait aussi se familiariser avec les approches de gestion de la douleur par l'ergothérapie. Un programme collectif de soulagement de la douleur pourrait lui être utile plus tard, mais en ce moment Daniel risque de ne pas se sentir à l'aise au sein d'un groupe.
- \* Daniel pourrait s'intéresser aux programmes qu'offre le gouvernement aux personnes handicapées. L'un de ces programmes, le programme «Opening Doors», est un programme d'équité en emploi pour les personnes handicapées (dépliants ci-joints). Une consultation auprès de Jim MacDonald, coordonnateur du programme, a révélé que le placement de travailleurs sans qualifications est difficile. Cependant, le programme pourrait être utile.

[73] In summary, she wrote that retraining could not be considered a good choice for the applicant considering his long history of educational difficulties. She said the applicant would be better suited to on-the-job training in an environment which would involve hands-on types of work. She said he would need assistance to make a career transition. She suggested counselling and, perhaps, a job trial or job shadowing might be in order to see if the work met his physical needs and whether he was capable of working on a full- or part-time basis. She addressed the applicant's psychological stress, his learning problems, and his pains.

[73] En résumé, elle a écrit que le recyclage ne pouvait être considéré comme une bonne option pour le demandeur, étant donné ses longs antécédents de difficultés scolaires. Elle a dit que le demandeur serait plus apte à recevoir de la formation en cours d'emploi dans un milieu de travail qui fait appel à des tâches pratiques. Elle a dit qu'il aurait besoin d'une aide pour effectuer une réorientation professionnelle. Elle a suggéré des conseils en orientation et, peut-être, un emploi à l'essai ou de l'observation au poste de travail afin de vérifier si l'emploi répond à ses besoins physiques et s'il est en mesure de travailler à temps plein ou à temps partiel. Elle a abordé le stress psychologique, les difficultés d'apprentissage et les douleurs du demandeur.

[74] She finally suggested the applicant might look into programs available through government for individuals with disabilities. She said she had consulted Jim MacDonald of the "Opening Doors Program". She wrote that while the program revealed difficulties in placing unskilled workers, the program may be of some benefit.

[74] Elle a finalement suggéré au demandeur d'envisager les programmes offerts par le gouvernement aux personnes handicapées. Elle a dit avoir consulté Jim MacDonald du programme «Opening Doors». Elle a écrit que le programme révélait qu'il était difficile de placer des travailleurs sans qualifications, mais qu'il pouvait avoir son utilité.

[75] Jane Simmons' work hardening discharge report dated October 1, 1997, also referred to by the Board, contains important qualifiers to her statement that the applicant was competitively employable, over an eight-hour day, with the classification of sedentary or light work (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(d), page 273). She wrote:

[75] Le rapport de congé du conditionnement au travail de Jane Simmons, daté du 1<sup>er</sup> octobre 1997, également cité par la Commission, contient d'importantes réserves au sujet de sa déclaration portant que le demandeur pourrait accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans le cadre d'emplois concurrentiels durant une journée de travail de huit

In summary, it is the writing therapist's opinion that Dan is competitively employable, over an 8 hour day, within the classification of sedentary or light work. Careful job matching to positions which meet his physical capabilities, along with his psychological profile, would be of benefit. Pain management counselling, as has been recommended by the Psychologist would also appear indicated. Although Dan may benefit from some type of group programming, as was apparent in the Work Hardening environment, given his current frustrations and agitation with his disability at present, a group environment was not beneficial and conducive to rehabilitation. In the future, however, this may improve and may be possible to consider. The Opening Doors Program, as was recommended by the Psychologist would be one definite option for Dan to consider in seeking alternate employment. [My emphasis.]

[76] The applicant explored the possibilities available under the Opening Doors Program with Mr. James McDonald of the Government of Newfoundland and Labrador. He received a letter dated July 13, 2000, indicating they were next to nil under the Program. Although this letter is post-December 31, 1997, Mr. McDonald's position was known to Ms. Hunt since she referred, in her assessment of August 4, 1997, to consultation she had with Mr. McDonald, which, she said, revealed difficulties in placing unskilled workers. Mr. McDonald's letter states (applicant's record, Vol. 1, Tab 2(c), pages 112-113):

July 13, 2000

Dear Mr. Doucette:

Re.: APPLICATION FOR INCLUSION ON THE  
OPENING DOORS CLIENT REGISTRY

Further to our recent meeting regarding your application for inclusion on the Opening Doors Client Registry and your referral on public sector open/public competitions, I am writing to advise you that your application is accepted and will be included on our Client Registry. However, as I indicated during our meeting, it is highly unlikely that you will be successful in securing employment in the public sector through our program, given your educational level and physical and psychological

heures (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(d), page 273). Elle écrit:

[TRADUCTION] En résumé, la thérapeute signataire est d'avis que Dan peut accomplir des tâches sédentaires ou peu exigeantes dans le cadre d'emplois soumis à la concurrence durant une journée de travail de huit heures. Il serait avantageux de faire un appariement rigoureux des emplois avec ses capacités physiques ainsi qu'avec son profil psychologique. Des conseils en matière de soulagement de la douleur, comme l'a recommandé la psychologue, sembleraient également indiqués. Dan pourrait sans doute profiter d'un programme de groupe d'un type ou de l'autre, mais comme on l'a observé dans le milieu de conditionnement au travail, compte tenu de son état actuel de frustration et d'agitation causé par son invalidité, l'environnement de groupe n'a pas été bénéfique et stimulant pour sa réadaptation. Dans l'avenir, toutefois, la situation pourrait s'améliorer et la chose pourrait être envisagée. Le programme Opening Doors, comme l'a recommandé la psychologue, serait une option en particulier que Dan devrait examiner dans sa recherche d'un autre emploi. [Non souligné dans l'original.]

[76] Le demandeur a exploré les possibilités du programme Opening Doors avec M. James McDonald du gouvernement de Terre-Neuve et Labrador. Il a reçu une lettre datée du 13 juillet 2000, qui indique que ces possibilités sont pratiquement nulles. Cette lettre est postérieure au 31 décembre 1997, mais M<sup>me</sup> Hunt connaissait la position de M. McDonald puisqu'elle a fait allusion, dans son évaluation du 4 août 1997, à la consultation qu'elle avait eue avec lui et qui, disait-elle, révélait des difficultés dans le placement des travailleurs sans qualifications. Le lettre de M. McDonald se lit comme suit (dossier du demandeur, vol. 1, onglet 2(c), pages 112 et 113):

[TRADUCTION]

Le 13 juillet 2000

Cher Monsieur,

Objet: DEMANDE D'INSCRIPTION AU REGISTRE DES  
CLIENTS DU PROGRAMME OPENING DOORS

Pour donner suite à notre rencontre récente au sujet de votre demande d'inscription au registre des clients du programme Opening Doors et de votre candidature aux appels d'offres ouverts/publics du secteur public, je tiens à vous informer que votre demande est acceptée et que vous serez inscrit au registre des clients. Toutefois, comme je vous l'ai indiqué lors de notre rencontre, il est hautement improbable que vous puissiez trouver un emploi dans le secteur public par

limitations.

A review of your application indicates you have completed Grade 12 through Adult Basic Education and that your work experience has been limited to jobs of unskilled labour. However, the majority of positions to which this division refers its clients require some degree of post-secondary training and involves office related, technical or professional work.

Further, regarding my suggestion that you consider pursuing post-secondary training so as to become more competitive in the labour market, you suggested I contact Ms. Jane Simmons, Occupational Therapist with Integrated Occupational Health Services. Ms. Simmons forwarded to me the enclosed documents which indicate the only type of work you can physically do is in keeping with the classification of Sedentary to Light work, e.g., general office work which would require that you do some additional training. However, the assessment also indicates that such training would not be suitable given the low range of your intellectual ability.

Therefore, although you qualify for inclusion on the Opening Doors Client Registry, I would suggest it is very unlikely you will be successful in obtaining employment through this program. Please advise me if you wish to have your application kept on file or returned to you and should you have any further questions regarding this matter, please do not hesitate to contact me.

Sincerely,

JAMES MCDONALD  
Manager, Employment  
Equity and Strategic Initiatives

[My emphasis.]

[77] The Board never determined how the evidence related to the educational level, language proficiency and past work and life experience of the applicant affected his capacity to regularly pursue any substantially gainful occupation.

[78] The Board failed to examine the numerous limitations and restrictions flagged by Ms. Hunt and Ms. Simmons so as to determine the “real world” in which the

l’entremise de notre programme, en raison de votre niveau de scolarité et vos limitations physiques et psychologiques.

Un examen de votre demande indique que vous avez terminé une douzième année dans le cadre de la Formation de base des adultes et que votre expérience professionnelle se limite à des emplois non qualifiés. Or la majorité des emplois vers lesquels notre division dirige ses clients exigent une certaine formation post-secondaire et font appel à des travaux de bureau, techniques ou professionnels.

De plus, en ce qui concerne ma suggestion que vous envisagiez de poursuivre des études post-secondaires pour être plus compétitif sur le marché du travail, vous m’avez suggéré de communiquer avec M<sup>me</sup> Jane Simmons, ergothérapeute auprès des Integrated Occupational Health Services. M<sup>me</sup> Simmons m’a fait parvenir les documents ci-joints, qui indiquent que le seul travail qui vous est physiquement accessible correspond à la catégorie allant des travaux sédentaires aux travaux peu exigeants, c’est-à-dire du travail général de bureau qui exigerait que vous receviez une formation additionnelle. Toutefois, l’évaluation indique aussi que cette formation ne serait pas adaptée compte tenu de la faiblesse de vos capacités intellectuelles.

Par conséquent, bien que vous soyez admissible à l’inscription au registre des clients d’Opening Doors, je pense que vous avez très peu de chances d’obtenir un emploi dans le cadre de ce programme. Je vous demande de m’indiquer si vous souhaitez que votre demande soit conservée en dossier ou vous soit retournée. Pour toute autre question, n’hésitez pas à entrer en contact avec moi.

Veuillez agréer, cher Monsieur, l’assurance de mes sentiments les meilleurs,

JAMES MCDONALD  
Chef de division, Équité en  
matière d’emploi et Initiatives stratégiques

[Non souligné dans l’original.]

[77] La Commission n’a jamais établi de quelle manière le niveau de scolarité, les aptitudes linguistiques et les antécédents de travail ainsi que l’expérience de la vie du demandeur affectaient sa capacité régulière de se trouver un travail véritablement rémunérateur.

[78] La Commission n’a pas examiné les nombreuses limitations et restrictions signalées par M<sup>me</sup> Hunt et M<sup>me</sup> Simmons pour établir le contexte «réaliste» dans lequel

applicant finds himself and whether “in the hypothetical occupations which a decision-maker must consider” (*Villani*, at paragraph 38) “any employer would even remotely consider engaging” the applicant (*Leduc*, referred to in *Villani* at paragraph 33).

[79] But there is more to this.

[80] This Board, pursuant to subsection 83(11) of the Plan, is under a statutory duty to give reasons (*Canada (Minister of Human Resources Development) v. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. (3d) 309). These reasons must be adequate since reasons for judgment are the primary mechanism by which the Board, just like any court of law, accounts to the parties and to the public for the decisions it renders (see *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, at paragraph 15).

[81] The Board failed to do so when it assessed Dr. Frank Nofall’s letter of December 1, 1999. The Board referred to the “serious concerns” of the physician. The Board gave no indication of the type of concerns it noted in the physician’s letter or how these concerns related to the applicable criteria.

[82] This case should therefore be referred back for a rehearing and redetermination since it contains no analysis of whether the applicant, in the “real world” (*Villani*, paragraph 38), is capable or “incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation” within the meaning of subparagraph 42(2)(a)(i) of the Plan.

### 8. Conclusion

[83] This application for judicial review should be allowed, the decision of the Pension Appeals Board should be set aside and the matter should be referred back to a differently constituted Board for a rehearing and a redetermination on the basis of the record as constituted and any other evidence the parties may wish

se trouve le demandeur et si dans les «occupations hypothétiques qu’un décideur doit prendre en compte» (arrêt *Villani*, au paragraphe 38), «un employeur pourrait même envisager la possibilité d’engager» le demandeur (décision *Leduc*, citée dans l’arrêt *Villani* au paragraphe 33).

[79] Mais il y a plus.

[80] La Commission, en vertu du paragraphe 83(11) du Régime, est tenue par la loi de donner les motifs de sa décision (*Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Quesnelle* (2003), 49 Admin. L.R. (3d) 309). Ces motifs doivent être adéquats car ils constituent le principal mécanisme par lequel la Commission, comme tout tribunal judiciaire, rend compte aux parties et au public des décisions qu’elle prononce (voir l’arrêt *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, au paragraphe 15).

[81] La Commission a manqué à cette obligation dans son appréciation de la lettre du Dr Frank Nofall du 1<sup>er</sup> décembre 1999. La Commission a fait référence aux «doutes importants» du médecin. La Commission n’a donné aucune indication de la nature des doutes qu’elle notait dans la lettre du médecin ni de la façon dont ces doutes se rapportaient aux critères applicables.

[82] La présente affaire doit donc être renvoyée aux fins d’une nouvelle audience et d’une nouvelle décision car la décision de la Commission ne contient aucune analyse permettant de savoir si le demandeur, dans un contexte «réaliste» (arrêt *Villani*, paragraphe 38), est capable ou «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice» au sens du sous-alinéa 42(2)(a)(i) du Régime.

### 8. Conclusion

[83] La présente demande de contrôle judiciaire doit être accueillie, la décision de la Commission d’appel des pensions annulée et l’affaire renvoyée à une formation différemment constituée pour qu’elle tienne une nouvelle audience et rende une nouvelle décision sur le fondement du dossier constitué et de tout nouvel élément de preuve

to adduce and the new panel of the Board may consider relevant.

que les parties pourraient souhaiter produire et que la nouvelle formation de la Commission peut juger pertinent.

[84] The applicant should have his costs.

[84] Le demandeur a droit à ses dépens.

IMM-377-02  
2004 FC 1356

IMM-377-02  
2004 CF 1356

**Nasrullah Zazai** (*Applicant*)

**Nasrullah Zazai** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Layden-Stevenson J.—Toronto, August 12; Ottawa, October 1, 2004.

Cour fédérale, juge Layden-Stevenson—Toronto, 12 août; Ottawa, 1<sup>er</sup> octobre 2004.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of deportation order against applicant — Applicant, citizen of Afghanistan, applied for landing as post-determination refugee claimant (PDRC) in Canada following exclusion from Convention refugee definition pursuant to Immigration Act, s. 2(2) because of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) (crimes against humanity exclusion clause) — Adjudicator hearing PDRC inquiry satisfied applicant inadmissible person described in Immigration Act, s. 27(2)(a) coupled with Act, s. 19(1)(f) (prohibiting admission of those reasonably believed to have committed War Crimes Act offence) — Adjudicator's credibility findings, findings regarding KHAD (organization engaged in crimes against humanity), not unreasonable — As to whether concept of complicity in crimes against humanity developed in refugee exclusion context applicable in relation to admissibility provisions of Act, F.C.A. consistently recognizing exclusion clause analogous to Act, s. 19(1)(f) — Partyship provisions in Criminal Code, including aiding and abetting provisions, applying to War Crimes Act as a result of Interpretation Act, s. 34 — In light of definition of "crime against humanity" in War Crimes Act, s. 6(3), Court's case law defining complicity applicable to inadmissibility provision — Application dismissed — Question certified as to whether "crimes against humanity" including complicity therein.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise à l'endroit du demandeur — Le demandeur, citoyen de l'Afghanistan, a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié (DNRSR) au Canada à la suite d'une décision établissant qu'il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention prévue par l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration compte tenu de l'Art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (clause d'exclusion à l'égard des crimes contre l'humanité) — L'enquête de l'arbitre à l'égard de la demande présentée en tant que DNRSR l'a convaincue que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible décrite à l'art. 27(2)a) de la Loi sur l'immigration associé à l'art. 19(1)f) de la Loi (interdisant l'admission de personnes dont on peut penser pour des motifs raisonnables qu'elles ont commis une infraction visée par la Loi sur les crimes de guerre) — Les conclusions quant à la crédibilité tirées par l'arbitre, ainsi que les conclusions se rapportant au KHAD (organisation se livrant à des crimes contre l'humanité), n'étaient pas déraisonnables — Quant à la question de savoir si le concept de complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité développé dans le contexte de l'exclusion en tant que réfugié est applicable aux dispositions de la Loi se rapportant à l'interdiction de territoire, la C.A.F. a de façon constante reconnu que la clause d'exclusion est analogue à l'art. 19(1)f) de la Loi — Les dispositions relatives à l'association qui se trouvent dans le Code criminel, y compris celles relatives au fait d'aider et d'encourager, s'appliquent à la Loi sur les crimes de guerre en raison de l'art. 34 de la Loi d'interprétation — Compte tenu de la définition de «crime contre l'humanité», à l'art. 6(3) de la Loi sur les crimes de guerre, la jurisprudence de la Cour qui définit la complicité est applicable à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire — Demande rejetée — Question certifiée quant à*

*Construction of Statutes — Judicial review of deportation order against applicant — Applicant, citizen of Afghanistan, applied for landing as post-determination refugee claimant (PDRC) in Canada following exclusion from Convention refugee definition (Immigration Act, s. 2(1)) because of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(a) (crimes against humanity exclusion clause) — Adjudicator hearing PDRC inquiry satisfied applicant inadmissible person described in Immigration Act, s. 27(2)(a) coupled with Act, s. 19(1)(j) (prohibiting admission of those reasonably believed to have committed crimes against humanity) — Whether concept of complicity developed in refugee exclusion context applicable to Act, s. 19(1)(j) — F.C.A. consistently recognizing exclusion clause analogous to Act, s. 19(1)(j), whose purpose to be read in light of overarching immigration policy objective in Act, s. 3 — Statutory interpretation presumption of coherence requiring there be no internal conflict within legislation — As such, inconceivable Parliament intended to exclude individual otherwise entitled to Convention refugee status on basis of exclusion clause, and at same time grant individual permanent resident status notwithstanding inadmissibility provision on basis exclusion provision case law not applying to inadmissibility provision — Interpretation Act, s. 34, providing that where enactment creates offence, all provisions of Criminal Code relating to indictable offences apply to indictable offences created by enactment — Thus, aiding and abetting provisions in Criminal Code applying to War Crimes Act.*

This was an application for judicial review of a deportation order made against the applicant on January 17, 2002. The applicant, a citizen of Afghanistan, came to Canada as a stowaway, and on August 10, 1995, the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board determined that he was excluded from the definition of “Convention refugee” under *Immigration Act*, subsection 2(1) because of Article 1F(a) (the exclusion clause) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (Convention). The CRDD found that there were serious reasons for considering that he had committed crimes against humanity based on his testimony that he had served on

*savoir si l'expression «crimes contre l'humanité» vise la complicité de ces crimes.*

*Interprétation des lois — Contrôle judiciaire de la mesure d'expulsion prise à l'endroit du demandeur — Le demandeur, citoyen de l'Afghanistan, a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié (DNRSR) au Canada à la suite d'une décision établissant qu'il était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention (art. 2(1) de la Loi sur l'immigration) compte tenu de l'Art. 1Fa) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (clause d'exclusion à l'égard des crimes contre l'humanité) — L'enquête de l'arbitre à l'égard de la demande présentée en tant que DNRSR l'a convaincue que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible décrite à l'art. 27(2)a) de la Loi sur l'immigration associé à l'art. 19(1j) de la Loi (interdisant l'admission de personnes dont on peut penser pour des motifs raisonnables qu'elles ont commis des crimes contre l'humanité) — Il s'agit de savoir si le concept de complicité développé dans le contexte de l'exclusion en tant que réfugié est applicable à l'art. 19(1j) de la Loi — La C.A.F. a de façon constante reconnu que la clause d'exclusion est analogue à l'art. 19(1j) de la Loi dont l'objectif doit être lu dans le contexte de l'objectif fondamental de la politique en matière d'immigration énoncé à l'art. 3 de la Loi — La présomption de cohérence en interprétation législative exige qu'il n'y ait pas d'incohérences dans la loi elle-même — À cet égard, il est inconcevable que le législateur ait eu l'intention d'exclure, sur le fondement de la clause d'exclusion, un individu qui peut autrement avoir le droit d'obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention et, en même temps, d'accorder à cet individu le statut de résident permanent malgré la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire sur le fondement que la jurisprudence se rapportant à la disposition à l'égard de l'exclusion ne s'applique pas à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire — L'art. 34 de la Loi d'interprétation prévoit que lorsqu'un texte crée une infraction, les dispositions du Code criminel relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par le texte — Par conséquent, les dispositions relatives au fait d'aider et d'encourager dans le Code criminel s'appliquent à la Loi sur les crimes de guerre.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'expulsion prise à l'endroit du demandeur le 17 janvier 2002. Le demandeur, citoyen de l'Afghanistan, est entré au Canada en tant que passager clandestin et le 10 août 1995 la Section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'il était exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention» prévue par le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration* compte tenu de l'alinéa Fa) de l'article premier (la clause d'exclusion) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention). La SSR a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait

the directorate of KHAD, a secret intelligence organization which engaged in crimes against humanity. Leave with respect to that decision was denied and the applicant submitted an application for landing as a post-determination refugee claimant in Canada. An inquiry was held before an Adjudicator who was satisfied that the applicant was a member of an inadmissible class under paragraph 27(2)(a) coupled with paragraph 19(1)(f) (prohibiting admission of persons who there are reasonable grounds to believe committed an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*) of the *Immigration Act*. As a result, the Adjudicator determined that he was subject to a deportation order. The Adjudicator signed such an order, and the applicant sought judicial review before the Federal Court Trial Division (as it was then constituted). The application was allowed, but on March 2, 2004, the Federal Court of Appeal allowed an appeal from the order of the Applications Judge, set aside that order, and remitted the matter to the Federal Court for redetermination. This was the matter now before the Court. The applicant argued that the Adjudicator erred in arriving at her credibility determinations, and that the notion of complicity in crimes against humanity by reason of membership in an organization with a limited brutal purpose, which has its genesis in refugee law, has no application in relation to the admissibility provisions of the Act.

*Held*, the application should be dismissed.

At the outset, the Court noted that by virtue of subsection 348(6) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, the judicial review was to be determined in accordance with the provisions of the former Act.

As to credibility, and the alleged inconsistencies, it was open to the Adjudicator to make the observations and the determinations that she made, and there was no prospect of them being regarded as unreasonable. With respect to the evidence regarding KHAD, and the applicant's membership in that group, the Court was not convinced that the Adjudicator, who did not accept the evidence provided in the applicant's most recent affidavit, nor the evidence of the witnesses, and provided reasons for rejecting that evidence, made an error that would warrant the Court's intervention.

The applicant argued that the F.C.A. case law with respect to complicity in war crimes and crimes against humanity

commis des crimes contre l'humanité compte tenu de son témoignage selon lequel il avait été membre de la direction du KHAD, un service de renseignements secrets qui commettait des crimes contre l'humanité. Une demande d'autorisation présentée à l'égard de cette décision a été rejetée et le demandeur a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu du statut de réfugié au Canada. Une enquête a été tenue devant un arbitre qui était convaincue que le demandeur appartenait à une catégorie non admissible décrite à l'alinéa 27(2)(a) associé à l'alinéa 19(1)(f) (interdisant l'admission de personnes dont on peut penser pour des motifs raisonnables qu'elles ont commis une infraction visée aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*) de la *Loi sur l'immigration*. Par conséquent, l'arbitre a conclu que le demandeur devait faire l'objet d'une mesure d'expulsion. L'arbitre a signé une telle mesure et le demandeur a présenté une demande d'autorisation de contrôle judiciaire à la Section de première instance de la Cour fédérale (comme elle était alors constituée). La demande a été accueillie, mais le 2 mars 2004, la Cour d'appel fédérale a accueilli un appel de l'ordonnance rendue par le juge qui avait entendu la demande de contrôle judiciaire, a annulé cette ordonnance et a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale afin qu'elle statue à nouveau sur l'affaire. C'est cette affaire qui était maintenant devant la Cour. Le demandeur prétendait que l'arbitre a commis une erreur lorsqu'elle a tiré ses conclusions quant à la crédibilité et que le concept de complicité dans la perpétration de crimes contre l'humanité du fait de l'appartenance à une organisation qui vise des fins limitées et brutales, concept qui a sa source en droit relatif aux réfugiés, ne s'applique pas aux dispositions de la Loi qui se rapportent à l'admissibilité.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Au début de l'audience, la Cour a mentionné que suivant le paragraphe 348(6) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, le contrôle judiciaire devait être tranché suivant les dispositions de l'ancienne loi.

Quant à la crédibilité, et aux prétendues incohérences, il était loisible à l'arbitre de faire les commentaires qu'elle a faits et de rendre les décisions qu'elle a rendues et rien ne laisse penser que ces commentaires et ces décisions soient jugés déraisonnables. À l'égard de la preuve se rapportant au KHAD, et à l'appartenance du demandeur à ce groupe, la Cour n'était pas convaincue que l'arbitre, qui n'a accepté ni la preuve fournie dans le plus récent affidavit du demandeur, ni la preuve des témoins, et qui a fourni les motifs de rejet de cette preuve, a commis une erreur qui justifierait que la Cour intervienne.

Le demandeur prétendait que la jurisprudence de la C.A.F. à l'égard de la complicité dans la perpétration de crimes de



(international crimes) developed in the context of refugee exclusion does not apply to the inadmissibility provision found at paragraph 19(1)(j) of the Act. According to the applicant, the test for admissibility is the same as that under paragraph 19(1)(c.1) of the Act dealing with serious criminality, and the Adjudicator was required to engage in an equivalency analysis similar to that undertaken under paragraph 19(1)(c.1), i.e. a determination as to whether there exist reasonable grounds for concluding that he had committed an offence that was equivalent to a specific offence or crime under sections 4 to 7 of the War Crimes Act.

The Court rejected these arguments. The F.C.A. has consistently recognized that the exclusion clause is analogous to paragraph 19(1)(j). The purpose of that paragraph must be read in light of the overarching immigration policy objective set out in section 3 of the Act. This objective is to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need, among other things, to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society. In light of the statutory interpretation presumption of coherence, which requires that there be no internal conflict within the legislation, it is inconceivable that Parliament intended to exclude an individual who—but for the existence of serious grounds for considering that the individual had committed international crimes—may otherwise be entitled to Convention refugee status and, in the same breath, permit that individual to apply for and be granted permanent resident status—notwithstanding the inadmissibility provision—on the basis that the case law in relation to the exclusion provision does not apply to the inadmissibility provision.

Paragraph 19(1)(j) mandates reference to sections 4 to 7 of the War Crimes Act. The applicant argued that, by not including a reference to aiding and abetting in section 6 of the War Crimes Act, in contrast to the former provision, Parliament intended to exclude it, and thus, it had to be shown that he committed an act outside Canada that would be an offence if committed in Canada. The Court found this to be a frail argument since section 34 of the *Interpretation Act* provides that where an enactment creates an offence, all the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by the enactment. Thus, the partyship provisions that appear in the *Criminal Code*—including the aiding and abetting provisions—apply to the War Crimes Act. As such, it is inaccurate to say that “accomplices” other than those specified in subsection 6(1.1) of the War Crimes Act do not fall within its provisions. The

guerre et de crimes contre l’humanité (crimes internationaux) développée dans le contexte de l’exclusion de la définition de réfugié ne s’applique pas à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire suivant l’alinéa 19(1)(j) de la Loi. Selon le demandeur, le critère à l’égard de l’admissibilité est le même que celui suivant l’alinéa 19(1)(c.1) de la Loi qui traite de grande criminalité et l’arbitre était tenue d’effectuer une analyse d’équivalence similaire à celle entreprise suivant l’alinéa 19(1)(c.1), c’est-à-dire de rendre une décision sur la question de savoir s’il existe des motifs raisonnables permettant de conclure qu’il avait commis une infraction équivalant à une infraction ou à un crime particulier prévu par les articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre.

La Cour a rejeté ces prétentions. La C.A.F. a de façon constante reconnu que la clause d’exclusion est analogue à l’alinéa 19(1)(j). L’objectif de cet alinéa doit être lu dans le contexte de l’objectif fondamental de la politique en matière d’immigration énoncé à l’article 3 de la Loi. Cet objectif est de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international en reconnaissant le besoin, entre autres choses, de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l’ordre public au Canada. Compte tenu de la présomption de cohérence en interprétation législative, qui exige qu’il n’y ait pas d’incohérences dans la loi elle-même, il est inconcevable que le législateur ait eu l’intention d’exclure un individu qui—en l’absence de raisons sérieuses de penser qu’il a commis des crimes internationaux—peut autrement avoir le droit d’obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention et, en même temps, de permettre à cet individu de présenter une demande de statut de résident permanent et d’obtenir ce statut—malgré la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire—sur le fondement que la jurisprudence se rapportant à la disposition à l’égard de l’exclusion ne s’applique pas à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire.

L’alinéa 19(1)(j) entraîne un renvoi aux articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre. Le demandeur prétendait que, en omettant de mentionner les mots «aide» et «encouragement» à l’article 6 de la Loi sur les crimes de guerre, contrairement à l’ancienne disposition, le législateur avait l’intention de les exclure et, par conséquent, il devait être démontré qu’il a commis à l’étranger un acte qui constituerait une infraction s’il était commis au Canada. La Cour a conclu que cette prétention était faible étant donné que l’article 34 de la *Loi d’interprétation* prévoit que lorsqu’un texte crée une infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s’appliquent aux actes criminels prévus par le texte. Par conséquent, les dispositions relatives à l’association qui se trouvent dans le *Code criminel*—y compris celles relatives au fait d’aider et d’encourager—s’appliquent à la Loi sur les crimes de guerre. À cet égard, il est inexact de dire que les

definition of “crime against humanity”, in subsection 6(3) of the War Crimes Act, expressly requires that it be “a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission”. Thus, the case law of this Court that defines complicity, albeit determined in the context of the exclusion clause, applies equally to the inadmissibility provision.

As for the equivalency analysis required in relation to paragraph 19(1)(j), it is different than the one suggested by the applicant. It consists of, first, having regard to and examining the acts that are alleged to have occurred outside Canada and, second, determining whether those acts come within the meaning of section 6 of the War Crimes Act. In this case, the Adjudicator decided that they did.

This disposed of the applicant’s arguments, as he did not argue—assuming the case law with respect to complicity in the context of the exclusion provision applies to the inadmissibility provision—that the Adjudicator erred.

The following question was certified: Does the definition of “crime against humanity” found at subsection 6(3) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* include complicity therein?

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Charter of the International Military Tribunal, Annex of the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 279, Art. 6.

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 4.

*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, ss. 4, 5, 6, 7.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(3.71) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1), (3.72) (as enacted *idem*), (3.73) (as enacted *idem*; S.C. 1992, c.

«complices» autres que ceux mentionnés au paragraphe 6(1.1) de la Loi sur les crimes de guerre ne sont pas visés par ses dispositions. La définition de «crime contre l’humanité», au paragraphe 6(3) de la Loi sur les crimes de guerre, requiert expressément qu’il s’agisse d’«un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu». Par conséquent, la jurisprudence de la Cour qui définit la complicité, quoique développée dans le contexte de la clause d’exclusion, s’applique de la même façon à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire.

Quant à l’analyse d’équivalence qui doit être effectuée à l’égard de l’alinéa 19(1)(j), elle est différente de celle proposée par le demandeur. Elle consiste, premièrement, à prendre en compte les actes qui sont soi-disant survenus à l’extérieur du Canada et à les examiner et, deuxièmement, à établir si ces actes sont visés par l’article 6 de la Loi sur les crimes de guerre. Dans la présente affaire, l’arbitre a tranché qu’ils l’étaient.

Cela a réglé les arguments avancés par le demandeur étant donné qu’il n’a pas prétendu—en tenant pour acquis que la jurisprudence à l’égard de la complicité dans le contexte de la disposition à l’égard de l’exclusion s’applique à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire—que l’arbitre a commis une erreur.

La question suivante a été certifiée: La définition de «crime contre l’humanité» figurant au paragraphe 6(3) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* vise-t-elle le fait d’être complice de ces crimes?

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(3.71) (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1), (3.72) (édicte, *idem*), (3.73) (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 1, art. 58), (3.74) (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1), (3.75) (édicte, *idem*), (3.76) (édicte, *idem*), (3.77) (édicte, *idem*; L.C. 1992, ch. 1, art. 60), 21.

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n<sup>o</sup>36, art. 4.

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n<sup>o</sup> 6, Art. 1(Fa), 1(Fc).

1, s. 58), (3.74) (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1), (3.75) (as enacted *idem*), (3.76) (as enacted *idem*), (3.77) (as enacted *idem*), 21.

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(1) "Convention refugee" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 3 (as am. *idem*, s. 2), 19(1)(c) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (c.1) (as enacted *idem*; 1995, c. 15, s. 2), (c.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83), (j) (as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 55), 27(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16), (3) (as am. *idem*), 32(6) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11).

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 35(1)(a), 36, 190.

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 15, 348(6).

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 34.

*Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, Adopted by the International Law Commission of the United Nations, 1950*, U.N. Doc. A/1316/82 (1950), Principle VII.

*Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998), Art. 6, 7, 8(2).

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

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 639; [2003] F.C.J. No. 831 (QL); *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167; 318 N.R. 365; 2004 FCA 89; *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; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.); *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79; (1993), 71 F.T.R. 171 (T.D.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and*

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 34.

*Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, art. 4, 5, 6, 7.

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) «réfugié au sens de la Convention» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 3 (mod., *idem*, art. 2), 19(1)c) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), c. 1) (édicte, *idem*; 1995, ch. 15, art. 2), c.2) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83), j) (mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 55), 27(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16), (3) (mod., *idem*), 32(6) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11).

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 35(1)a), 36, 190.

*Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, adoptés par la Commission du droit international, 1950*, Doc. NU A/1316/82 (1950), Principe VII.

*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 15, 348(6).

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. NU A/CONF. 183/9 (1998), art. 6, 7, 8(2).

*Statut du Tribunal militaire international, annexe de l'Accord concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279, art. 6.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 639; [2003] A.C.F. n° 831 (QL); *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167; 318 N.R. 365; 2004 CAF 89; *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; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298; (1993), 107 D.L.R. (4th) 424; 21 Imm. L.R. (2d) 221; 159 N.R. 210 (C.A.); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433; (1993), 163 N.R. 197 (C.A.); *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.); *Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79; (1993), 71 F.T.R. 171 (1<sup>er</sup> inst.); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de*

*Immigration*), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Yuen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 625; 12 Imm. L.R. (3d) 208; 267 N.R. 87 (F.C.A.); *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761; (2003), 229 D.L.R. (4th) 235; 32 Imm. L.R. (3d) 1; 307 N.R. 201; 2003 FCA 178; *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; *Murillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 287; (2002), 29 Imm. L.R. (3d) 293; 2002 FCT 1240.

## REFERRED TO:

*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 165; 17 Admin. L.R. (3d) 11; 49 Imm. L.R. (2d) 161; 240 N.R. 376 (F.C.A.); *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Lai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 906 (F.C.A.) (QL); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229; 170 N.R. 302 (C.A.); *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66; (2000), 183 D.L.R. (4th) 713; 179 F.T.R. 148; 3 Imm. L.R. (3d) 169; 252 N.R. 380 (C.A.); *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178; 2003 FCA 39; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 1 F.C.R. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 75; 31 Imm. L.R. (3d) 159; 309 N.R. 14; 2003 FCA 325; *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 3; (2001), 18 Imm. L.R. (3d) 288; 284 N.R. 201; 2001 FCA 399; *Andeel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 240 F.T.R. 1; 33 Imm. L.R. (3d) 36; 2003 FC 1085; *Gariev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 531; [2004] F.C.J. No. 657 (QL); *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653; (1992), 91 D.L.R. (4th) 686; 73 C.C.C. (3d) 442; 14 C.R. (4th) 169; 142 N.R. 62 (C.A.); *Figuroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (F.C.T.D.).

*l'Immigration*), [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Yuen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 625; 12 Imm. L.R. (3d) 208; 267 N.R. 87 (C.A.F.); *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761; (2003), 229 D.L.R. (4th) 235; 32 Imm. L.R. (3d) 1; 307 N.R. 201; 2003 CAF 178; 2003 CAF 178; *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; *Murillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 287; (2002), 29 Imm. L.R. (3d) 293; 2003 CFPI 1240.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 165; 17 Admin. L.R. (3d) 11; 49 Imm. L.R. (2d) 161; 240 N.R. 376 (C.A.F.); *Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.); *Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 906 (C.A.F.) (QL); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646; (1994), 115 D.L.R. (4th) 403; 24 Imm. L.R. (2d) 229; 170 N.R. 302 (C.A.); *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66; (2000), 183 D.L.R. (4th) 713; 179 F.T.R. 148; 3 Imm. L.R. (3d) 169; 252 N.R. 380 (C.A.); *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194; 27 Imm. L.R. (3d) 1; 302 N.R. 178; 2003 CAF 39; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 75; 31 Imm. L.R. (3d) 159; 309 N.R. 14; 2003 CAF 325; *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297; (2000), 195 D.L.R. (4th) 422; 265 N.R. 121 (C.A.); *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 3 C.F. 3; (2001), 18 Imm. L.R. (3d) 288; 284 N.R. 201; 2001 CAF 399; *Andeel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 240 F.T.R. 1; 33 Imm. L.R. (3d) 36; 2003 CF 1085; *Gariev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 531; [2004] A.C.F. n° 657 (QL); *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; (1991), 84 D.L.R. (4th) 438; 67 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 1; 6 C.R.R. (2d) 193; 129 N.R. 81; *Rudolph c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653; (1992), 91 D.L.R. (4th) 686; 73 C.C.C. (3d) 442; 14 C.R. (4th) 169; 142 N.R. 62 (C.A.); *Figuroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATION for judicial review of a decision of an Adjudicator ([2002] I.Adj.D.D. No. 3 (QL)) that the applicant was excluded from the definition of “Convention refugee” under Article 1F(a) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, and ordering that he be deported. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Lorne Waldman* for applicant.  
*Marcel R. Larouche* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LAYDEN-STEVENSON J.: Since November 17, 1993, Mr. Zazai has lived in Canada. A deportation order was issued against him on January 17, 2002. He claims that the order should not have been made.

## PROCEDURAL AND FACTUAL BACKGROUND

[2] A citizen of Afghanistan, Mr. Zazai came to Canada as a stowaway. He made a refugee claim after he arrived at Montréal Harbour. His Personal Information Form (PIF) was completed on February 11, 1994 and his hearing before the Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board took place on October 11, 1994 and March 22, 1995. On August 10, 1995, the CRDD determined that Mr. Zazai was excluded from the definition of Convention refugee—under subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1] of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2 (the Act)—because of Article 1F(a) of the

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision d’une arbitre ([2002] D.S.Arb.I. n° 3 (QL)) établissant que le demandeur était exclu de la définition de «réfugié au sens de la Convention» suivant l’alinéa Fa) de l’article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* et ordonnant qu’il soit expulsé. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Lorne Waldman* pour le demandeur.  
*Marcel R. Larouche* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE LAYDEN-STEVENSON.: M. Zazai vit au Canada depuis le 17 novembre 1993. Une mesure d’expulsion a été prise à son endroit le 17 janvier 2002. Il prétend que la mesure d’expulsion n’aurait pas dû être prise.

## LE CONTEXTE PROCÉDURAL ET FACTUEL

[2] Citoyen de l’Afghanistan, M. Zazai est entré au Canada en tant que passager clandestin. Il a revendiqué le statut de réfugié après son arrivée au port de Montréal. Son formulaire sur les renseignements personnels (FRP) a été rempli le 11 février 1994 et son audience devant la Section du statut de réfugié (la SSR) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a eu lieu le 11 octobre 1994 et le 22 mars 1995. Le 10 août 1995, la SSR a conclu que M. Zazai était exclu de la définition de réfugié au sens de la Convention—prévue par le paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1] de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] (the Convention). The Board found that there were serious reasons for considering that he had committed crimes against humanity. Mr. Zazai's application for leave with respect to the CRDD decision was denied on January 5, 1996.

[3] On October 10, 1996, he submitted an application for landing as a post-determination refugee claimant in Canada. A report under subsection 27(2) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] of the Act was prepared and a subsection 27(3) [as am. *idem*] direction for inquiry was issued on December 8, 2000. The inquiry was held before an Adjudicator on June 26, 2001, October 26, 2001 and January 16, 2002 [*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] I.Adj.D.D.No. 3 (QL)]. The Adjudicator was satisfied that the allegation—that Mr. Zazai was a person described in paragraph 27(2)(a) coupled with paragraph 19(1)(j) [as am. by S.C. 2000, c. 24, s. 55] of the Act—had been established. As a result, the Adjudicator determined that he was subject to a deportation order under subsection 32(6) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 11] of the Act. The deportation order was signed on January 17, 2002.

[4] Mr. Zazai successfully sought leave to apply for judicial review of the Adjudicator's decision. His application for judicial review was heard on May 7, 2003 and by order dated May 21, 2003, the Federal Court Trial Division, as it was then constituted, allowed the application (*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 639 [[2003] F.C.J. No. 831 (QL)]). The Minister appealed. The appeal was heard on March 2, 2004 and by judgment dated March 4, 2004, the Federal Court of Appeal allowed the appeal, set aside the order of the Applications Judge and remitted the matter to the Federal Court for redetermination (*Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167 (F.C.A.)).

I-2 (la Loi)—compte tenu de l'alinéa Fa) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (la Convention). Le tribunal a conclu qu'il y avait des raisons sérieuses de penser qu'il avait commis des crimes contre l'humanité. La demande d'autorisation de M. Zazai présentée à l'égard de la décision rendue par la SSR a été rejetée le 5 janvier 1996.

[3] Le 10 octobre 1996, il a présenté une demande d'établissement en tant que demandeur non reconnu au statut de réfugié au Canada. Un rapport suivant le paragraphe 27(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] de la Loi a été préparé et, suivant le paragraphe 27(3) [mod., *idem*], la tenue d'une enquête a été ordonnée le 8 décembre 2000. L'enquête a été tenue devant un arbitre le 26 juin 2001, le 26 octobre 2001 et le 16 janvier 2002 [*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] D.S.Arb.I. n° 3 (QL)]. L'arbitre était convaincue que l'allégation—selon laquelle M. Zazai était une personne décrite à l'alinéa 27(2)a) associé à l'alinéa 19(1)f) [mod. par L.C. 2000, ch. 24, art. 55] de la Loi—avait été prouvée. Par conséquent, l'arbitre a conclu que le demandeur devait faire l'objet d'une mesure d'expulsion suivant le paragraphe 32(6) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 11] de la Loi. La mesure d'expulsion a été signée le 17 janvier 2002.

[4] M. Zazai a présenté une demande d'autorisation de contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre et sa demande d'autorisation a été accueillie. Sa demande de contrôle judiciaire a été entendue le 7 mai 2003 et, par une ordonnance datée du 21 mai 2003, la Section de première instance de la Cour fédérale, comme elle était alors constituée, a accueilli la demande (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 639 [[2003] A.C.F. n° 831 (QL)]). Le ministre a interjeté appel. L'appel a été entendu le 2 mars 2004 et, par un jugement en date du 4 mars 2004, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, a annulé l'ordonnance rendue par le juge qui avait entendu la demande de contrôle judiciaire et a renvoyé l'affaire à la Cour fédérale afin qu'elle statue à nouveau sur l'affaire (*Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2004), 36 Imm. L.R. (3d) 167 (C.A.F.)).

[5] Mr. Justice Pelletier, writing for a unanimous Court, provided a concise recitation of the pertinent facts at paragraphs 3 and 4 of the Federal Court of Appeal judgment:

Before the CRDD, [Mr. Zazai] testified that he had served as a member of the 5<sup>th</sup> Directorate of KHAD which, according to the documents before the CRDD, was a “secret intelligence organization with the purpose of eliminating anti-government activity, and which engaged in crimes, which could be characterized as crimes against humanity”. On the basis of [Mr. Zazai’s] own testimony, the CRDD found that he fell within the exclusion in article 1F(a) of the Convention. When the matter came before the adjudicator for a determination as to whether [Mr. Zazai] should be removed from Canada due to his inadmissibility under paragraph 19(1)(j) of the Act, [Mr. Zazai] led evidence from two witnesses to show that he was not, in fact, a member of KHAD. While [Mr. Zazai] testified briefly before the adjudicator as to his status in Canada, he was not asked about his membership in KHAD by the Minister’s representative or by his own. The evidence of the two witnesses was essentially to the effect that they had known the respondent as a basketball [*sic*] player at the University of Kabul and that they had not known him to be a member of KHAD.

The adjudicator considered the evidence of the two witnesses, the documentary evidence as well as the evidence given by [Mr. Zazai] before the CRDD. After carefully analyzing the evidence, she concluded:

Over all, I am satisfied that the evidence that was given at the CRDD hearing in 1994 and 1995, and in your application for landing made in 1996, is more credible than [*sic*] that evidence which has been presented here at this inquiry with respect to your involvement in the organization known as KHAD. Therefore, and especially in light of the courts’ comments in *Figueroa*, I conclude that the evidence does indeed establish that you were complicit in crimes against humanity in Afghanistan as part of the organization known as KHAD.

[6] There are two arguments advanced on behalf of Mr. Zazai. The first is that the Adjudicator erred in arriving at her credibility determinations. The second is that the notion of complicity in crimes against humanity by reason of membership in an organization with a limited brutal purpose, which has its genesis in refugee

[5] Le juge Pelletier, qui a rédigé la décision unanime, a fourni, aux paragraphes 3 et 4 de l’arrêt de la Cour d’appel fédérale, un récit concis des faits pertinents:

Devant la SSR, [M. Zazai] a témoigné avoir été membre de la cinquième direction du KHAD qui, selon les documents dont disposait la SSR, était un [TRADUCTION] «service de renseignements secrets dont l’objectif était de supprimer les activités antigouvernementales et qui commettait des crimes susceptibles d’être considérés comme des crimes contre l’humanité». En se fondant sur le propre témoignage de [M. Zazai], la SSR a conclu qu’il était visé par l’exclusion prévue à la section F(a) de l’article premier de la Convention. Lorsque l’arbitre a été saisi de l’affaire afin de déterminer si [M. Zazai] devait être renvoyé du Canada parce qu’il n’était pas admissible en vertu de l’alinéa 19(1)(j) de la Loi, [M. Zazai] a présenté le témoignage de deux personnes pour démontrer qu’il n’était pas en fait membre du KHAD. [M. Zazai] a témoigné brièvement devant l’arbitre au sujet de son statut au Canada, mais ni le représentant du ministre ni son propre représentant ne lui ont demandé s’il était membre du KHAD. Les deux personnes en question ont essentiellement témoigné qu’elles avaient connu l’intimé lorsqu’il jouait au basket-ball [*sic*] à l’université de Kaboul et qu’à leur connaissance, il n’était pas membre du KHAD.

L’arbitre a examiné la preuve des deux témoins, la preuve documentaire ainsi que la preuve que [M. Zazai] avait soumise à la SSR. Après avoir minutieusement analysé la preuve, elle a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans l’ensemble, je suis convaincue que la preuve présentée à l’audience devant la SSR en 1994 et en 1995, ainsi que celle dans la demande d’établissement que vous avez faite en 1996, est plus crédible que celle qui a été produite au cours de la présente enquête relative à votre implication au sein de l’organisation connue sous le nom de KHAD. Par conséquent, surtout à la lumière des commentaires des tribunaux dans *Figueroa*, je conclus que la preuve établit bel et bien que vous avez été complice de crimes contre l’humanité en Afghanistan en tant que membre du KHAD.

[6] Deux arguments ont été avancés au nom de M. Zazai. Le premier est que l’arbitre a commis une erreur lorsqu’elle a tiré ses conclusions quant à la crédibilité. Le deuxième est que le concept de complicité dans la perpétration de crimes contre l’humanité du fait de l’appartenance à une organisation qui vise des fins

law, has no application in relation to the admissibility provisions of the Act.

[7] I should note, for clarity, that the Adjudicator's decision was made before the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) came into force on June 28, 2002. By virtue of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRP Regulations), passed pursuant to IRPA, specifically subsection 348(6), this judicial review is to be determined in accordance with the provisions of the former Act.

[8] This leads to a rather anomalous result with respect to the alleged errors regarding credibility. If Mr. Zazai were to be successful on this application and the matter were to be remitted for redetermination, section 190 of IRPA mandates that the matter would be governed by IRPA. Section 15 of the IRP Regulations provides that, in determining inadmissibility under IRPA, the findings of fact in a rendered decision or determination—based on findings (in this case those of the CRDD) that the foreign national has committed a war crime or crime against humanity and is a person referred to in section F of Article 1 of the Convention—shall be considered as conclusive findings of fact.

[9] Thus, it appears that if Mr. Zazai were to be successful on this application, redetermination under IRPA would require, with respect to the issue of Mr. Zazai's membership in KHAD, that the findings of the CRDD would prevail and the Adjudicator's determination would be restricted to the question of whether or not there are reasonable grounds to believe that Mr. Zazai had committed an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 (the War Crimes Act), within the meaning of paragraph 35(1)(a) of IRPA (paragraph 19(1)(j) of the Act).

[10] I raised this point with counsel at the outset of the hearing. After some discussion, during which Mr. Zazai's counsel indicated that the application of section

limitées et brutales, concept qui a sa source en droit relatif aux réfugiés, ne s'applique pas aux dispositions de la Loi qui se rapportent à l'admissibilité.

[7] Je dois mentionner, à des fins de précision, que la décision de l'arbitre a été rendue avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), le 28 juin 2002. En vertu du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), pris suivant la LIPR, en particulier suivant le paragraphe 348(6), le présent contrôle judiciaire doit être tranché suivant les dispositions de l'ancienne Loi.

[8] Cette situation entraîne un résultat plutôt anormal relativement aux erreurs alléguées à l'égard de la crédibilité. Si M. Zazai devait avoir gain de cause dans la présente demande et que l'affaire était renvoyée afin qu'elle fasse l'objet d'une nouvelle décision, le résultat serait que, suivant l'article 190 de la LIPR, l'affaire serait régie par la LIPR. L'article 15 du Règlement prévoit que, lorsque les questions d'interdiction de territoire sont tranchées suivant la LIPR, les conclusions quant aux faits d'une décision rendue—fondée sur des conclusions (dans la présente affaire celles de la SSR) selon lesquelles l'étranger a commis un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et est une personne visée à la section F de l'article premier de la Convention—ont force de chose jugée.

[9] Par conséquent, il appert que si M. Zazai devait avoir gain de cause dans la présente demande, une nouvelle décision suivant la LIPR exigerait, à l'égard de la question de l'appartenance de M. Zazai au KHAD, que les conclusions de la SSR prévalent et que la décision de l'arbitre soit limitée à la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables de croire que M. Zazai a commis hors du Canada un acte qui constitue une infraction visée aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24 (la Loi sur les crimes de guerre), au sens de l'alinéa 35(1)a) de la LIPR (alinéa 19(1)j) de la Loi.

[10] J'ai soulevé ce point aux avocats au début de l'audience. Après certaines discussions, au cours desquelles l'avocat de M. Zazai a mentionné que



15 of the IRP Regulations would or could be challenged, I determined that any argument in relation to the impact of section 15 was best left to circumstances where the provision was being applied. Accordingly, and in the face of the express direction of subsection 348(6) of the IRP Regulations, this application was argued and will be decided without regard to IRPA or the IRP Regulations. Given my conclusions regarding Mr. Zazai's credibility argument, in the circumstances of this matter nothing turns on the point in any event.

### CREDIBILITY

[11] The witnesses testified that Mr. Zazai, at the relevant time, was a student at the University of Kabul and a member of its volleyball team. Mr. Nawami testified that he (Nawami) was the sports director at the university and the trainer of the volleyball team. Mr. Malikzai stated that he (Malikzai) and Mr. Zazai were teammates on the university volleyball team during one of the years when Mr. Zazai attended the university. Both witnesses said that they did not believe that Mr. Zazai was a member of KHAD.

[12] The submission is that the Adjudicator improperly relied on purported inconsistencies in the evidence to justify her credibility findings. Specifically, she found inconsistencies in the evidence of the witnesses as well as internal inconsistencies in relation to the evidence of each of them. Mr. Zazai maintains that the witnesses were called to refute the evidence of his membership in KHAD. The Adjudicator was therefore obliged to weigh and assess this evidence and reach a determination on its credibility. Mr. Zazai contends that a review of the evidence indicates that the witnesses were not inconsistent. They were consistent in terms of their timing and there was no inconsistency between the evidence of one or the other as to Mr. Zazai's participation, Mr. Malikzai's participation, and their participation together on the university volleyball team. Both testified that Mr. Zazai and Mr. Malikzai played together in 1990 and 1991.

l'application de l'article 15 du Règlement serait contestée ou pourrait l'être, j'ai conclu qu'il était préférable que toutes les prétentions se rapportant à l'effet de l'article 15 soient laissées aux cas dans lesquels la disposition était appliquée. Par conséquent, et compte tenu de la directive expresse du paragraphe 348(6) du Règlement, la présente demande a été plaidée et sera tranchée sans qu'il soit tenu compte de la LPR ou du Règlement. Compte tenu de mes conclusions à l'égard de la prétention se rapportant à la crédibilité de M. Zazai, selon les circonstances de la présente affaire, rien ne dépend de ce point de toute façon.

### LA CRÉDIBILITÉ

[11] Les témoins ont témoigné que M. Zazai, à l'époque pertinente, était étudiant à l'université de Kaboul et qu'il était membre de l'équipe de volley-ball de l'université. M. Nawami a témoigné que lui (Nawami) était le directeur des sports à l'université et l'entraîneur de l'équipe de volley-ball. M. Malikzai a déclaré que lui (Malikzai) et M. Zazai étaient des coéquipiers de l'équipe de volley-ball de l'université au cours de l'une des années au cours desquelles M. Zazai étudiait à l'université. Les deux témoins ont déclaré qu'ils ne pensaient pas que M. Zazai soit membre du KHAD.

[12] Le demandeur prétend que l'arbitre s'est incorrectement fondée sur de prétendues incohérences dans la preuve pour justifier ses conclusions quant à la crédibilité. En particulier, elle a conclu qu'il y avait des incohérences dans le témoignage des témoins de même que des incohérences internes à l'égard de la preuve de chacun d'eux. M. Zazai soutient que les témoins ont été appelés afin de réfuter la preuve de son appartenance au KHAD. L'arbitre était par conséquent tenue de pondérer et d'évaluer cette preuve et de rendre une décision quant à sa crédibilité. M. Zazai prétend qu'un examen de la preuve montre que les témoins n'étaient pas incohérents. Ils étaient cohérents quant aux moments des événements qu'ils décrivaient et il n'y avait pas d'incohérences entre la preuve de l'un et l'autre quant à la participation de M. Zazai, de celle de M. Malikzai et de leur participation commune à l'équipe de volley-ball. Les deux témoins ont témoigné que M. Zazai et M. Malikzai ont joué ensemble en 1990 et 1991.

[13] The written argument alleges that both witnesses testified that Mr. Zazai was also a member of the national volleyball team. That allegation was not pursued at the hearing nor can it be sustained on a review of the transcript.

[14] Findings of fact, including those of credibility, are best left to the trier of fact: *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 165 (F.C.A.). The applicable standard of review regarding findings of fact and credibility is one of patent unreasonableness: *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. However, intervention is warranted in circumstances where the decision maker arrives at a finding of fact having misconstrued or ignored relevant evidence and then relies on those findings when making an adverse determination as to credibility: *Lai v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] F.C.J. No. 906 (F.C.A.) (QL).

[15] The Adjudicator summarized the evidence of both witnesses as well as Mr. Zazai's evidence (including his PIF, CRDD hearing testimony, application for landing, and affidavit denying KHAD membership). She then stated [at paragraph 18]:

The evidence you have given with respect to your involvement in this organization has been consistently presented from 1992 [sic] when you first arrived in Canada through the hearing process which took place in 1994 and 1995 before the CRDD, before the Federal Court in the form of your application for leave, and continuing on through at a minimum your application for landing in Canada, even after your exclusion by the CRDD at their hearing. The repudiation of all of that information only comes recently, and it is not in my estimation credible over all.

[16] The Adjudicator then enumerated a number of inconsistencies in the evidence. That evidence included

[13] Le demandeur prétend dans ses observations écrites que les deux témoins ont témoigné que M. Zazai était également membre de l'équipe nationale de volley-ball. Il n'a pas été donné suite à cette prétention lors de l'audience et elle ne peut pas être maintenue après un examen de la transcription.

[14] Il est préférable de laisser les conclusions de fait, y compris celles quant à la crédibilité, au juge des faits: voir *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 174 D.L.R. (4th) 165 (C.A.F.). La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait et aux conclusions quant à la crédibilité est la norme de la décision manifestement déraisonnable: voir *Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (C.A.F.), et *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982. Cependant, il est justifié qu'il y ait une intervention dans des circonstances dans lesquelles le décideur tire des conclusions de fait après avoir mal interprété les éléments de preuve pertinents ou avoir omis de les prendre en compte et s'appuie ensuite sur ces conclusions pour rendre une décision défavorable quant à la crédibilité: voir *Lai c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 906 (C.A.F.) (QL).

[15] L'arbitre a résumé la preuve des deux témoins de même que la preuve de M. Zazai (y compris son FRP, le témoignage rendu durant l'audience devant la SSR, la demande d'établissement et l'affidavit niant l'appartenance au KHAD). Elle a ensuite déclaré ce qui suit [au paragraphe 18]:

La preuve que vous avez fournie quant à votre appartenance à cette organisation a été constamment présentée à compter de 1992 [sic], année de votre arrivée au Canada, pendant tout le processus d'audience qui a eu lieu en 1994 et 1995 devant la SSR, devant la Cour fédérale dans le cadre de votre demande d'autorisation, et au moins jusqu'à votre demande d'établissement au Canada, même après votre exclusion par la SSR à son audience. La réfutation de tous ces renseignements n'a eu lieu que récemment et n'est d'après moi pas du tout crédible.

[16] L'arbitre a ensuite énuméré de nombreuses incohérences contenues dans la preuve. Cette preuve

not only the oral testimony of Messrs. Nawami and Malikzai, but all of the evidence that she had previously summarized.

[17] Mr. Zazai does not take issue with all of the noted inconsistencies but he does take exception to the comment that the evidence of the witnesses was internally inconsistent. In fairness, the Adjudicator specified that this comment was of particular significance in relation to Mr. Malikzai. Although Mr. Nawami's evidence was, for the most part, internally consistent, there was vacillation in relation to when Mr. Zazai allegedly played on the volleyball team. Mr. Zazai maintains that all were agreed that it was 1990-1991. However, Mr. Nawami did state that he (Nawami) left Kabul in 1991 and that Mr. Zazai had left before him. Although he does not specifically refer to a time frame between Mr. Zazai's departure and his departure, his comments imply that the length of time between their respective departures was not insignificant. He also stated, more than once, that Mr. Zazai played on the team in 1990.

[18] In the case of Mr. Malikzai, repeatedly reciting that he and Mr. Zazai played together on the University of Kabul volleyball team in 1990-1991 does not make it so, particularly when regard is had to his evidence as a whole. Having reviewed Mr. Malikzai's affidavit and the transcript several times, I am still uncertain as to when Mr. Malikzai actually attended the University of Kabul, if at all. In my view, it was open to the Adjudicator to make the observations and the determinations that she made and there is no prospect of them being regarded as unreasonable.

[19] With respect to the evidence regarding KHAD, each of the witnesses stated that he did not believe that Mr. Zazai was a member. Mr. Nawami stated that he would have known had that been the case although he was unable to provide any convincing explanation as to why. The Adjudicator reasonably found that their evidence constituted no more than opinions. She also considered that the organization was "a secret one" and

incluait non seulement les témoignages de vive voix de M. Nawami et de M. Malikzai, mais toute la preuve qu'elle avait auparavant résumée.

[17] M. Zazai ne conteste pas toutes les incohérences mentionnées, mais il s'élève effectivement contre le commentaire selon lequel la preuve des témoins contenait des incohérences internes. Pour être juste, l'arbitre a précisé que ce commentaire était particulièrement important à l'égard de M. Malikzai. Bien que la preuve de M. Nawami ait été, pour la plus grande partie, cohérente en elle-même, elle n'était pas claire à l'égard du moment auquel M. Zazai avait soi-disant joué dans l'équipe de volley-ball. M. Zazai soutient qu'ils s'entendaient tous pour dire que c'était en 1990-1991. Cependant, M. Nawami a effectivement déclaré que lui (Nawami) a quitté Kaboul en 1991 et que M. Zazai était parti avant lui. Bien qu'il ne mentionne pas expressément le délai entre le départ de M. Zazai et le sien, ses commentaires laissent entendre que le délai entre leur départ respectif était non négligeable. Il a en outre déclaré, à plus d'une reprise, que M. Zazai jouait dans l'équipe en 1990.

[18] Dans le cas de M. Malikzai, le fait de dire à plusieurs reprises que lui et M. Zazai jouaient ensemble dans l'équipe de volley-ball de l'université de Kaboul en 1990-1991 ne fait pas que ce soit vrai, notamment lorsque sa preuve est examinée dans son ensemble. Après avoir examiné à plusieurs reprises l'affidavit de M. Malikzai et la transcription, je ne suis pas encore certaine du moment auquel M. Malikzai a en fait étudié à l'université de Kaboul, s'il y a vraiment étudié. À mon avis, il était loisible à l'arbitre de faire les commentaires qu'elle a faits et de rendre les décisions qu'elle a rendues et rien ne laisse penser que ces commentaires et ces décisions soient jugés déraisonnables.

[19] À l'égard de la preuve se rapportant au KHAD, les deux témoins ont déclaré qu'ils ne pensaient pas que M. Zazai soit membre du KHAD. M. Nawami a déclaré qu'il l'aurait su si cela avait été le cas bien qu'il ait été incapable de fournir une explication convaincante à cet égard. L'arbitre a raisonnablement conclu que leurs preuves ne constituaient rien de plus qu'une opinion. Elle a en outre pris en compte le fait que l'organisation

that it was unlikely that its members “would have been known to the general populace”. This latter observation is supported by Mr. Zazai’s evidence before the CRDD when he stated that “nobody knew” that he was working in KHAD because it “was a confidential organization”.

[20] Mr. Zazai also contends that the Adjudicator applied the wrong test when she stated [at paragraph 17]:

Neither [of the] gentlemen in their evidence could point to any specific evidence or facts in their possession that conclusively proved you were not part of this organization known as KHAD during the time in question.

[21] I regard the Adjudicator’s choice of words as unfortunate. I do not regard them as a statement of a standard of proof. When read in the context of the decision as a whole, the comments simply mean that the witnesses could not point to any evidence, other than their own testimony, that demonstrated that Mr. Zazai was not a member of KHAD as he had repeatedly professed to be.

[22] In short, the Adjudicator did not accept the evidence provided in Mr. Zazai’s most recent affidavit and she did not accept the evidence of the witnesses. She also provided her reasons for rejecting that evidence. I am not persuaded that the Adjudicator made any error that would warrant my intervention in relation to her findings in this regard. Even if I had found that the Adjudicator erred in her findings regarding some internal inconsistencies in the evidence presented by Messrs. Nawami and Malikzai, her findings on the central and determinative issue are, in my view, unassailable. She simply did not believe Mr. Zazai’s later story over the one that had been advanced from the time of his initial refugee claim through to the time just before his admissibility hearing.

[23] I turn now to Mr. Zazai’s second argument. An understanding and appreciation of his submissions

était «secrète» et qu’il était peu probable que ses membres «aient été connus du grand public». Ce dernier commentaire est appuyé par le témoignage de M. Zazai rendu devant la SSR lorsqu’il a déclaré que [TRADUCTION] «personne ne savait» qu’il travaillait au sein du KHAD parce que c’[TRADUCTION] «était une organisation secrète».

[20] M. Zazai prétend en outre que l’arbitre a appliqué le mauvais critère lorsqu’elle a déclaré ce qui suit [au paragraphe 17]:

Aucun de ces messieurs dans son témoignage ne pouvait présenter une preuve ou un fait en sa possession qui aurait prouvé de façon décisive que vous ne faisiez pas partie de l’organisation connue sous le nom de KHAD durant la période en question.

[21] Le choix de mots de l’arbitre m’apparaît être un choix malheureux. Il ne m’apparaît pas que ces mots constituent une déclaration à l’égard d’une norme de preuve. Lorsqu’ils sont lus dans le contexte de la décision dans son ensemble, les commentaires signifient simplement que les témoins ne pouvaient signaler aucun élément de preuve, autre que leur propre témoignage, démontrant que M. Zazai n’était pas membre du KHAD comme il avait déclaré l’être à plusieurs reprises.

[22] En résumé, l’arbitre n’a pas accepté la preuve fournie dans le plus récent affidavit de M. Zazai et elle n’a pas accepté la preuve des témoins. Elle a en outre fourni ses motifs de rejet de cette preuve. Je ne suis pas convaincue que l’arbitre a commis une erreur qui justifierait que j’intervienne relativement à ses conclusions à cet égard. Même si j’avais conclu que l’arbitre a commis une erreur dans ses conclusions à l’égard de certaines incohérences internes dans la preuve présentée par M. Nawami et M. Malikzai, ses conclusions à l’égard de la question principale et déterminante sont, à mon avis, inattaquables. Elle ne croyait simplement pas le dernier récit de M. Zazai qui remplaçait celui qu’il avait présenté du moment de sa revendication du statut de réfugié initiale jusqu’au moment précédant son enquête à l’égard de la non-admissibilité.

[23] Je passe maintenant au deuxième argument de M. Zazai. Il est nécessaire, pour comprendre et évaluer ses

requires reference to various statutory provisions and to the jurisprudence concerned with the concept of complicity in the commission of international crimes in the context of refugee law.

#### THE RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[24] The relevant statutory provisions and international law references are attached to these reasons as Schedule A. For ease of reference, the pertinent extracts of sections 2, 19 and 27 of the Act as well as Article 1F(a) of the Convention are reproduced here.

2. (1) In this Act,

...

“Convention refugee” . . .

...

. . . does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

...

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

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

...

27. . . .

(2) An immigration officer or a peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada,

prétentions, de mentionner diverses dispositions législatives et la jurisprudence se rapportant au concept de complicité dans la perpétration de crimes internationaux dans le contexte du droit relatif aux réfugiés.

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[24] Les dispositions législatives pertinentes et les références de droit international sont annexées aux présents motifs comme Annexe A. Pour en faciliter la consultation, les extraits pertinents des articles 2, 19 et 27 de la Loi de même que de l’alinéa Fa) de l’article premier de la Convention sont reproduits ci-après:

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

«réfugié au sens de la Convention» [. . .]

[. . .]

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

[. . .]

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

[. . .]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu’elles ont commis une infraction visée à l’un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*;

[. . .]

27. [. . .]

(2) L’agent d’immigration ou l’agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu’à titre de citoyen canadien ou de résident

other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(a) is a member of an inadmissible class, other than an inadmissible class described in paragraph 19(1)(h) or 19(2)(c);

...

#### ARTICLE 1 OF THE UNITED NATIONS CONVENTION RELATING TO THE STATUS OF REFUGEES

...

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

#### THE JURISPRUDENCE

[25] The jurisprudence of this Court with respect to complicity in war crimes and crimes against humanity—for convenience referred to as international crimes throughout these reasons—includes, but is not limited to: *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.) (*Ramirez*); *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 3 F.C. 646 (C.A.) (*Gonzalez*); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.) (*Moreno*); *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.) (*Sivakumar*); *Bazargan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (F.C.A.) (*Bazargan*); *Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 3 F.C. 66 (C.A.) (*Sumaida*) and *Harb v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (F.C.A.) (*Harb*). The trilogy of *Ramirez*, *Moreno* and *Sivakumar* provided the basis from which the principles summarized in the paragraphs below evolved.

[26] The burden of establishing that international offences have been committed is on the Minister and,

permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

a) appartient à une catégorie non admissible, autre que celles visées aux alinéas 19(1)(h) ou 19(2)c);

[. . .]

#### ARTICLE PREMIER DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS

[. . .]

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

#### LA JURISPRUDENCE

[25] La jurisprudence de la Cour à l'égard de la complicité dans la perpétration de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité—auxquels dans les présents motifs, par souci de commodité, il est fait référence comme des crimes internationaux—inclut, sans s'y limiter, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.) (*Ramirez*); *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 3 C.F. 646 (C.A.) (*Gonzalez*); *Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 298 (C.A.) (*Moreno*); *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 433 (C.A.) (*Sivakumar*); *Bazargan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 205 N.R. 282 (C.A.F.) (*Bazargan*); *Sumaida c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 3 C.F. 66 (C.A.) (*Sumaida*); *Harb c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 238 F.T.R. 194 (C.A.F.) (*Harb*). La trilogie *Ramirez*, *Moreno* et *Sivakumar* a fourni le fondement à partir duquel les principes résumés dans les paragraphes qui suivent ont été établis.

[26] Le fardeau de prouver que des infractions internationales ont été commises incombe au ministre et,

with respect to exclusion from refugee status, it must be shown that there are serious reasons for considering that a claimant committed international crimes: *Ramirez*. The standard applies to factual determinations. Whether the acts or omissions in question constitute international crimes is a question of law: *Moreno*.

[27] Accomplices as well as principal actors may be found to have committed international crimes (although, for present purposes, I am not concerned with principal actors). The Court accepted the notion of complicity defined as a personal and knowing participation in *Ramirez* and complicity through association whereby individuals may be rendered responsible for the acts of others because of their close association with the principal actors in *Sivakumar*. Complicity rests on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties may have of it: *Ramirez*; *Moreno*.

[28] Madam Justice Reed in *Penate v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 2 F.C. 79 (T.D.), synthesized the trilogy principles at pages 84 and 85:

The *Ramirez*, *Moreno*, and *Sivakumar* cases all deal with the degree or type of participation which will constitute complicity. Those cases have established that mere membership in an organization which from time to time commits international offences is not normally sufficient to bring one into the category of an accomplice. At the same time, if the organization is principally directed to a limited, brutal purpose, such as a secret police activity, mere membership may indeed meet the requirements of personal and knowing participation. The cases also establish that mere presence at the scene of an offence, for example, as a bystander with no intrinsic connection with the persecuting group will not amount to personal involvement. Physical presence together with other factors may however qualify as a personal and knowing participation.

As I understand the jurisprudence, it is that a person who is a member of the persecuting group and who has knowledge that activities are being committed by the group and who neither takes steps to prevent them from occurring (if he has the power to do so) nor disengages himself from the group at

à l'égard de l'exclusion de la définition de statut de réfugié, il doit être démontré qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un demandeur a commis des crimes internationaux: voir *Ramirez*. La norme s'applique à des décisions quant aux faits. La question de savoir si les actes ou les omissions constituent des crimes internationaux est une question de droit: voir *Moreno*.

[27] Des complices, de même que des auteurs principaux, peuvent être considérés comme ayant commis des crimes internationaux (quoique, aux fins des présentes, je ne suis pas préoccupée par les auteurs principaux). La Cour, dans *Ramirez*, a reconnu le concept de complicité défini comme une participation personnelle et consciente et, dans *Sivakumar*, le concept de complicité par association par lequel des individus peuvent être tenus responsables d'actes commis par d'autres en raison de leur association étroite avec les auteurs principaux. La complicité dépend de l'existence d'une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause peuvent en avoir: voir *Ramirez* et *Moreno*.

[28] M<sup>me</sup> la juge Reed dans la décision *Penate c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 2 C.F. 79 (1<sup>re</sup> inst.), a résumé comme suit, aux pages 84 et 85, les principes établis dans la trilogie:

Dans les décisions *Ramirez*, *Moreno* et *Sivakumar*, il est question du degré ou du type de participation qui constitue la complicité. Il ressort de ces décisions que la simple adhésion à une organisation qui commet sporadiquement des infractions internationales n'implique pas normalement la complicité. Par contre, lorsque l'organisation vise principalement des fins limitées et brutales, comme celles d'une police secrète, ses membres peuvent être considérés comme y participant personnellement et sciemment. Il découle également de cette jurisprudence que la simple présence d'une personne sur les lieux d'une infraction en tant que spectatrice par exemple, sans lien avec le groupe persécuteur, ne fait pas d'elle une complice. Mais sa présence, alliée à d'autres facteurs, peut impliquer sa participation personnelle et consciente.

Selon mon interprétation de la jurisprudence, sera considéré comme complice quiconque fait partie du groupe persécuteur, qui a connaissance des actes accomplis par ce groupe, et qui ne prend pas de mesures pour les empêcher (s'il peut le faire) ni ne se dissocie du groupe à la première occasion (compte tenu

the earliest opportunity (consistent with safety for himself) but who lends his active support to the group will be considered to be an accomplice. A shared common purpose will be considered to exist. I note that the situation envisaged by this jurisprudence is not one in which isolated incidents of international offences have occurred but where the commission of such offences is a continuous and regular part of the operation.

[29] In *Bazargan*, it was determined that personal and knowing participation can be direct or indirect and membership in an organization that is engaged in the condemned activities is not required. It is not working within an organization that makes someone an accomplice to the organization's activities, but knowingly contributing to those activities in any way or making them possible, whether from within or outside the organization.

[30] These principles have been reiterated and confirmed in subsequent jurisprudence of the Federal Court of Appeal, most recently in *Sumaida and Harb*.

#### THE CONCEPT OF COMPLICITY IN RELATION TO INADMISSIBILITY

[31] Mr. Zazai submits that the above-noted jurisprudence, developed in the context of refugee exclusion, does not apply to the inadmissibility provision found at paragraph 19(1)(j) of the Act. He argues that by amending the Act (the amendment has been carried forward into IRPA) and by relating the determination of admissibility on grounds of violating human rights directly to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 as amended, it is clear that "the test for admissibility is the same as that under section 36 of the Act [*sic*] [paragraph 19(1)(c.1) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1995, c. 15, s. 2]] dealing with serious criminality". The issue is whether he has committed a crime under sections 4 to 7 of the War Crimes Act.

[32] The rationale underlying Mr. Zazai's argument is that a person is guilty of an indictable offence if the

de sa propre sécurité), mais qui l'appuie activement. On voit là une intention commune. Je fais remarquer que la jurisprudence susmentionnée ne vise pas des infractions internationales isolées, mais la situation où la perpétration de ces infractions fait continûment et régulièrement partie de l'opération.

[29] Dans *Bazargan*, il a été tranché que la participation personnelle et consciente peut être directe ou indirecte et qu'elle ne requière pas l'appartenance à une organisation qui s'adonne à des activités condamnées. Ce n'est pas le fait de travailler dans une organisation qui rend une personne complice des activités de l'organisation, mais le fait de contribuer consciemment à ces activités de quelque façon ou de les rendre possibles, que ce soit de l'intérieur ou de l'extérieur de l'organisation.

[30] Ces principes ont été réitérés et confirmés dans des arrêts subséquents de la Cour d'appel fédérale et plus récemment dans *Sumaida et Harb*.

#### LE CONCEPT DE COMPLICITÉ DANS LE CONTEXTE DE L'INTERDICTION DE TERRITOIRE

[31] M. Zazai prétend que la jurisprudence précédemment mentionnée, développée dans le contexte de l'exclusion de la définition de réfugié, ne s'applique pas à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire suivant l'alinéa 19(1)(j) de la Loi. Il prétend que par la modification de la Loi (la modification a été reportée dans la LIPR) et que par le lien direct fait entre la décision à l'égard de l'admissibilité pour des motifs de violation des droits de l'homme et le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et ses modifications, il est clair que [TRADUCTION] «le critère à l'égard de l'admissibilité est le même que celui suivant l'article 36 de la Loi [*sic*] [alinéa 19(1)(c.1) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1995, ch. 15, art. 2]] qui traite de grande criminalité». La question est celle de savoir s'il a commis un crime suivant les articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre.

[32] Le raisonnement qui sous-tend la prétention de M. Zazai est qu'une personne est coupable d'un acte



person committed, either inside or outside of Canada, an international crime. The War Crimes Act makes it an offence to counsel one to commit international crimes or to be an accessory after the fact. Thus, according to Mr. Zazai, in an admissibility hearing, a determination of inadmissibility under the provisions of paragraph 19(1)(j) (now paragraph 35(1)(a) of IRPA) requires application of the rules that have evolved in the context of criminal admissibility and these rules demand an equivalency analysis. He maintains that this process is entrenched in the jurisprudence.

[33] He refers to the War Crimes Act and says that there is nothing in it that makes it a crime to be complicit in a crime so as to make a “person’s being ‘complicit’ sufficient to produce a finding of guilt in a Canadian court of law”. He asserts that complicity under refugee law has been broadly defined and nothing in the provisions of sections 4 to 7 of the War Crimes Act permits such an interpretation. By opting to define inadmissibility by reference to a statute that has provided for culpability based on specific provisions, he claims that Parliament has determined that inadmissibility to Canada will be judged on the basis of the equivalent criminal statutes.

[34] Mr. Zazai contends that the current provisions constitute a clear departure from the past when inadmissibility, due to the commission of international crimes, was related to the broadly defined terms set out in Article 1F(a) of the Convention without reference to any definition in any Canadian statute. The wording in the exclusion and inadmissibility provisions is not equivalent. Moreover, he argues, the purposes of the two provisions are completely different. In an admissibility hearing, the question is whether he has committed a crime that would render him inadmissible. In a refugee context, the question is whether he is entitled to international protection. This, he says, was made clear by the Supreme Court in *Pushpanathan* where the Court explicitly recognized the different roles of section 19 and the exclusion clause.

criminel si elle a commis, au Canada ou à l’extérieur du Canada, un crime international. La Loi sur les crimes de guerre crée une infraction du fait de conseiller à quelqu’un de commettre des crimes internationaux ou d’être complice après le fait. Par conséquent, selon M. Zazai, dans le contexte d’une enquête à l’égard de l’admissibilité, une décision à l’égard de l’interdiction de territoire suivant les dispositions de l’alinéa 19(1)(j) (maintenant l’alinéa 35(1)(a) de la LIPR) exige l’application des règles qui ont été établies dans le contexte de l’admissibilité en matière criminelle et ces règles exigent une analyse d’équivalence. Il soutient que ce processus est fermement établi par la jurisprudence.

[33] Il renvoie à la Loi sur les crimes de guerre et il affirme qu’il n’y a rien dans cette loi qui crée un crime du fait d’être complice dans un crime de façon à ce que le fait pour une [TRADUCTION] «personne d’être “complice” soit suffisant pour entraîner une conclusion de culpabilité dans une cour canadienne». Il prétend que la complicité suivant le droit relatif aux réfugiés a été largement définie et que rien dans les articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre ne permet une telle interprétation. Il prétend que le législateur, en choisissant de définir l’interdiction de territoire par le renvoi à une loi qui a prévu la culpabilité sur le fondement de dispositions précises, a établi que l’interdiction de territoire au Canada sera décidée sur le fondement des lois équivalentes en matière criminelle.

[34] M. Zazai prétend que les dispositions actuelles constituent une coupure claire avec le passé lorsque l’interdiction de territoire, en raison de la perpétration de crimes internationaux, était liée aux conditions largement définies énoncées à l’alinéa Fa) de l’article premier de la Convention sans renvoi à une définition dans une loi canadienne. Le libellé des dispositions à l’égard de l’exclusion et de l’interdiction de territoire n’est pas équivalent. En outre, il prétend que les objets des deux dispositions sont complètement différents. Lors d’une enquête à l’égard de l’admissibilité, la question est celle de savoir s’il a commis un crime qui entraînerait qu’il soit interdit de territoire. Dans le contexte relatif aux réfugiés, la question est celle de savoir s’il a le droit d’obtenir la protection internationale. Il affirme que cette distinction a été clarifiée par la Cour suprême dans l’arrêt *Pushpanathan* dans lequel la Cour suprême a

[35] The Adjudicator erred, in Mr. Zazai's opinion, by failing to make express findings in relation to his culpability for specific crimes as required by law. Absent an express finding that he had in fact committed a crime described in sections 4 to 7 of the War Crimes Act, the decision is not sustainable. It was incumbent on the Adjudicator to "engage in an equivalency analysis similar to that undertaken under section 36 [*sic*] [paragraph 19(1)(c.1)], a determination as to whether there exists [*sic*] reasonable grounds for concluding that he had committed an offence that was equivalent to a specific offence or crime under sections 4 to 7 of the [War Crimes] Act". In this regard, mere membership in the KHAD was not enough.

[36] If Mr. Zazai is correct that the concept of complicity, as enunciated in the jurisprudence summarized earlier, does not apply to paragraph 19(1)(j) of the Act, then the Adjudicator's decision must be set aside. Her determination was based on his complicity (not direct participation) in international crimes. In addressing Mr. Zazai's submissions, it is useful to begin with the common ground. For convenience, I may refer to Article 1F(a) of the Convention as the "exclusion provision" and to paragraph 19(1)(j) of the Act as the "inadmissibility provision".

[37] There is no dispute that Mr. Zazai has not been charged with committing international crimes. Nor is there any suggestion that the applicability of the inadmissibility provision is in any way dependant upon him being charged with or convicted of any such offences. There is no disagreement as to the standard of proof applicable to the factual findings. It is settled law that there is no substantive distinction between the terms "serious reasons for considering" (the standard for the exclusion clause) and "reasonable grounds to believe" (the standard for the inadmissibility provision): *Ramirez; Moreno*. The phrases have the same meaning: *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,

reconnu explicitement le rôle différent de l'article 19 et de la clause d'exclusion.

[35] Selon M. Zazai, l'arbitre a commis une erreur en omettant d'expressément tirer des conclusions à l'égard de sa culpabilité quant à des crimes particuliers, comme la loi l'exige. En l'absence d'une conclusion expresse selon laquelle il a effectivement commis un crime décrit aux articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre, la décision n'est pas viable. Il appartenait à l'arbitre d'[TRADUCTION] «effectuer une analyse d'équivalence similaire à celle entreprise suivant l'article 36 [*sic*] [alinéa 19(1)c.1)], pour rendre une décision sur la question de savoir s'il existe des motifs raisonnables permettant de conclure qu'il avait commis une infraction équivalant à une infraction ou à un crime particulier prévu par les articles 4 à 7 de la Loi [sur les crimes de guerre]». À cet égard, la simple appartenance au KHAD n'était pas suffisante.

[36] Si M. Zazai a raison de prétendre que le concept de complicité, comme il est établi dans la jurisprudence résumée précédemment, ne s'applique pas à l'alinéa 19(1)(j) de la Loi, alors la décision de l'arbitre doit être annulée. Sa décision était fondée sur la complicité de M. Zazai (non sur sa participation directe) dans des crimes internationaux. Pour traiter des prétentions de M. Zazai, il est utile de commencer par établir ce qui n'est pas contesté. Par souci de commodité, je pourrai renvoyer à l'alinéa Fα) de l'article premier de la Convention comme «la disposition à l'égard de l'exclusion» et à l'alinéa 19(1)(j) de la Loi comme la «disposition à l'égard de l'interdiction de territoire».

[37] Il n'est pas contesté que M. Zazai n'a pas été accusé d'avoir commis des crimes internationaux. Il n'est pas non plus suggéré que l'application de la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire dépend de quelque façon du fait qu'il soit accusé de tels crimes ou qu'il en soit déclaré coupable. Les parties s'entendent quant à la norme de preuve applicable aux conclusions de fait. Il est établi en droit qu'il n'y a pas de différence importante entre les expressions «raisons sérieuses de penser» (la norme pour la clause d'exclusion) et «motifs raisonnables de croire» (la norme de la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire): voir *Ramirez* et *Moreno*. Les phrases ont le même sens: voir *Mugesera*

[2004] 1 F.C.R. 3 (F.C.A.) (*Mugesera*). In the context of the inadmissibility provisions of the Act, the standard has been defined as one that, while falling short of a balance of probabilities, nonetheless connotes a *bona fide* belief in a serious possibility based on credible evidence: *Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 297 (C.A.) (*Chiau*); *Qu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 3 F.C. 3 (C.A.) (*Qu*); *Andeel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 240 F.T.R. 1 (F.C.) (*Andeel*); *Gariev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 531; [2004] F.C.J. No. 657 (QL) (*Gariev*).

[38] Additionally, Mr. Zazai does not suggest that the fifth directorate of KHAD is anything other than the type of organization that the documentary evidence described and the CRDD determined it to be—a “secret intelligence organization with the purpose of eliminating anti-government activity, and which engaged in crimes, which would be characterized as crimes against humanity”.

[39] With respect to Mr. Zazai’s submissions, I am not persuaded that the jurisprudence of this Court, developed in the context of the exclusion provision, is not relevant or applicable to the inadmissibility provision. The Federal Court of Appeal has consistently recognized and noted that the exclusion clause is analogous to paragraph 19(1)(j): *Ramirez; Moreno; Sivakumar; Mugasera*. In *Sivakumar*, Mr. Justice Linden, when discussing the standard of proof for both provisions, stated at page 445 that “[t]his shows that the international community was willing to lower the usual standard of proof in order to ensure that war criminals were denied safe havens”.

[40] I appreciate Mr. Zazai’s position that the purposes of the two provisions are different and I accept that in *Pushpanathan*, the Supreme Court stated that the purpose of Article 1 is [at paragraph 58] “to define who is a refugee”. Article 1F establishes categories of persons

*c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 1 R.C.F. 3 (C.A.F.) (*Mugesera*). Dans le contexte des dispositions à l’égard de l’interdiction de territoire contenues dans la Loi, la norme a été définie comme une norme qui, bien qu’elle soit moindre qu’une prépondérance des probabilités, évoque néanmoins une croyance authentique quant à une possibilité sérieuse fondée sur des éléments de preuve dignes de foi: voir *Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 2 C.F. 297 (C.A.) (*Chiau*); *Qu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 3 C.F. 3 (C.A.) (*Qu*); *Andeel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2003), 240 F.T.R. 1 (C.F.) (*Andeel*); et *Gariev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 531; [2004] A.C.F. n° 657 (QL) (*Gariev*).

[38] De plus, M. Zazai ne suggère pas que la cinquième direction du KHAD soit autre chose que le type d’organisation que la preuve documentaire décrit comme, et que la SSR a établi être, un [TRADUCTION] «service de renseignements secrets dont l’objectif était de supprimer les activités antigouvernementales et qui commettait des crimes susceptibles d’être considérés comme des crimes contre l’humanité».

[39] À l’égard des prétentions de M. Zazai, je ne suis pas convaincue que la jurisprudence de la Cour, développée dans le contexte de la disposition à l’égard de l’exclusion, n’est pas pertinente ou applicable à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire. La Cour d’appel fédérale a de façon constante reconnu et mentionné que la clause d’exclusion est analogue à l’alinéa 19(1)(j): voir *Ramirez, Moreno, Sivakumar et Mugasera*. Dans *Sivakumar*, le juge Linden, lorsqu’il traite de la norme de preuve pour les deux dispositions, a déclaré, à la page 445, que «[c]ela montre que la communauté internationale voulait bien baisser la norme habituelle de preuve afin de s’assurer que les criminels de guerre ne trouveraient pas refuge».

[40] Je suis sensible à la position de M. Zazai selon laquelle les objets des deux dispositions sont différents et j’accepte que dans l’arrêt *Pushpanathan*, la Cour suprême a déclaré que l’objet de l’article premier est de [au paragraphe 58] «définir le terme réfugié». La section

who are specifically excluded from that definition. Mr. Justice Bastarache explained that [at paragraph 58] “the general purpose of Article 1F is not the protection of the society of refuge from dangerous refugees. . . . [r]ather, it is to exclude *ab initio* those who are not *bona fide* refugees at the time of their claim for refugee status”.

[41] The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 (*Chiarelli*). Mr. Justice Sopinka, writing for a unanimous Court referred to the comments of Mr. Justice La Forest in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and confirmed the government’s right and duty to keep out and to expel aliens where it considers it advisable to do so. Otherwise, Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us. That pronouncement has been cited in *Chiau; Qu; Yuen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 625 (F.C.A.) and a plethora of other cases. That said, the statutory scheme under which immigration control is administered does not leave admission decisions to the untrammelled discretion of the Minister or her officials: *Chiau*.

[42] The objectives of the immigration policy are set out in section 3 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] of the Act. The overarching objective is to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need, among other things, to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society (paragraph 3(i)). The purpose of paragraph 19(1)(j) must be read in the context of that objective and in the context of the other provisions of the Act. The statutory interpretation presumption of coherence requires that there not be internal conflict within the legislation. It is to be presumed that the legislation does not contain contradictions or inconsistencies and that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other.

F de l’article premier établit les catégories de personnes expressément exclues de la définition. Le juge Bastarache a expliqué que [au paragraphe 58] «l’objet général de la section F de l’article premier n’est pas de protéger le pays d’accueil contre les réfugiés dangereux [. . .]. Il est plutôt d’exclure *ab initio* ceux qui ne sont pas des réfugiés authentiques au moment de la présentation de leur revendication».

[41] Le principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer au pays ou d’y demeurer: voir *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711 (*Chiarelli*). Le juge Sopinka, qui a rédigé la décision unanime de la Cour suprême, a renvoyé aux commentaires du juge La Forest dans l’arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et a confirmé le droit et le devoir du gouvernement d’empêcher des étrangers d’entrer au Canada et de les en expulser lorsqu’il juge approprié de le faire. Sinon, le Canada pourrait devenir un refuge pour des criminels et d’autres individus que nous ne souhaitons légitimement pas avoir dans notre pays. Cette déclaration a été citée dans *Chiau; Qu; et Yuen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 195 D.L.R. (4th) 625 (C.A.F.), et dans une pléthore d’autres cas. Cela dit, le régime législatif suivant lequel le contrôle de l’immigration est administré ne laisse pas les décisions à l’égard de l’admission à la discrétion sans limites du ministre ou de ses fonctionnaires: voir *Chiau*.

[42] Les objectifs de la politique en matière d’immigration sont énoncés à l’article 3 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 2] de la Loi. L’objectif fondamental est de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international en reconnaissant le besoin, entre autres choses, de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l’ordre public au Canada (alinéa 3*i*). L’objectif énoncé à l’alinéa 19(1)*j*) doit être lu dans le contexte de cet objectif fondamental et dans le contexte des autres dispositions de la Loi. La présomption de cohérence en interprétation législative exige qu’il n’y ait pas d’incohérences dans la loi elle-même. Il faut présumer que la loi ne comporte pas de contradictions ou d’incohérences et que chaque disposition peut s’appliquer sans en contredire une autre.

Ruth Sullivan in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at page 169 states:

The presumption of coherence is strong and virtually impossible to rebut. It is unthinkable that the legislature would impose contradictory rules on its citizens. When inconsistency occurs, either the drafter has made a mistake which the court must correct or the law must be interpreted in a way that solves the dispute in a definitive fashion. Contradiction or inconsistency cannot be tolerated; some method of reconciliation must be found.

[43] In my view, it is inconceivable that Parliament intended to exclude an individual who—but for the existence of serious grounds for considering that the individual had committed international crimes—may otherwise be entitled to Convention refugee status and, in the same breath, permit that individual to apply for and be granted permanent resident status—notwithstanding the inadmissibility provision—on the basis that the jurisprudence in relation to the exclusion provision does not apply to the inadmissibility provision. Despite their different purposes, it defies logic that one provision could collide so incongruously with the other.

[44] It is important to recall the distinction between complicity in traditional criminal law and complicity in international law. The differences are discussed by Mr. Justice Décaré in *Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 761 (C.A.) where he explains that complicity is one method of committing a crime. The concept of complicity by association has been developed in international law in connection with international crimes or acts of the type covered in Article 1F(a), and (c) of the Convention. The concept of a “party to an offence” has been developed in traditional Anglo-Saxon criminal law. At paragraphs 131-133 (citations omitted) Justice Décaré states:

Article 1F(a) and (c) deals with extraordinary activities, that is international crimes in the case of Article 1F(a), or acts contrary to international standards in the case of Article 1F(c) (which explains the presence of the word “committed” in

Ruth Sullivan dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 2002), à la page 169, déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] La présomption de cohérence est forte et pratiquement impossible à réfuter. On ne peut imaginer que le pouvoir législatif impose aux citoyens des règles contradictoires. Lorsqu’une incohérence survient, soit que le rédacteur a commis une erreur que les tribunaux doivent corriger, soit que la loi doit être interprétée d’une façon qui résout le conflit de manière définitive. Une contradiction ou une incohérence ne peut pas être tolérée; il est nécessaire qu’une certaine méthode de résolution soit trouvée.

[43] À mon avis, il est inconcevable que le législateur ait eu l’intention d’exclure un individu qui—en l’absence de raisons sérieuses de penser qu’il a commis des crimes internationaux—peut autrement avoir le droit d’obtenir le statut de réfugié au sens de la Convention et, en même temps, de permettre à cet individu de présenter une demande de statut de résident permanent et d’obtenir ce statut—malgré la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire—sur le fondement que la jurisprudence se rapportant à la disposition à l’égard de l’exclusion ne s’applique pas à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire. En dépit des objets distincts de deux dispositions, il n’est pas logique qu’une disposition puisse en contredire une autre de façon si incongrue.

[44] Il est important de rappeler la distinction entre la complicité en droit pénal traditionnel et la complicité en droit international. Les différences sont traitées par le juge Décaré dans l’arrêt *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761 (C.A.), dans lequel il explique que la complicité est un mode de perpétration d’un crime. Le concept de complicité par association a été développé en droit international en relation avec des crimes internationaux ou des agissements de l’ampleur de ceux visés aux sections Fa) et c) de l’article premier de la Convention. Le concept de «partie à l’infraction» a été développé en droit pénal anglo-saxon traditionnel. Aux paragraphes 131 à 133 (les références sont omises), le juge Décaré déclare ce qui suit:

Les sections Fa) et Fc) de l’article premier traitent d’activités extraordinaires, soit de crimes internationaux, dans le cas de la section Fa), ou d’agissements contraires à des normes internationales, dans le cas de la section Fc) (ce qui

Article 1F(a), which deals with crimes, and the fact that it is not present in Article 1F(c) which deals with acts that are not necessarily crimes). These are activities which I characterize as extraordinary because, if I might so phrase it, they have been criminalized by the international community collectively for exceptional reasons, and their nature is described in international instruments. . . . One feature of some of these activities is that they affect communities and are conducted through persons who do not necessarily participate directly in them. In order for the persons who are responsible to be held to account, the international community wished responsibility to attach to persons, for example, on whose orders the activities were carried out or who, aware of their existence deliberately closed their eyes to the fact that they were taking place. It is in these circumstances that the concept of complicity by association developed, making it possible to reach the persons responsible who would probably not have been responsible under traditional criminal law. Fundamentally, this concept is one of international criminal law.

Accordingly in *Ramirez* . . . , MacGuigan J.A., at page 315, agreed in a case involving the application of Article 1F(a) of the Convention, that the Court could not “interpret the ‘liability’ of accomplices under this Convention exclusively in the light of section 21 of the Canadian *Criminal Code*. . . , which deals with parties to an offence”. MacGuigan J.A. went on, “that provision stems from the traditional common law approach to ‘aiding’ and ‘abetting’. An international convention cannot be read in the light of only one of the world’s legal systems”.

Similarly, in *Sivakumar* . . . , another case of exclusion based on the perpetration of international crimes, Linden J.A. explained at page 437 *et seq.* the introduction of the concept of complicity by association by its presence in international instruments dealing with international crimes. In particular, he said at page 441:

This view of leadership within an organization constituting a possible basis for complicity in international crimes committed by the organization is supported by Article 6 of the Charter of the International Military Tribunal [*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279] which defines crimes against peace, war crimes and crimes against humanity. . . .

[45] As noted earlier, Mr. Zazai contends that the enactment of the War Crimes Act changed the law

explique qu’on retrouve le mot «commis» à la section Fa) qui traite de crimes, et qu’on ne retrouve pas ce mot à la section Fc) qui traite d’agissements qui ne seraient pas nécessairement des crimes). Ce sont là des activités que je qualifie d’extraordinaires car elles ont été criminalisées, si je puis dire, de façon collective et exceptionnelle par la communauté des nations et leur nature est précisée par des instruments internationaux [. . .]. Une caractéristique de certaines de ces activités est de viser des collectivités et d’être menées par l’intermédiaire de personnes qui n’y participent pas nécessairement de manière directe. Pour que les personnes véritablement responsables puissent être poursuivies, la communauté internationale a voulu que soient considérées comme responsables ces personnes, par exemple, sur l’ordre desquelles ces activités étaient menées ou qui, conscientes de leur existence, fermaient volontairement les yeux sur leur poursuite. C’est dans ce contexte que s’est développé le concept de complicité par association, qui permet d’atteindre des responsables qui, vraisemblablement, n’auraient pu l’être selon le droit pénal traditionnel. Ce concept, foncièrement, est un concept de droit pénal international.

Ainsi, dans *Ramirez* [. . .], le juge MacGuigan, à la page 315, a convenu, dans un cas d’application de la section Fa) de l’article premier de la Convention, que la Cour ne pouvait «analyser la responsabilité des complices aux termes de la Convention en ne tenant compte que du seul article 21 du *Code criminel* [. . .] canadien, traitant des parties à une infraction». «En effet,» d’ajouter le juge MacGuigan, «cet article est issu des règles traditionnelles de la common law en matière d’aide et d’encouragement. Or, une convention internationale ne saurait s’interpréter à la lumière d’un seul des systèmes juridiques du monde».

De même, dans *Sivakumar* [. . .], un autre cas d’exclusion fondée sur la perpétration de crimes internationaux, le juge Linden a, à la page 437 et suivantes, expliqué l’introduction du concept de complicité par association par sa présence dans des instruments internationaux reliés aux crimes internationaux. Il dira notamment, à la page 441:

Cette conception de la complicité dans les crimes internationaux du fait de l’occupation d’un rôle de dirigeant au sein d’une organisation se retrouve à l’article 6 du Statut du Tribunal militaire international [*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe*, 8 août 1945, 82 N.U.R.T. 279] qui, [. . .] défini[t] les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l’humanité [. . .].

[45] Comme il a été précédemment mentionné, M. Zazai prétend que l’adoption de la Loi sur les crimes de

regarding the inadmissibility provision. He claims, and I agree, that paragraph 19(1)(j) mandates reference to sections 4 to 7 of the War Crimes Act (it is section 6 that is specific to Mr. Zazai). He relies heavily on the fact that there is no reference to aiding and abetting anywhere in section 6. This is in contrast to the former provision of the Act that required reference to the *Criminal Code*. Subsection 7(3.77) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1] of the *Criminal Code* specifically included aiding and abetting. Mr. Zazai argues that it is to be presumed—by not including a reference to aiding and abetting in the War Crimes Act—that Parliament intended to exclude it. Absent that reference, it must be shown that he committed an act outside Canada that would be an offence if committed in Canada, as in paragraph 19(1)(c.1) (now section 36 of IRPA). Since only those acts specifically delineated in subsections 6(1) or 6(1.1) of the War Crimes Act are applicable and since he does not fall within any of the offences provided for in subsection 6(1.1), Mr. Zazai says that it follows that the question must be approached by applying the “equivalency test”.

[46] In so far as viewing paragraph 19(1)(j) in the context of the Act is concerned, Mr. Zazai’s position is that regard must be had only to the contents of section 6 of the War Crimes Act and if he does not come within it, as it is written, that is the end of the matter. It strikes me that this is not the approach enunciated by the Supreme Court in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, where Mr. Justice Iacobucci stressed that a contextual and purposive approach to statutory interpretation is essential. While it is not the function of the Court to rewrite what Parliament intended and ought to have said (but did not say), the task, as I see it, is to identify the interpretation of paragraph 19(1)(j) that best furthers the goals of the Act.

[47] The frailty in Mr. Zazai’s argument is section 34 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. That

guerre a modifié le droit se rapportant à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire. Il prétend, et je partage son opinion, que l’alinéa 19(1)(j) entraîne un renvoi aux articles 4 à 7 de la Loi sur les crimes de guerre (c’est l’article 6 qui s’applique en particulier à M. Zazai). Il s’appuie fortement sur le fait que l’article 6 ne mentionne pas les mots «aide» et «encouragement». Cela est contraire à l’ancienne disposition de la Loi qui nécessitait un renvoi au *Code criminel*. Le paragraphe 7(3.77) [édité par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1; L.C. 1992, ch. 1, art. 60] du *Code criminel* incluait expressément les mots «aide» et «encouragement». M. Zazai prétend qu’il doit être présumé—par le fait de ne pas avoir inclus les mots «aide» et «encouragement» dans la Loi sur les crimes de guerre—que le législateur avait l’intention de les exclure. En l’absence de cette mention, il doit être démontré qu’il a commis à l’étranger un acte qui constituerait une infraction s’il était commis au Canada, comme le prévoit l’alinéa 19(1)(c.1) (maintenant l’article 36 de la LIPR). Étant donné que seulement les actes qui sont expressément énoncés aux paragraphes 6(1) ou 6(1.1) de la Loi sur les crimes de guerre sont visés et étant donné qu’il n’est visé par aucune des infractions mentionnées au paragraphe 6(1.1), M. Zazai affirme qu’il s’ensuit que la question doit être traitée en y appliquant le [TRADUCTION] «critère d’équivalence».

[46] Quant à la question de voir l’alinéa 19(1)(j) dans le contexte de la Loi, la position de M. Zazai est qu’il doit être tenu compte seulement du contenu de l’article 6 de la Loi sur les crimes de guerre et que s’il n’est pas visé par cet article, comme il est rédigé, c’est là que cela s’arrête. Il est frappant que ce n’est pas l’approche établie par la Cour suprême dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, dans lequel le juge Iacobucci a fait ressortir qu’une approche contextuelle fondée sur l’objet est essentielle en matière d’interprétation législative. Bien qu’il n’appartienne pas à la Cour de réécrire ce que le législateur avait l’intention de dire et ce qu’il aurait dû dire (mais qu’il n’a pas dit), la tâche, telle que je la vois, consiste à établir l’interprétation de l’alinéa 19(1)(j) qui répond le mieux aux objets de la Loi.

[47] La faiblesse de la prétention de M. Zazai est l’article 34 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch.

section provides that where an enactment creates an offence, all the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by the enactment. Thus, the partyship provisions that appear in the *Criminal Code*—including the aiding and abetting provisions in section 21—apply to the War Crimes Act. When the *Criminal Code* amendments in subsections 7(3.71) to 7(3.77) were adopted in 1987 [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 1], the wording of subsection 7(3.77), as stated, was “for greater certainty”. Given that Canada was extending its territorial reach to acts committed beyond its borders, it was prudent for Parliament to provide for that greater certainty.

[48] The War Crimes Act came into force on October 23, 2000. It implemented Canada’s obligations under the *Rome Statute of the International Criminal Court* [U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998)] (ICC) by creating new offences of genocide, crimes against humanity, war crimes, and breach of responsibility by military commanders and civilian superiors: Registration SI/2000-95, Explanatory Note, *Canada Gazette Part II*, Vol. 134, No. 23, at page 2418. Subsection 6(4) of the War Crimes Act specifically incorporates articles 6, 7, and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute, which set out and expand the types of acts that constitute international crimes. Because section 34 of the *Interpretation Act* makes the partyship provisions of the *Criminal Code* applicable to the War Crimes Act, it is inaccurate to say that “accomplices” other than those specified in subsection 6(1.1) do not fall within its provisions. The specification of the particular offences in subsection 6(1.1) is included because they describe new crimes in relation to this kind of conduct, i.e., acts that could be characterized as international offences.

[49] The question then becomes whether the “accomplice” provisions are to be interpreted in accordance with domestic criminal law or in accordance with international law. The definition of “crime against humanity”, in subsection 6(3) of the War Crimes Act,

I-21. Cet article prévoit que lorsqu’un texte crée une infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s’appliquent aux actes criminels prévus par le texte. Par conséquent, les dispositions relatives à l’association qui se trouvent dans le *Code criminel*—y compris celles relatives au fait d’aider et d’encourager à l’article 21—s’appliquent à la Loi sur les crimes de guerre. Lorsque les modifications aux paragraphes 7(3.71) à 7(3.77) ont été adoptées en 1987 [L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 1], le libellé du paragraphe 7(3.77), comme il était rédigé, comportait l’expression [TRADUCTION] «il est entendu». Étant donné que le Canada étendait sa portée territoriale aux actes commis en dehors de ses frontières, il était prudent pour le législateur de prévoir ce qui était entendu.

[48] La Loi sur les crimes de guerre est entrée en vigueur le 23 octobre 2000. Elle emportait exécution des obligations du Canada prévues par le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* [Doc. NU A/CONF. 183/9 (1998)] (CPI) en créant de nouvelles infractions à savoir le génocide, les crimes contre l’humanité, les crimes de guerre et les manquements à la responsabilité par les chefs militaires et les supérieurs civils: Enregistrement TR/2000-95, Note explicative, *Gazette du Canada Partie II*, Vol. 134, n<sup>o</sup> 23, à la page 2418. Le paragraphe 6(4) de la Loi sur les crimes de guerre incorpore expressément les articles 6 et 7 et le paragraphe 2 de l’article 8 du Statut de Rome qui énoncent et élargissent les types d’actes qui constituent des crimes internationaux. Puisque l’article 34 de la *Loi d’interprétation* rend les dispositions du *Code criminel* portant sur l’association applicables à la Loi sur les crimes de guerre, il est inexact de dire que les «complices» autres que ceux mentionnés au paragraphe 6(1.1) ne sont pas visés par ses dispositions. La mention des infractions particulières au paragraphe 6(1.1) est incluse parce qu’elles décrivent de nouveaux crimes se rapportant à cette sorte de comportement, c’est-à-dire des agissements qui peuvent être caractérisés comme des crimes internationaux.

[49] La question devient alors celle de savoir si les dispositions à l’égard du «complice» doivent être interprétées suivant le droit pénal interne ou suivant le droit international. La définition de «crime contre l’humanité», au paragraphe 6(3) de la Loi sur les crimes



expressly requires that it be “a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission” [underlining added]. Thus, in my view, the jurisprudence of this Court that defines complicity, albeit determined in the context of the exclusion clause, applies equally to the inadmissibility provision. In this respect I note that, in the trilogy, the notion of complicity was arrived at through statutory interpretation of the *Charter of the International Military Tribunal* [Annex of the *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis*, 8 August 1945, 82 U.N.T.S. 279] Article 6. Although it arose in circumstances involving the exclusion clause, the resultant interpretation did not turn on the fact that it was a refugee matter. The *Charter of the International Military Tribunal* was referred to, in the context of inadmissibility, in *Rudolph v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 653 (C.A.). Principle VII of the *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, Adopted by the International Law Commission of the United Nations, 1950* [U.N. Doc. A/1316/82 (1950)], also states that complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity is a crime under international law.

[50] In short, the jurisprudence of this Court that deals with the concept of complicity was developed in accordance with the principles of international law. The fact that it was developed primarily in matters that related to an exclusion clause under the Convention is of no consequence. I find support for this position in the reasons of my colleague, Mr. Justice Lemieux, in *Murillo v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 3 F.C. 287 (T.D.). While acknowledging that the point was not specifically argued, Justice Lemieux, in dealing with a matter under paragraph 19(1)(f), expressed the opinion that the concept of complicity as defined by the jurisprudence of this Court is valid for the

de guerre, requiert expressément qu’il s’agisse d’«un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu» [soulignement ajouté]. Par conséquent, à mon avis, la jurisprudence de la Cour qui définit la complicité, quoique développée dans le contexte de la clause d’exclusion, s’applique de la même façon à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire. À cet égard, je remarque que, dans la trilogie, le concept de complicité a été établi par l’interprétation législative de l’article 6 du *Statut du Tribunal militaire international* [annexe de l’*Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe*, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279] approuvé à Londres. Bien que ce concept ait été soulevé dans des circonstances touchant la clause d’exclusion, l’interprétation qui en résulte ne dépendait pas du fait qu’il s’agissait d’une affaire touchant un réfugié. Le *Statut du Tribunal militaire international* a été mentionné, dans le contexte de la non-admissibilité, dans l’arrêt *Rudolph c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 2 C.F. 653 (C.A.). Le principe VII des *Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, adoptés par la Commission du droit international, 1950* [Doc. NU A/1316/82 (1950)], énonce également que la complicité d’un crime contre la paix, d’un crime de guerre ou d’un crime contre l’humanité est un crime selon le droit international.

[50] En résumé, la jurisprudence de la Cour qui traite du concept de complicité a été développée selon les principes du droit international. Le fait qu’elle ait été développée principalement dans des affaires se rapportant à la clause d’exclusion prévue par la Convention n’a aucune importance. Ma position à cet égard est appuyée par les motifs de mon collègue, le juge Lemieux, dans la décision *Murillo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 3 C.F. 287 (1<sup>re</sup> inst.). Bien que reconnaissant que le point n’a pas été plaidé expressément, le juge Lemieux, lorsqu’il a traité d’une affaire touchant l’alinéa 19(1)f), a exprimé l’opinion que le concept de complicité comme il est

application of section 6 of the War Crimes Act. Additionally, I note that in *Yuen*, the Federal Court of Appeal, although dealing with paragraph 19(1)(c.2) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83], that admittedly is distinguishable from paragraph 19(1)(j), displayed no reservation in applying the *Sivakumar* reasoning to the meaning of the word “member”.

[51] In relation to the equivalency analysis that Mr. Zazai proposes, I agree that there is an equivalency analysis required, but not the one that he suggests. He consistently refers to the process that is applied in relation to paragraph 19(1)(c.1). That process is also sometimes referred to as the “double criminality requirement” and that is what the provision mandates. The jurisprudence of the Court has responded in kind. However, that is not the situation in relation to paragraph 19(1)(j) where the equivalency analysis consists of, first, having regard to and examining the acts that are alleged to have occurred outside Canada and, second, determining whether those acts come within the meaning of section 6 of the War Crimes Act. In this case, the Adjudicator decided that they did.

[52] To conclude this portion of my analysis, as I have stated, the jurisprudence regarding complicity in the commission of international offences, developed in the context of the Article 1F(a) exclusion, applies to the paragraph 19(1)(j) inadmissibility provision of the Act. This is consistent with the earlier-noted objectives of the Act as well as the objective of the particular provision: to enable Canada to close its borders to those whom it regards as undesirable because of the existence of a *bona fide* belief that those individuals have committed international crimes, whether or not they have been prosecuted for or convicted of those crimes. It is also compatible with the analogous exclusion provision contained elsewhere in the Act.

[53] It bears repeating that it is not necessary for the Minister to establish Mr. Zazai’s guilt. She need only

défini par la jurisprudence de la Cour est valide pour l’application de l’article 6 de la Loi sur les crimes de guerre. De plus, je remarque que dans *Yuen*, la Cour d’appel fédérale, bien qu’elle traite de l’alinéa 19(1)c.2) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83] qui, il faut le reconnaître est différent de l’alinéa 19(1)(j), n’a manifesté aucune réserve pour l’application du raisonnement de *Sivakumar* au sens du mot «membre».

[51] À l’égard de l’analyse d’équivalence proposée par M. Zazai, je partage l’opinion selon laquelle il est nécessaire qu’une analyse d’équivalence soit faite, mais non celle qu’il propose. Il renvoie de façon constante au processus appliqué à l’égard de l’alinéa 19(1)c.1). Il est parfois fait référence à ce processus comme l’«exigence de double criminalité» et c’est ce que la disposition entraîne. La jurisprudence de la Cour va dans le même sens. Cependant, il ne s’agit pas d’une situation relative à l’alinéa 19(1)(j) dans laquelle l’analyse d’équivalence consiste, premièrement, à prendre en compte les actes qui sont soi-disant survenus à l’extérieur du Canada et à les examiner et, deuxièmement, à établir si ces actes sont visés par l’article 6 de la Loi sur les crimes de guerre. Dans la présente affaire, l’arbitre a tranché qu’ils l’étaient.

[52] En conclusion à l’égard de cette portion de mon analyse, comme je l’ai déclaré, la jurisprudence relative à la complicité dans la perpétration de crimes internationaux, développée dans le contexte de l’exclusion prévue par la section Fa) de l’article premier de la Convention, s’applique à la disposition à l’égard de l’interdiction de territoire suivant l’alinéa 19(1)(j) de la Loi. Cela est cohérent avec les objets de la Loi précédemment mentionnés de même qu’avec l’objectif particulier de la disposition, à savoir celui de permettre au Canada de fermer ses frontières à ceux qu’il considère indésirables en raison d’une croyance authentique que ces individus ont commis des crimes internationaux qu’ils aient ou non été poursuivis ou condamnés pour ces crimes. Cela est également cohérent avec la disposition à l’égard de l’exclusion, disposition analogue contenue ailleurs dans la Loi.

[53] Il vaut la peine de répéter qu’il n’est pas nécessaire pour le ministre d’établir la culpabilité de M.

show that there are reasonable grounds to believe that he has committed the acts. Criminal liability would require demonstration of the commission of the acts at an entirely different level of proof and the panoply of procedures and protections associated with criminal prosecutions would presumably apply.

[54] This disposes of Mr. Zazai's arguments. He conceded, at the hearing, that he could not argue that the Adjudicator's decision was based only on adherence to the reasoning in *Figueroa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (T.D.). His concession is based on the comments of the Federal Court of Appeal in *Zazai*, at paragraph 8:

Presumably, the adjudicator's reference to *Figueroa* led the applications judge to conclude that the adjudicator simply adopted the CRDD's conclusion as to the respondent's exclusion under article 1F(a) of the Convention and applied it to the current version of paragraph 19(1)(j) which resulted in her finding of complicity. But it is apparent that if the adjudicator had considered herself bound by the CRDD's decision, she would simply have referred to the CRDD's conclusion as to the application of article 1F(a) of the Convention, and applied *Ramirez* and *Figueroa* to conclude that there were serious grounds to believe that the respondent was complicit in the commission of an offence described in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. Instead, the adjudicator took care to come to her own conclusion on the issue of whether the respondent was a member of KHAD and, on the basis of that conclusion, decided that the respondent was complicit in crimes against humanity. The important point here is that the basis of the adjudicator's conclusion was her finding that the respondent was a member of KHAD, and not the CRDD's finding that the respondent was excluded under article 1F(a) of the Convention.

[55] Nor did Mr. Zazai argue (credibility arguments aside)—assuming the jurisprudence with respect to complicity in the context of the exclusion provision applies to the inadmissibility provision—that the Adjudicator erred. I note in this respect that the Adjudicator referred to Mr. Zazai's evidence that he was a member of KHAD, specifically the Ministry of State

Zazai. Il suffit que le ministre démontre qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a commis ces actes. La responsabilité criminelle exigerait une démonstration à un tout autre niveau de preuve que les actes ont été commis et il faudrait probablement appliquer une panoplie de procédures et de protections associées à des poursuites criminelles.

[54] Cela règle les arguments avancés par M. Zazai. Il a reconnu, lors de l'audience, qu'il ne pouvait pas prétendre que la décision de l'arbitre n'était fondée que sur l'adhésion au raisonnement de la décision *Figueroa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 181 F.T.R. 242 (1<sup>re</sup> inst.). Sa reconnaissance à cet égard est fondée sur les commentaires suivants de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Zazai*, au paragraphe 8:

Il est à supposer que le fait que l'arbitre a mentionné la décision *Figueroa* a amené le juge qui a entendu la demande à conclure qu'elle avait simplement adopté la conclusion tirée par la SSR au sujet de l'exclusion de l'intimé fondée sur la section Fa) de l'article premier de la Convention et qu'elle l'avait appliquée à la version existante de l'alinéa 19(1)(j), d'où la conclusion de complicité. Cependant, il est évident que si l'arbitre avait cru être liée par la décision de la SSR, elle aurait simplement mentionné la conclusion que la SSR avait tirée au sujet de l'application de la section Fa) de l'article premier de la Convention et qu'elle aurait appliqué les décisions *Ramirez* et *Figueroa* pour conclure qu'il y avait des raisons sérieuses de penser que l'intimé était complice dans la perpétration d'une infraction mentionnée aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*. L'arbitre a plutôt veillé à tirer sa propre conclusion au sujet de la question de savoir si l'intimé était membre du KHAD et, en se fondant sur cette conclusion, elle a décidé que l'intimé était complice dans des crimes contre l'humanité. Ce qui importe ici, c'est que la conclusion de l'arbitre était fondée sur la conclusion qu'elle avait tirée, à savoir que l'intimé était membre du KHAD, plutôt que sur la conclusion de la SSR selon laquelle l'intimé était exclu en vertu de la section Fa) de l'article premier de la Convention.

[55] De plus, M. Zazai n'a pas prétendu (sauf pour les prétentions quant à la crédibilité)—en tenant pour acquis que la jurisprudence à l'égard de la complicité dans le contexte de la disposition à l'égard de l'exclusion s'applique à la disposition à l'égard de l'interdiction de territoire—que l'arbitre avait commis une erreur. Je mentionne à cet égard que l'arbitre a renvoyé à la preuve

Security, Fifth Division, from 1987 until 1992; he secured the position through the assistance of his brother Miagul (a high-ranking official in the government of Dr. Najibullah) to avoid military service; the organization was a confidential one; he entered as a first lieutenant and rose to the rank of captain; and he served until the fall of the government of Dr. Najibullah.

de M. Zazai qui démontrait qu'il était membre du KHAD, en particulier membre de la cinquième direction du ministère de la Sécurité d'État, de 1987 à 1992, qu'il avait obtenu ce poste avec l'aide de son frère Miagul (un fonctionnaire haut gradé dans le gouvernement du D' Najibullah) afin d'éviter le service militaire, que l'organisation était une organisation secrète, qu'il avait joint l'organisation en tant que premier lieutenant, qu'il avait atteint le rang de capitaine et qu'il avait fait partie de l'organisation jusqu'à la chute du gouvernement du D' Najibullah.

[56] The Adjudicator also referred to an Amnesty International document covering the period during which Mr. Zazai was involved with KHAD that provided additional evidence to that which was before the CRDD as to the nature of KHAD and its activities, including torture. She described the Fifth Directorate of KHAD as a "notorious subdivision existing for the purpose of eliminating anti-government activity and which engaged in crimes which would be characterized as crimes against humanity".

[56] L'arbitre a en outre renvoyé à un document d'Amnesty International qui couvrait la période durant laquelle M. Zazai était membre du KHAD, document qui fournissait une preuve additionnelle à celle dont disposait la SSR quant à la nature du KHAD et de ses activités, notamment la torture. Elle décrivait la cinquième direction comme une [TRADUCTION] «section connue dont l'objectif était de supprimer les activités antigouvernementales et qui commettait des crimes susceptibles d'être considérés comme des crimes contre l'humanité».

[57] She noted the CRDD determination that Mr. Zazai was complicit despite his testimony denying participation in any specific crimes against humanity. She referred repeatedly to the "evidence that was before the CRDD". That evidence included Mr. Zazai's testimony that he considered himself as part of the secret police; the objective of the Fifth Division was "to eliminate people who are against the government"; those considered a threat were arrested and imprisoned (PIF); he attended training sessions; he wrote reports to the head of the office; and he provided the names of those who did not cooperate.

[57] L'arbitre a mentionné la décision de la SSR selon laquelle M. Zazai avait agi comme complice malgré son témoignage niant sa participation à des crimes contre l'humanité qui auraient été commis en particulier. Elle a renvoyé à plusieurs reprises à la [TRADUCTION] «preuve dont la SSR disposait». Cette preuve incluait le témoignage de M. Zazai par lequel il a déclaré qu'il considérait qu'il faisait partie de la police secrète, que l'objectif de la cinquième direction était [TRADUCTION] «d'éliminer les gens qui étaient contre le gouvernement» et que ceux qui étaient considérés comme une menace étaient arrêtés et emprisonnés (FRP), qu'il avait assisté à des séances de formation, rédigé des rapports au directeur du bureau et fourni les noms de ceux qui ne collaboraient pas.

[58] The Adjudicator also referred to the negative credibility finding of the CRDD regarding Mr. Zazai's naiveté with respect to the nature of the organization and its activities. She determined that acts within the definition of crimes against humanity were committed by KHAD during the relevant time period and that Mr. Zazai, as seen in the evidence before the CRDD, was

[58] L'arbitre a en outre mentionné la conclusion défavorable quant à la crédibilité tirée par la SSR à l'égard de la naïveté de M. Zazai relativement à la nature de l'organisation et de ses activités. Elle a conclu que des actes visés par la définition de crime contre l'humanité avaient été commis par le KHAD au cours de la période pertinente et que M. Zazai, comme la preuve dont

complicit in those crimes.

[59] The application for judicial review will be dismissed and an order will go accordingly. Counsel, jointly, proposed that the previously certified question be certified again. Subject to one caveat, I agree that a serious question of general importance that would be dispositive of an appeal arises in this matter. Regarding the caveat, the previously certified question referred to the definition of “crimes against humanity” found at subsection 4(3) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. Section 4, in its entirety, deals with crimes committed in Canada. It is beyond dispute that the acts alleged in relation to Mr. Zazai were committed outside of Canada. Offences outside of Canada come within section 6 rather than section 4. Therefore, I will certify the following question:

Does the definition of “crime against humanity” found at subsection 6(3) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act* include complicity therein?

disposait la SSR le montrait, était complice de ces crimes.

[59] La demande de contrôle judiciaire sera rejetée et une ordonnance à cet égard sera par conséquent rendue. Les avocats, conjointement, ont proposé que la question précédemment certifiée soit certifiée de nouveau. Sous une réserve, je partage l’opinion selon laquelle une question grave de portée générale serait déterminante d’un appel interjeté dans la présente affaire. Relativement à la réserve, la question précédemment certifiée se rapportait à la définition de «crime contre l’humanité» contenue au paragraphe 4(3) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*. L’article 4, dans son ensemble, traite des crimes commis au Canada. Il n’est pas contesté que les actes allégués relativement à M. Zazai ont été commis à l’étranger. Les infractions commises à l’étranger sont visées par l’article 6 plutôt que par l’article 4. Par conséquent, je vais certifier la question suivante:

La définition de «crime contre l’humanité» figurant au paragraphe 6(3) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre* vise-t-elle le fait d’être complice de ces crimes?

## SCHEDULE A

## RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2

2. (1) . . .

“Convention refugee” means any person who

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(i) is outside the country of the person’s nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person’s former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act;

. . .

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

. . .

(i) to maintain and protect the health, safety and good order of Canadian society;

. . .

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

. . .

(c) persons who have been convicted in Canada of an offence that may be punishable under any Act of Parliament

## ANNEXE A

## DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2

2. (1) [ . . . ]

«réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

a) qui, craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) soit, si elle n’a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n’a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2).

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l’application de la Convention par les sections E ou F de l’article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l’annexe de la présente loi.

[ . . . ]

3. La politique canadienne d’immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[ . . . ]

i) de maintenir et de garantir la santé, la sécurité et l’ordre public au Canada;

[ . . . ]

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

[ . . . ]

c) celles qui ont été déclarées coupables, au Canada, d’une infraction qui peut être punissable, aux termes d’une loi

by a maximum term of imprisonment of ten years or more;

(c.1) persons who there are reasonable grounds to believe

(i) have been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more, or

(ii) have committed outside Canada an act or omission that constitutes an offence under the laws of the place where the act or omission occurred and that, if committed in Canada, would constitute an offence that may be punishable under any Act of Parliament by a maximum term of imprisonment of ten years or more,

except persons who have satisfied the Minister that they have rehabilitated themselves and that at least five years have elapsed since the expiration of any sentence imposed for the offence or since the commission of the act or omission, as the case may be;

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the *Criminal Code* or *Controlled Drugs and Substances Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest;

...

(j) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an offence referred to in any of sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

...

27. ...

fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans;

c.1) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles ont, à l'étranger:

(i) soit été déclarées coupables d'une infraction qui, si elle était commise au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis l'expiration de toute peine leur ayant été infligée pour l'infraction,

(ii) soit commis un fait—acte ou omission—qui constitue une infraction dans le pays où il a été commis et qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction qui pourrait être punissable, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à dix ans, sauf si elles peuvent justifier auprès du ministre de leur réadaptation et du fait qu'au moins cinq ans se sont écoulés depuis la commission du fait;

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national;

[. . .]

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis une infraction visée à l'un des articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

[. . .]

27. [. . .]

(2) An immigration officer or a peace officer shall, unless the person has been arrested pursuant to subsection 103(2), forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of any information in the possession of the immigration officer or peace officer indicating that a person in Canada, other than a Canadian citizen or permanent resident, is a person who

(a) is a member of an inadmissible class, other than an inadmissible class described in paragraph 19(1)(h) or 19(2)(c);

...

32. ...

(6) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a person described in subsection 27(2), the adjudicator shall, subject to subsections (7) and 32.1(5), make a deportation order against that person.

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

35. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

...

36. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years, or of an offence under an Act of Parliament for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed;

(b) having been convicted of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years; or

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

(2) L'agent d'immigration ou l'agent de la paix doit, sauf si la personne en cause a été arrêtée en vertu du paragraphe 103(2), faire un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre de renseignements concernant une personne se trouvant au Canada autrement qu'à titre de citoyen canadien ou de résident permanent et indiquant que celle-ci, selon le cas:

a) appartient à une catégorie non admissible, autre que celles visées aux alinéas 19(1)h) ou 19(2)c);

[...]

32. [...]

(6) S'il conclut que l'intéressé relève d'un des cas visés par le paragraphe 27(2), l'arbitre, sous réserve des paragraphes (7) et 32.1(5), prend une mesure d'expulsion à son endroit.

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

35. (1) Emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants:

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

[...]

36. (1) Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans ou d'une infraction à une loi fédérale pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois est infligé;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans.



(2) A foreign national is inadmissible on grounds of criminality for

(a) having been convicted in Canada of an offence under an Act of Parliament punishable by way of indictment, or of two offences under any Act of Parliament not arising out of a single occurrence;

(b) having been convicted outside Canada of an offence that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament, or of two offences not arising out of a single occurrence that, if committed in Canada, would constitute offences under an Act of Parliament;

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an indictable offence under an Act of Parliament; or

(d) committing, on entering Canada, an offence under an Act of Parliament prescribed by regulations.

(3) The following provisions govern subsections (1) and (2):

(a) an offence that may be prosecuted either summarily or by way of indictment is deemed to be an indictable offence, even if it has been prosecuted summarily;

(b) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on a conviction in respect of which a pardon has been granted and has not ceased to have effect or been revoked under the *Criminal Records Act*, or in respect of which there has been a final determination of an acquittal;

(c) the matters referred to in paragraphs (1)(b) and (c) and (2)(b) and (c) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or foreign national who, after the prescribed period, satisfies the Minister that they have been rehabilitated or who is a member of a prescribed class that is deemed to have been rehabilitated;

(d) a determination of whether a permanent resident has committed an act described in paragraph (1)(c) must be based on a balance of probabilities; and

(e) inadmissibility under subsections (1) and (2) may not be based on an offence designated as a contravention under the *Contraventions Act* or an offence under the *Young Offenders Act*.

(2) Emportent, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour criminalité les faits suivants:

a) être déclaré coupable au Canada d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions toute loi fédérale qui ne découlent pas des mêmes faits;

b) être déclaré coupable, à l'extérieur du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de deux infractions qui ne découlent pas des mêmes faits et qui, commises au Canada, constitueraient des infractions à des lois fédérales;

c) commettre, à l'extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation;

d) commettre, à son entrée au Canada, une infraction qui constitue une infraction à une loi fédérale précisée par règlement.

(3) Les dispositions suivantes régissent l'application des paragraphes (1) et (2):

a) l'infraction punissable par mise en accusation ou par procédure sommaire est assimilée à l'infraction punissable par mise en accusation, indépendamment du mode de poursuite effectivement retenu;

b) la déclaration de culpabilité n'emporte pas interdiction de territoire en cas de verdict d'acquiescement rendu en dernier ressort ou de réhabilitation—sauf cas de révocation ou de nullité—au titre de la *Loi sur le casier judiciaire*;

c) les faits visés aux alinéas (1)b) ou c) et (2)b) ou c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui, à l'expiration du délai réglementaire, convainc le ministre de sa réadaptation ou qui appartient à une catégorie réglementaire de personnes présumées réadaptées;

d) la preuve du fait visé à l'alinéa (1)c) est, s'agissant du résident permanent, fondée sur la prépondérance des probabilités;

e) l'interdiction de territoire ne peut être fondée sur une infraction qualifiée de contravention en vertu de la *Loi sur les contraventions* ni sur une infraction à la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24

6. (1) Every person who, either before or after the coming into force of this section, commits outside Canada

- (a) genocide,
- (b) a crime against humanity, or
- (c) a war crime,

is guilty of an indictable offence and may be prosecuted for that offence in accordance with section 8.

(1.1) Every person who conspires or attempts to commit, is an accessory after the fact in relation to, or counsels in relation to, an offence referred to in subsection (1) is guilty of an indictable offence.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1) or (1.1)

- (a) shall be sentenced to imprisonment for life, if an intentional killing forms the basis of the offence; and
- (b) is liable to imprisonment for life, in any other case.

(3) The definitions in this subsection apply in this section.

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, sexual violence, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group and that, at the time and in the place of its commission, constitutes a crime against humanity according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

“genocide” means an act or omission committed with intent to destroy, in whole or in part, an identifiable group of persons, as such, that at the time and in the place of

*Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24

6. (1) Quiconque commet à l’étranger une des infractions ci-après, avant ou après l’entrée en vigueur du présent article, est coupable d’un acte criminel et peut être poursuivi pour cette infraction aux termes de l’article 8:

- a) génocide;
- b) crime contre l’humanité;
- c) crime de guerre.

(1.1) Est coupable d’un acte criminel quiconque complotte ou tente de commettre une des infractions visées au paragraphe (1), est complice après le fait à son égard ou conseille de la commettre.

(2) Quiconque commet une infraction visée aux paragraphes (1) ou (1.1):

- a) est condamné à l’emprisonnement à perpétuité, si le meurtre intentionnel est à l’origine de l’infraction;
- b) est passible de l’emprisonnement à perpétuité, dans les autres cas.

(3) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

«crime contre l’humanité» Meurtre, extermination, réduction en esclavage, déportation, emprisonnement, torture, violence sexuelle, persécution ou autre fait—acte ou omission—inhumain, d’une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes et, d’autre part, qui constitue, au moment et au lieu de la perpétration, un crime contre l’humanité selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

«crime de guerre» Fait—acte ou omission—commis au cours d’un conflit armé et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un crime de guerre selon le

its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

“war crime” means an act or omission committed during an armed conflict that, at the time and in the place of its commission, constitutes a war crime according to customary international law or conventional international law applicable to armed conflicts, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.

(4) For greater certainty, crimes described in articles 6 and 7 and paragraph 2 of article 8 of the Rome Statute are, as of July 17, 1998, crimes according to customary international law, and may be crimes according to customary international law before that date. This does not limit or prejudice in any way the application of existing or developing rules of international law.

(5) For greater certainty, the offence of crime against humanity was part of customary international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations before the coming into force of either of the following:

(a) the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis, signed at London on August 8, 1945; and

(b) the Proclamation by the Supreme Commander for the Allied Powers, dated January 19, 1946.

*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;

droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables à ces conflits, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

«génocide» Fait—acte ou omission—commis dans l’intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe identifiable de personnes et constituant, au moment et au lieu de la perpétration, un génocide selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel, ou en raison de son caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations, qu’il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu.

(4) Il est entendu que, pour l’application du présent article, les crimes visés aux articles 6 et 7 et au paragraphe 2 de l’article 8 du Statut de Rome sont, au 17 juillet 1998, des crimes selon le droit international coutumier, et qu’ils peuvent l’être avant cette date, sans que soit limitée ou entravée de quelque manière que ce soit l’application des règles de droit international existantes ou en formation.

(5) Il est entendu qu’un crime contre l’humanité transgressait le droit international coutumier ou avait un caractère criminel d’après les principes généraux de droit reconnus par l’ensemble des nations avant l’entrée en vigueur des documents suivants:

a) l’Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l’Axe, signé à Londres le 8 août 1945;

b) la Proclamation du Commandant suprême des Forces alliées datée du 19 janvier 1946.

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;

*Rome Statute of the International Criminal Court*, U.N. Doc. A/CONF. 183/9 (1998)

Article 7

1. For the purpose of this Statute, “crime against humanity” means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack:

- (a) Murder;
- (b) Extermination;
- (c) Enslavement;
- (d) Deportation or forcible transfer of population;
- (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law;
- (f) Torture;
- (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity;
- (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court;
- (i) Enforced disappearance of persons;
- (j) The crime of apartheid;
- (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.

2. For the purpose of paragraph 1:

- (a) “Attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack;

*Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Doc. NU A/CONF.183/9 (1998)

Article 7

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l’humanité l’un quelconque des actes ci-après lorsqu’il est commis dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque:

- a) Meurtre;
- b) Extermination;
- c) Réduction en esclavage;
- d) Déportation ou transfert forcé de population;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international;
- f) Torture;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable;
- h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d’ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d’autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour;
- i) Disparitions forcées de personnes;
- j) Crime d’apartheid;
- k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l’intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

2. Aux fins du paragraphe 1:

- a) Par «attaque lancée contre une population civile», on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d’actes visés au paragraphe 1 à l’encontre d’une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d’un Etat ou d’une organisation ayant pour but une telle attaque;

(b) “Extermination” includes the intentional infliction of conditions of life, *inter alia* the deprivation of access to food and medicine, calculated to bring about the destruction of part of a population;

(c) “Enslavement” means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children;

(d) “Deportation or forcible transfer of population” means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law;

(e) “Torture”, means the intentional infliction of severe pain or suffering, whether physical or mental, upon a person in the custody or under the control of the accused; except that torture shall not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to, lawful sanctions;

(f) “Forced pregnancy” means the unlawful confinement of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. This definition shall not in any way be interpreted as affecting national laws relating to pregnancy;

(g) “Persecution” means the intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity;

(h) “The crime of apartheid” means inhumane acts of a character similar to those referred to in paragraph 1, committed in the context of an institutionalized regime of systematic oppression and domination by one racial group over any other racial group or groups and committed with the intention of maintaining that regime;

(i) “Enforced disappearance of persons” means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a

b) Par «extermination», on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population;

c) Par «réduction en esclavage», on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des être humains, en particulier des femmes et des enfants;

d) Par «déportation ou transfert forcé de population», on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international;

e) Par «torture», on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle; l'acceptation de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles;

f) Par «grossesse forcée», on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse;

g) Par «persécution», on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet;

h) Par «crime d'apartheid», on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime;

i) Par «disparitions forcées de personnes», on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans

prolonged period of time.

3. For the purpose of this Statute, it is understood that the term “gender” refers to the two sexes, male and female, within the context of society. The term “gender” does not indicate any meaning different from the above.

*Charter of the International Military Tribunal, Annex of the Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, August 8, 1945, 82 U.N.T.S. 279*

#### Article 6

The Tribunal established by the Agreement referred to in Article I hereof for the trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) **CRIMES AGAINST PEACE:** namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) **WAR CRIMES:** namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) **CRIMES AGAINST HUMANITY:** namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of domestic law of the country where perpetrated.

l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme «sexe» s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

*Statut du Tribunal militaire international, annexe de l'Accord concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, 8 août 1945, 82 R.T.N.U. 279*

#### Article 6

Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'article premier ci-dessus pour le jugement et le châtiement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants:

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle:

a) *Les crimes contre la Paix:* c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent;

b) *Les crimes de guerre:* c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

c) *Les crimes contre l'Humanité:* c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime

Leaders, organizers, instigators, and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such plan.

*Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, Adopted by the International Law Commission of the United Nations, 1950, UN Doc. A/1316/82 (1950)*

#### Principe VII

Complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity as set forth in Principle VI is a crime under international law.

*Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 December, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36*

#### Article 4

1. Each State Party shall ensure that all acts of torture are offences under its criminal law. The same shall apply to an attempt to commit torture and to an act by any person which constitutes complicity or participation in torture.

2. Each State Party shall make these offences punishable by appropriate penalties which take into account their grave nature.

*Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.*

7. . . .

(3.71) Notwithstanding anything in this Act or any other Act, every person who, either before or after the coming into force of this subsection, commits an act or omission outside Canada that constitutes a war crime or a crime against humanity and that, if committed in Canada, would constitute an offence against the laws of Canada in force at the time of the act or omission shall be deemed to commit that act or omission in Canada at that time if,

(a) at the time of the act or omission,

rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan.

*Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, adoptés par la Commission du droit international, 1950, Doc. NU A/1316/82 (1950)*

#### Principe VII

La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe VI, est un crime de droit international.

*Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36*

#### Article 4

1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité.

*Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.*

7. [. . .]

(3.71) Nonobstant les autres dispositions de la présente loi et par dérogation à toute autre loi, l'auteur d'un fait—acte ou omission—commis à l'étranger même avant l'entrée en vigueur du présent paragraphe, constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité et qui aurait constitué, au Canada, une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, est réputé avoir commis le fait au Canada à cette époque si l'une des conditions suivantes est remplie:

a) à l'époque:

(i) that person is a Canadian citizen or is employed by Canada in a civilian or military capacity,

(ii) that person is a citizen of, or is employed in a civilian or military capacity by, a state that is engaged in an armed conflict against Canada, or

(iii) the victim of the act or omission is a Canadian citizen or a citizen of a state that is allied with Canada in an armed conflict; or

(b) at the time of the act or omission, Canada could, in conformity with international law, exercise jurisdiction over the person with respect to the act or omission on the basis of the person's presence in Canada and, subsequent to the time of the act or omission, the person is present in Canada.

(3.72) Any proceedings with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) shall be conducted in accordance with the laws of evidence and procedure in force at the time of the proceedings.

(3.73) In any proceedings with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71), notwithstanding that the act or omission is an offence under the laws of Canada in force at the time of the act or omission, the accused may, subject to subsection 607(6), rely on any justification, excuse or defence available under the laws of Canada or under international law at that time or at the time of the proceedings.

(3.74) Notwithstanding subsection (3.73) and section 15, a person may be convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection (3.71) even if the act or omission is committed in obedience to or in conformity with the law in force at the time and in the place of its commission.

(3.75) Notwithstanding any other provision of this Act, no proceedings may be commenced with respect to an act or omission referred to in subsection (3.71) without the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General of Canada, and such proceedings may only be conducted by the Attorney General of Canada or counsel acting on his behalf.

(3.76) For the purposes of this section,

“conventional international law” means

(a) any convention, treaty or other international agreement that is in force and to which Canada is a party, or

(b) any convention, treaty or other international agreement that is in force and the provisions of which Canada has

(i) soit lui-même est citoyen canadien ou employé au service du Canada à titre civil ou militaire,

(ii) soit lui-même est citoyen d'un État participant à un conflit armé contre le Canada ou employé au service d'un tel État à titre civil ou militaire,

(iii) soit la victime est citoyen canadien ou ressortissant d'un État allié du Canada dans un conflit armé;

b) à l'époque, le Canada pouvait, en conformité avec le droit international, exercer sa compétence à cet égard à l'encontre de l'auteur, du fait de sa présence au Canada, et après la perpétration, celui-ci se trouve au Canada.

(3.72) Les poursuites engagées à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) sont exercées conformément aux règles de preuve et de procédure en vigueur lors du procès.

(3.73) Sous réserve du paragraphe 607(6) et bien que le fait visé au paragraphe (3.71) constitue une infraction au droit canadien en son état à l'époque de la perpétration, l'accusé peut, dans le cadre des poursuites intentées à l'égard de ce fait, se prévaloir des justifications, excuses ou moyens de défense reconnus à cette époque ou celle du procès par le droit canadien ou le droit international.

(3.74) Par dérogation au paragraphe (3.73) et à l'article 15, une personne peut être déclarée coupable d'une infraction à l'égard d'un fait visé au paragraphe (3.71), même commis en exécution du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration ou en conformité avec ce droit.

(3.75) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, les poursuites à l'égard du fait visé au paragraphe (3.71) ne peuvent être intentées sans le consentement écrit du procureur général ou du sous-procureur général du Canada et menées que par le procureur général du Canada ou en son nom.

(3.76) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«crime contre l'humanité» Assassinat, extermination, réduction en esclavage, déportation, persécution ou autre fait—acte ou omission—inhumain d'une part, commis contre une population civile ou un groupe identifiable de personnes—qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration—et d'autre part, soit



agreed to accept and apply in an armed conflict in which it is involved;

“crime against humanity” means murder, extermination, enslavement, deportation, persecution or any other inhumane act or omission that is committed against any civilian population or any identifiable group of persons, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of customary international law or conventional international law or is criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;

“war crime” means an act or omission that is committed during an international armed conflict, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission, and that, at that time and in that place, constitutes a contravention of the customary international law or conventional international law applicable in international armed conflicts.

(3.77) In the definitions “crime against humanity” and “war crime” in subsection (3.76), “act or omission” includes, for greater certainty, attempting or conspiring to commit, counselling any person to commit, aiding or abetting any person in the commission of, or being an accessory after the fact in relation to, an act or omission.

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

34. (1) Where an enactment creates an offence,

(a) the offence is deemed to be an indictable offence if the enactment provides that the offender may be prosecuted for the offence by indictment;

(b) the offence is deemed to be one for which the offender is punishable on summary conviction if there is nothing in the context to indicate that the offence is an indictable offence; and

(c) if the offence is one for which the offender may be prosecuted by indictment or for which the offender is punishable on summary conviction, no person shall be considered to have been convicted of an indictable offence

constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel, soit ayant un caractère criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations.

«crime de guerre» Fait—acte ou omission—commis au cours d'un conflit armé international—qu'il ait ou non constitué une transgression du droit en vigueur à l'époque et au lieu de la perpétration—et constituant, à l'époque et dans ce lieu, une transgression du droit international coutumier ou conventionnel applicable à de tels conflits.

«droit international conventionnel» Conventions, traités et autres ententes internationales en vigueur auxquels le Canada est partie, ou qu'il a accepté d'appliquer dans un conflit armé auquel il participe.

(3.77) Sont assimilés à un fait, aux définitions de «crime contre l'humanité» et «crime de guerre», au paragraphe (3.76), la tentative, le complot, la complicité après le fait, le conseil, l'aide ou l'encouragement à l'égard du fait.

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

34. (1) Les règles suivantes s'appliquent à l'interprétation d'un texte créant une infraction:

a) l'infraction est réputée un acte criminel si le texte prévoit que le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation;

b) en l'absence d'indication sur la nature de l'infraction, celle-ci est réputée punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

c) s'il est prévu que l'infraction est punissable sur déclaration de culpabilité soit par mise en accusation soit par procédure sommaire, la personne déclarée coupable de l'infraction par procédure sommaire n'est pas censée avoir

by reason only of having been convicted of the offence on summary conviction.

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of that Code relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

été condamnée pour un acte criminel.

(2) Sauf disposition contraire du texte créant l'infraction, les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels prévus par un texte et celles qui portent sur les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire s'appliquent à toutes les autres infractions créées par le texte.

T-260-04  
2004 FC 1278

T-260-04  
2004 CF 1278

**AstraZeneca Canada Inc. (Applicant)**

**AstraZeneca Canada Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**The Minister of Health, The Attorney General of Canada and Apotex Inc. (Respondents)**

**Le ministre de la Santé, le procureur général du Canada et Apotex Inc. (défendeurs)**

**INDEXED AS: ASTRAZENECA CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: ASTRAZENECA CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)**

Federal Court, Kelen J.—Vancouver, August 17; Ottawa, September 20, 2004.

Cour fédérale, juge Kelen—Vancouver, 17 août; Ottawa, 20 septembre 2004.

*Patents — Judicial review of notice of compliance (NOC) issued to generic drug company for omeprazole under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations — Whether Minister acted unlawfully in not requiring generic producer to serve new allegation under Regulations, s. 5 regarding revised formulation — 11-year history of litigation reviewed — Proper recourse for patentee if generic manufacturer makes untrue, misleading or inaccurate submissions to Minister: common law action for patent infringement — If generic producer found to have given misleading information in new drug submission, Court could award punitive damages, solicitor-client costs — Certiorari exceptional, not granted where alternative remedy — Scope of Minister's duties in administering Regulations — Not Minister's duty to look behind Court's consent order — Following S.C.C. pronouncements regarding pragmatic, functional approach, Minister's decision reviewed against reasonableness standard — Decision reasonably open to Minister based on Regulations, evidence before her.*

*Brevets — Contrôle judiciaire d'un avis de conformité (AC) délivré à un fabricant de médicaments génériques pour de l'oméprazole en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Il s'agit de savoir si le ministre a agi illégalement en n'exigeant pas que le fabricant de médicaments génériques signifie une nouvelle allégation sous le régime de l'art. 5 du Règlement relativement à une nouvelle formulation du médicament — Examen du litige opposant les parties depuis 11 ans — Recours qui s'offre au breveté lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait des déclarations inexactes, trompeuses ou fausses au ministre: action en contrefaçon de brevet fondée sur la common law — S'il était jugé que le fabricant de médicaments génériques a fait des déclarations trompeuses dans une présentation de drogue nouvelle, la Cour pourrait accorder des dommages-intérêts exemplaires ainsi que les dépens sur une base avocat-client — Le certiorari est une mesure de redressement exceptionnelle qui n'est pas accordée lorsqu'il existe un autre recours — Étendue des obligations du ministre lorsqu'il administre le Règlement — Il ne relève pas du ministre de procéder à l'examen de l'ordonnance rendue sur consentement — Compte tenu de la jurisprudence de la C.S.C. concernant l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision raisonnable — La décision rendue par le ministre sous le régime du Règlement était raisonnable compte tenu de la preuve mise à sa disposition.*

This was an application for judicial review of a notice of compliance (NOC) issued to the generic drug company Apotex in respect of omeprazole 20 mg capsules. Applicant says that the Minister acted unlawfully in issuing the NOC without requiring that Apotex serve a new allegation with respect to a revised formulation.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'un avis de conformité (AC) délivré au fabricant de médicaments génériques Apotex pour des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg. La demanderesse soutient que le ministre a délivré l'AC illégalement parce qu'il n'a pas exigé qu'Apotex signifie une nouvelle allégation relativement à une nouvelle formulation du médicament.

AstraZeneca has marketed this drug since 1989 under the name "Losec". It is used to treat stomach disorders such as

AstraZeneca a commencé à commercialiser ce médicament en 1989 sous la marque «Losec». Ce médicament est utilisé

ulcers and gastroesophageal reflux. Apotex has, since 1993, been trying to introduce to the Canadian market a generic version of this drug. Litigation between the parties has now gone on for some 11 years. Apotex filed a new drug submission (NDS) which included a bioavailability study comparing the Apotex product to "Losec". In its notice of allegation, it alleged non-infringement of applicant's patents because its drug had an enteric coating applied directly to the omeprazole core and did not utilize a subcoating. Applicant responded by launching a prohibition proceeding under NOC Regulations, section 6 but this was dismissed by consent order. Apotex later refiled its NDS, describing a change in the thickness of the enteric coating as well as of certain ingredients. Following litigation involving several prohibition applications, Apotex made a new allegation, asserting non-infringement and in reliance upon a different formulation but it was deemed withdrawn in a subsequent prohibition proceeding.

In an NOC dated October 5, 1999 Apotex submitted yet another notice of allegation, based on a formulation not containing a potassium, sodium or aluminium salt. A prohibition application was dismissed. The Minister then issued Apotex an NOC, concluding that Apotex need not file another allegation.

Included in the issue of whether the Minister erred in issuing an NOC to Apotex without requiring it to file a new allegation in relation to its revised formulation, was whether such decision was subject to judicial review.

*Held*, the application should be dismissed.

Apotex represented to the Minister that its revised formulation was not materially different than the formulation already the subject of a Court order in a prohibition proceeding under the Regulations between the same parties, with respect to the same patents and with respect to the same drug. In *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (F.C.T.D.), it was held that if a generic drug company makes inaccurate, misleading, or untrue submissions to the Minister, the patentee's proper recourse is a common law action for patent infringement and not an application for judicial review under the *Federal Court Act* (now the *Federal Courts Act*). That decision was sustained on appeal, Rothstein J.A. writing that the Minister is not required to assess whether a notice of allegation might deceive or mislead a patentee. In the case at bar, the Minister did not have to assess whether Apotex's revised formulation was materially

pour traiter des maux d'estomac comme les ulcères et le reflux gastro-oesophagien. Apotex tente depuis 1993 de commercialiser sur le marché canadien une version générique de ce médicament. Le litige entre les parties dure depuis environ 11 ans. Apotex a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) qui faisait état d'une étude de biodisponibilité dans laquelle le produit d'Apotex était comparé au «Losec». Dans son avis d'allégation, elle a déclaré qu'il n'y aurait pas contrefaçon des brevets de la demanderesse parce que l'enrobage gastrorésistant de son médicament est appliqué directement sur le noyau d'oméprazole, de sorte qu'il n'y a pas de sous-enrobage. La demanderesse a réagi en présentant une demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction fondée sur l'article 6 du Règlement, mais cette demande a été rejetée par une ordonnance sur consentement. Apotex a plus tard redéposé sa PDN, expliquant comment l'épaisseur de l'enrobage gastrorésistant ainsi que certains ingrédients avaient été modifiés. À la suite d'un litige comportant plusieurs demandes d'interdiction, Apotex a présenté un nouvel avis alléguant la non-contrefaçon et s'appuyant sur une formulation différente, mais cet avis est réputé avoir été retiré dans une demande d'interdiction ultérieure.

Dans un AC en date du 5 octobre 1999, Apotex a présenté un nouvel avis d'allégation reposant sur une formulation qui ne contenait pas de potassium, de sodium ou de sel d'aluminium. Une demande d'interdiction a été rejetée. Le ministre a ensuite délivré un AC à Apotex, concluant que celle-ci n'avait pas à déposer une nouvelle allégation.

La question de savoir si le ministre a commis une erreur en délivrant un AC à Apotex sans exiger qu'elle dépose une nouvelle allégation relativement à sa nouvelle formulation comportait également celle de savoir si une telle décision donnait ouverture à un contrôle judiciaire.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Devant le ministre, Apotex a affirmé que sa nouvelle formulation ne comportait pas des différences marquées avec la formulation faisant l'objet d'une ordonnance rendue par la Cour dans le cadre d'une instance relative à une demande d'interdiction fondée sur le Règlement, instance qui avait opposé les mêmes parties en ce qui concerne les mêmes brevets et le même médicament. Dans *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour a statué que, lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait des déclarations inexactes, trompeuses ou fausses au ministre, le recours qui s'offre au breveté est l'action en contrefaçon de brevet fondée sur la common law et non une demande de contrôle judiciaire fondée sur la *Loi sur la Cour fédérale* (maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*). Cette décision a été maintenue en appel, le juge Rothstein, J.C.A., écrivant que le ministre n'a pas l'obligation

different for the purpose of the Regulations than that which was the subject of the Federal Court order denying an application for prohibition concerning the same patents and drug. There is Trial Division authority for the proposition that, since the Regulations do not require that the second person copy the Minister with the NOA and detailed statements, the Minister had no legal obligation to compare them for accuracy. Were patent infringement to be proven, the Court would subject Apotex to grave consequences, including punitive damages and an award to plaintiff of solicitor-client costs. The extraordinary remedy of *certiorari* is not normally granted where an adequate alternative remedy is available. Thus, an application for judicial review does not lie with respect to the Minister's decision herein.

Had the decision been subject to judicial review, the applicable standard of review would have to be determined by the pragmatic and functional approach mandated by the Supreme Court of Canada in leading cases such as *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. Upon an application of that approach to this case, it had to be concluded that reasonableness was the appropriate review standard.

Reviewed according to that standard, the decision to issue an NOC without requiring Apotex to file a new allegation was reasonably open to the Minister. Under Regulations, section 5, there is no requirement that the Minister require that the person who files a revised NOC submission must file a new allegation. Here, the Minister had treated the 1997 "re-filed" submission as a continuation of that filed in 1993. The Minister had not misconstrued the 1996 consent order of Richard J. as he then was, denying a prohibition application.

The "whereas" clause in the 1996 consent order anticipated that the formulation of the Apotex omeprazole capsules would change, in that Apotex undertook that any omeprazole capsules produced by it "will not be such as to fall within the scope of these patents". In administering the Regulations, it was not the Minister's duty to look behind the Court's 1996 consent order, compare the differences in the formulations of the Apotex omeprazole capsules at different times or to determine whether any differences were material with respect to the patents.

d'apprécier si un avis d'allégation peut tromper un breveté ou lui être mensonger. En l'espèce, le ministre n'était pas tenu de vérifier si, pour l'application du Règlement, la nouvelle formulation présentait une différence marquée avec la formulation faisant l'objet de l'ordonnance de la Cour fédérale ayant rejeté une demande d'interdiction visant le même brevet et le même médicament. Une décision de la Section de première instance permet d'affirmer qu'étant donné que le Règlement n'exige pas que la seconde personne envoie une copie de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé au ministre, ce dernier n'est pas légalement tenu de les comparer afin d'en vérifier l'exactitude. Si la contrefaçon des brevets était démontrée, il pourrait en résulter de graves conséquences pour Apotex, la Cour pouvant notamment la condamner à payer des dommages-intérêts exemplaires ainsi que les dépens sur une base avocat-client. La mesure de redressement extraordinaire que constitue le *certiorari* n'est habituellement pas accordée lorsqu'il existe un autre recours adéquat. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre sera rejetée.

Si la décision avait été assujettie au contrôle judiciaire, pour déterminer la norme de contrôle applicable, il y aurait eu lieu de procéder à l'analyse pragmatique et fonctionnelle prescrite par la Cour suprême du Canada dans des arrêts de principe comme *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Après avoir appliqué cette analyse en l'espèce, il convenait de conclure que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable.

Examinée au regard de cette norme, la décision du ministre de délivrer un AC à Apotex sans exiger qu'elle dépose une nouvelle allégation était raisonnable. L'article 5 du Règlement n'oblige pas le ministre à exiger le dépôt d'une nouvelle allégation dans les cas où la personne produit une présentation révisée en vue d'obtenir un AC. En l'espèce, le ministre avait considéré la présentation «redéposée» en 1997 comme le prolongement de celle qui avait été déposée en 1993. Le ministre n'avait pas mal interprété l'ordonnance sur consentement rendue par le juge Richard (tel était alors son titre) en 1996 parce qu'il rejetait alors une demande d'interdiction.

L'attendu de l'ordonnance sur consentement de 1996 envisageait l'éventualité que des modifications soient apportées à la formulation des gélules d'oméprazole d'Apotex, cette dernière s'étant engagée à faire en sorte que les gélules d'oméprazole qu'elle produit «ne tombent [. . .] pas dans le champ d'application [de ces brevets]». Il ne relevait pas du ministre, qui administre le Règlement, de procéder à l'examen de l'ordonnance rendue sur consentement en 1996, d'établir en quoi les formulations des gélules d'oméprazole d'Apotex différaient à diverses étapes du processus ou de déterminer s'il s'agissait de différences marquées par rapport aux brevets.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by  
S.C. 2002, c. 8, s. 14).  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*,  
SOR/93-133, ss. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379,  
s. 2), 6 (as am by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)*  
(2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (F.C.T.D.); affd (2002), 20  
C.P.R. (4th) 29; 292 N.R. 147; 2002 FCA 289; *Eli Lilly  
and Co. v. Apotex Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 83; 165  
F.T.R. 83 (F.C.T.D.); affd (2000), 9 C.P.R. (4th) 439; 266  
N.R. 339 (F.C.A.); *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; 2003 SCC 19.

REFERRED TO:

*Astra Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health  
and Welfare)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 69 (F.C.T.D.);  
*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; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*,  
[2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223  
D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th)  
1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20.

APPLICATION for judicial review of the issuing of  
an NOC under the *Patented Medicines (Notice of  
Compliance) Regulations*. Application dismissed.

APPEARANCES:

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton and Yoon  
Kang* for applicant.  
*F. B. Woyiwada* for respondents Minister of Health  
and Attorney General of Canada.  
*H. B. Radomski and Andrew R. Brodtkin* for  
respondent Apotex Inc.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1  
(mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de  
conformité)*, DORS/93-133, art. 5 (mod. par  
DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2), 6 (mod. par  
DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)*  
(2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par  
(2002), 20 C.P.R. (4th) 29; 292 N.R. 147; 2002 CAF 289;  
*Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 83;  
165 F.T.R. 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (2000), 9 C.P.R.  
(4th) 439; 266 N.R. 339 (C.A.F.); *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; 2003 CSC 19.

DÉCISIONS CITÉES:

*Astra Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé  
nationale et du Bien-être social)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 69  
(C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *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; *Barreau du  
Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; (2003),  
257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin.  
L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 CSC 20.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de  
délivrer un AC en vertu du *Règlement sur les  
médicaments brevetés (avis de conformité)*. Demande  
rejetée.

ONT COMPARU:

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton et Yoon  
Kang* pour la demanderesse.  
*F. B. Woyiwada* pour les défendeurs le ministre de  
la Santé et le procureur général du Canada.  
*H. B. Radomski et Andrew R. Brodtkin* pour la  
défenderesse Apotex Inc.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents  
 Minister of Health and Attorney General of Canada.

*Goodmans LLP*, Toronto, for respondent Apotex  
 Inc.

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

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of a notice of compliance (NOC) issued by the Minister of Health to Apotex on January 27, 2004 for omeprazole 20 mg capsules. The applicant alleges that the Minister issued the NOC unlawfully in that the Minister did not require Apotex serve a new allegation under section 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] (the Regulations) with respect to a revised formulation for the medicine.

[2] A previous allegation with respect to the same medicine and the same patents had been the subject of a prohibition application under the Regulations, which was dismissed by consent order of this Court in 1996.

## THE FACTS

## Background

[3] The applicant, AstraZeneca Canada Inc., is a pharmaceutical company that began marketing omeprazole in 1989 under the brand name “Losec”. “Losec” is used to treat certain stomach conditions related to hyperacidity, such as gastric and duodenal ulcers, gastroesophageal reflux disease Zollinger-Ellison disease, and dyspepsia.

[4] Apotex, a manufacturer of generic pharmaceutical products, has been attempting since 1993 to introduce a generic version of “Losec” 20 mg capsules into the Canadian market. This application for judicial review is part of an 11-year history of litigation between these two parties, over the right to produce and

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Smart & Biggar*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les  
 défendeurs le ministre de la Santé et le procureur  
 général du Canada.

*Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse  
 Apotex Inc.

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

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire concernant un avis de conformité (AC) que le ministre de la Santé a délivré à Apotex le 27 janvier 2004 pour des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg. La demanderesse soutient que le ministre a délivré l'AC illégalement parce qu'il n'a pas exigé qu'Apotex signifie une nouvelle allégation sous le régime de l'article 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] (le Règlement), relativement à une nouvelle formulation du médicament.

[2] Une allégation précédente concernant le même médicament et les mêmes brevets a fait l'objet d'une demande d'interdiction fondée sur le Règlement, qui a été rejetée par une ordonnance de la Cour rendue sur consentement en 1996.

## LES FAITS

## Le contexte

[3] La demanderesse, AstraZeneca Canada Inc., est une société pharmaceutique ayant commencé à commercialiser l'oméprazole en 1989 sous la marque nominative «Losec». Le «Losec» est utilisé pour traiter certains maux d'estomac liés à l'hyperacidité comme les ulcères gastrique et duodéal, le reflux gastro-oesophagien, le syndrome Zollinger-Ellison et la dyspepsie.

[4] Apotex, un fabricant de produits pharmaceutiques génériques, tente depuis 1993 de commercialiser sur le marché canadien une version générique du “Losec” en doses de 20 mg. La présente demande de contrôle judiciaire est l'un des nombreux recours ayant opposé les parties au cours des 11 dernières années concernant le

market omeprazole capsules.

#### The Relevant Patents

[5] The two patents relied upon by AstraZeneca in this application on the Patent Register for omeprazole capsules are: patent No. 1292693 ('693 patent); and, patent No. 1302891 ('891 patent). A third patent was originally relied upon as part of this application—patent No. 1388377 ('377 patent). The '377 patent was the subject of separate litigation discussed below, and is no longer relied upon by the applicant in this case.

#### '693 Patent

[6] Claim 1 of the '693 patent claims:

1. An oral pharmaceutical preparation comprising:
  - (a) a core region comprising an effective amount of a material selected from the group consisting of omeprazole plus an alkaline reacting compound. . . ;
  - (b) an inert subcoating which is soluble or rapidly disintegrating in water disposed on said core region, said subcoating comprising one or more layers of material selected from among tablet excipients and polymeric film forming compounds; and
  - (c) an outer layer disposed on said subcoating comprising an enteric coating.

#### '891 Patent

[7] Claim 1 of the '891 patent claims:

1. A pharmaceutical preparation comprising:
  - (a) an alkaline reacting core region comprising an acid-labile pharmaceutically active substance and an alkaline reacting compound different from said active substance. . . ;
  - (b) an inert subcoating, which will rapidly dissolve or disintegrate in water, said subcoating being disposed on

droit de fabriquer et de commercialiser les gélules d'oméprazole.

#### Les brevets pertinents

[5] En l'espèce, AstraZeneca s'appuie sur deux brevets faisant l'objet d'une inscription au registre des brevets pour les gélules d'oméprazole, à savoir le brevet n° 1292693 (le brevet '693) et le brevet n° 1302891 (le brevet '891). Initialement, AstraZeneca s'appuyait également sur le brevet n° 1388377 (le brevet '377), qui a fait l'objet du recours distinct dont il est question plus loin. La demanderesse n'invoque plus ce troisième brevet dans le cadre de la présente instance.

#### Le brevet '693

[6] Première revendication se rapportant au brevet '693:

#### [TRADUCTION]

1. Une préparation pharmaceutique pour administration orale, comprenant:
  - a) un noyau renfermant une quantité efficace d'une substance choisie dans le groupe constitué par l'oméprazole et un réactif alcalin [ . . . ];
  - b) un sous-enrobage inerte qui se dissout ou se désintègre rapidement dans l'eau, qui recouvre le noyau et qui renferme une ou plusieurs couches de substances sélectionnées parmi les excipients des comprimés et les polymères feuilligènes;
  - c) une couche externe recouvrant le sous-enrobage et constituant un enrobage gastrorésistant.

#### Le brevet '891

[7] Première revendication se rapportant au brevet '891:

#### [TRADUCTION]

1. Une préparation pharmaceutique comprenant:
  - a) un noyau réagissant en milieu alcalin constitué d'une substance pharmaceutiquement active, labile en milieu acide, et d'un composé réagissant en milieu alcalin différent de cette substance active [ . . . ];
  - b) un sous-enrobage inerte qui se dissout ou se désintègre rapidement dans l'eau, qui recouvre le noyau



said core region and comprising one or more layers of materials selected from the group consisting of tablet excipients, film forming compounds and alkaline compounds; and

(c) an enteric coating layer surrounding said subcoating layer, wherein the subcoating layer isolates the alkaline reacting core from the enteric coating layer such that the stability of the preparation is enhanced.

et qui est constitué d'une ou de plusieurs couches de matières sélectionnées dans le groupe formé des excipients des comprimés, des comprimés feuillogènes et des composés alcalins;

c) un enrobage gastrorésistant recouvrant le sous-enrobage, lequel sous-enrobage sépare le noyau réagissant en milieu alcalin de l'enrobage gastrorésistant de façon à accroître la stabilité de la préparation.

### New Drug Submission and Allegation

[8] Apotex filed a new drug submission (NDS) with Health Canada for Apo-omeprazole 20 mg capsules; the submission contained a bioavailability study comparing Apotex's capsules to AstraZenca's "Losec" 20 mg capsules and details of Apotex's drug formulation.

[9] In a notice of allegation, dated April 27, 1993, Apotex alleged non-infringement of the '693 and '891 patents on the grounds that Apotex's formulation would apply an enteric coating directly to the omeprazole core, and not utilize a subcoating. In response, AstraZeneca (then Astra Pharma Canada Inc.) commenced a prohibition proceeding pursuant to section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3] of the NOC Regulations (the 1993 proceeding). This proceeding was dismissed by consent order of this Court dated May 3, 1996 (see below for details).

[10] On December 16, 1997, Apotex refiled its NDS with Health Canada, describing a change in the thickness of the enteric coating of its formulation and certain ingredients. This refiled formulation was accepted by Health Canada as satisfying the requirements of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870. This meant that Apotex's NDS was approvable, but for pending litigation under the Regulations.

### The Litigation

[11] A number of applications for prohibition were brought, pursuant to section 6 of the Regulations, in

### Présentation de drogue nouvelle et allégation

[8] Apotex a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) auprès de Santé Canada concernant des gélules d'Apo-oméprazole en doses de 20 mg. La PDN fait état d'une étude de biodisponibilité dans laquelle est effectuée une comparaison entre les gélules d'Apotex et les gélules "Losec" de 20 mg commercialisées par AstraZeneca. Des détails concernant la formulation du médicament d'Apotex y figurent également.

[9] Dans un avis d'allégation en date du 27 avril 1993, Apotex déclare que ses comprimés ne contreferaient pas les brevets '693 et '891 parce que l'enrobage gastrorésistant est appliqué directement sur le noyau de l'oméprazole, de sorte qu'il n'a pas de sous-enrobage. En réponse, AstraZeneca (alors Astra Pharma Canada Inc.) a présenté une demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction fondée sur l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3] du Règlement (l'instance de 1993). Par une ordonnance sur consentement en date du 3 mai 1996, la Cour a rejeté cette demande (voir les explications données plus loin).

[10] Le 16 décembre 1997, Apotex a redéposé sa PDN auprès de Santé Canada. Elle y explique comment l'épaisseur de l'enrobage gastrorésistant ainsi que les ingrédients de sa formulation ont été modifiés. La formulation faisant l'objet de cette PDN a été acceptée par Santé Canada, qui a conclu qu'elle remplissait les exigences du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Ainsi, n'eût été les procédures pendantes, la PDN d'Apotex aurait été jugée acceptable sous le régime de ce règlement.

### Le litige

[11] En 1993 et en 1999, plusieurs demandes d'interdiction ont été présentées, sur le fondement de l'article

1993 and in 1999 in respect of the '693 patent, '891 patent, and '377 patent.

[12] On May 3, 1996, the application relating to the '693 and '891 patents (T-1446-93) was dismissed by consent order of Richard J. (as he then was), which provided in part:

IT IS HEREBY ORDERED THAT: . . .

2. The applicant's application in respect of . . . 693, 891 . . . patents is dismissed.

[13] Following the consent order in T-1446-93, Apotex sent a further allegation, asserting non-infringement of the '693 and '891 patents. This notice, dated December 16, 1997 (the same date that Apotex refiled its NDS due to a change in formulation), stated that Apotex was relying on a different formulation from that previously disclosed in a prior proceeding. In response, AstraZeneca launched another prohibition proceeding (docket: T-178-98). That proceeding was discontinued on May 18, 1999 by consent order of Madam Justice Tremblay-Lamer, in which the notice of allegation was deemed to be withdrawn and the prohibition proceeding deemed to be discontinued.

#### The 1999 Proceedings (the '377 Patent)

[14] In a notice of allegation, dated October 5, 1999, Apotex alleged that it would not infringe the '377 patent on the basis that its formulation would not contain a potassium, sodium or aluminium salt. This allegation became the subject of an application for prohibition in Docket: T-2026-99. On September 8, 2000, this proceeding was dismissed by order of Mr. Justice McKeown, with costs to Apotex [*Astra Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2002), 9 C.P.R. (4th) 69 (F.C.T.D.)].

#### THE MINISTER'S DECISION

[15] The NOC in the case at bar was issued to Apotex on January 27, 2004. By letter, dated February 3, 2004, the Minister's delegate advised AstraZeneca that Apotex would not be required to address the '693 and '891

6 du Règlement, concernant les brevets '693, '891 et '377.

[12] Le 3 mai 1996, par ordonnance sur consentement, le juge Richard (tel était alors son titre) a rejeté la demande concernant les brevets '693 et '891 (T-1446-93). Cette ordonnance était en partie libellée comme suit:

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE PAR LA PRÉSENTE QUE: [. . .]

2. La demande de la partie demanderesse concernant les brevets [. . .] 693, 891 [. . .] est rejetée.

[13] À la suite de l'ordonnance sur consentement prononcée dans le dossier T-1446-93, Apotex a fait parvenir un nouvel avis alléguant la non-contrefaçon des brevets '693 et '891. Cet avis, en date du 16 décembre 1997 (date à laquelle Apotex a redéposé sa PDN par suite des modifications apportées à sa formulation), énonçait qu'Apotex s'appuyait sur une formulation différente de celle qui avait été divulguée dans le cadre d'une instance antérieure. En réponse, AstraZeneca a introduit une nouvelle demande d'interdiction (dossier T-178-98). Par une ordonnance sur consentement prononcée le 18 mai 1999 par la juge Tremblay-Lamer, l'avis d'allégation est réputé avoir été retiré et la demande d'interdiction abandonnée.

#### L'instance de 1999 (le brevet '377)

[14] Dans un avis d'allégation en date du 5 octobre 1999, Apotex soutient que sa formulation ne contreferaient pas le brevet '377 étant donné qu'elle ne contient pas de potassium, de sodium ou de sel d'aluminium. Cet avis d'allégation a fait l'objet d'une demande d'interdiction dans le dossier T-2026-99. Le 8 septembre 2000, le juge McKeown a rejeté cette demande, avec dépens en faveur d'Apotex [*Astra Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 69 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)].

#### LA DÉCISION DU MINISTRE

[15] L'AC en cause dans la présente instance a été délivré à Apotex le 27 janvier 2004. Par lettre en date du 3 février 2004, le représentant du ministre a informé AstraZeneca qu'Apotex n'aurait pas à présenter un

patents since this Court had dismissed AstraZenca's application to prohibit. The Minister advised that she had no authority to require Apotex to file another allegation regarding the '693 and '891 patents and that the appropriate remedy, for any deviation relied upon in the prohibition proceedings, was to pursue redress under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. Page 1 of the letter states:

As you are aware, by order dated May 3, 1996, the Federal Court dismissed AstraZeneca's application to prohibit the approval of Apo-omeprazole capsules until the expiry of the '693 and '891 patents. However, you have since suggested that the formulation which was disclosed by Apotex in the course of the proceedings in T-1446-93 may differ from that relied upon by Apotex in T-2026-99 and subsequent prohibition proceedings. You have also suggested that the Therapeutic Products Directorate ("TPD") should therefore have required Apotex to serve AstraZeneca with another notice of allegation in respect of the '693 and '891 patents before being eligible to receive its NOC.

With respect, the TPD does not share this view. With Apotex having successfully addressed the '693 and '891 patents in T-1446-93, the Minister has no authority under section 7 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to refuse Apotex a notice of compliance on the basis of either the '693 or the '891 patent. Similarly, requiring Apotex to file another notice of allegation in respect of patents it has already addressed is not within the Minister's authority.

With respect to your concerns about the formulation relied upon by Apotex in the various prohibition proceedings at issue, it is the TPD's view, in such circumstances, that should a second person enter the market with a product that deviates from that upon which it relied during prohibition proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the appropriate course of action is for the first person to pursue a remedy under the *Patent Act*.

#### RELEVANT LEGISLATION

[16] Sections 5 and 6 of the NOC Regulations are attached as Appendix A.

nouvel avis d'allégation concernant les brevets '693 et '891 en raison du rejet de la demande d'interdiction d'AstraZeneca par la Cour fédérale. Il a également affirmé ne pas avoir le pouvoir d'exiger qu'Apotex dépose un autre avis d'allégation concernant les brevets '693 et '891, et que pour obtenir réparation sur le fondement des manquements invoqués à l'appui de la demande d'interdiction, un recours devait être exercé sous le régime de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. La première page de la lettre est reproduite ci-dessous:

[TRADUCTION] Comme vous le savez, par ordonnance en date du 3 mai 1996, la Cour fédérale a rejeté la demande par laquelle AstraZeneca demandait à la Cour d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité concernant les gélules d'Apo-oméprazole avant l'expiration des brevets '693 et '891. Toutefois, vous avez indiqué, depuis, que la formule qui a été divulguée par Apotex au cours de l'instance dans le cadre du dossier T-1446-93 pouvait différer de celle sur laquelle Apotex s'est appuyée dans le cadre du dossier T-2026-99 et dans des instances en interdiction ultérieures. Vous avez également affirmé que la Direction des produits thérapeutiques (DPT) aurait donc dû exiger qu'Apotex signifie un autre avis d'allégation à AstraZeneca relativement aux brevets '693 et '891 avant qu'elle ne soit admissible à recevoir son AC.

Sauf votre respect, la DPT ne partage pas votre point de vue. Étant donné qu'Apotex a eu gain de cause, dans le dossier T-1446-93, en ce qui concerne les brevets '693 et '891, le ministre n'a pas le pouvoir sous le régime de l'article 7 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* de refuser, sur le fondement de l'un ou l'autre des brevets '693 ou '891, de lui délivrer un avis de conformité. De la même façon, le ministre n'a pas le pouvoir d'exiger qu'Apotex dépose un nouvel avis d'allégation concernant les brevets à l'égard desquels la société a déjà présenté une allégation.

En ce qui concerne vos préoccupations au sujet des formules sur lesquelles Apotex s'est appuyée dans le cadre des différentes instances en interdiction en cause, la Direction des produits thérapeutiques est d'avis que, dans de telles circonstances, si une deuxième personne présente un produit sur le marché qui s'écarte de celui sur lequel elle s'est appuyée pendant les instances en interdiction, la procédure appropriée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* consiste pour la première personne à se prévaloir du recours prévu par la *Loi sur les brevets*.

#### LES DISPOSITIONS APPLICABLES

[16] Les articles 5 et 6 du Règlement sont reproduits à l'annexe A des présentes.

## ISSUES

[17] The issue is whether the Minister erred in issuing an NOC to Apotex for its revised formulation of omeprazole 20 mg capsules without requiring Apotex file a new allegation in relation to the applicant's '693 and '891 patents under section 5 of the NOC Regulations.

[18] The issue includes the two following subissues:

(i) is the Minister's decision under the Regulations (the decision not to require that Apotex file a new allegation with respect to its revised formulation) properly the subject of judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by 2002, c. 8, s. 14) and,

(ii) if subject to judicial review, what is the standard of review?

## POSITION OF THE PARTIES

## (A) Applicant

(i) Standard of Review

[19] The applicant submits that the decision to grant an NOC ought to be reviewed on the correctness standard since it relates either to questions of law or questions of mixed fact and law.

(ii) Certiorari

[20] The applicant submits that where administrative action is taken in breach of a statutory duty, the normal remedy is for the reviewing Court to set it aside. The applicant submits that where a generic company has failed to comply with the Regulations, by failing to serve a notice of allegation, the Regulations are not engaged and an issued NOC may be quashed.

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[17] Il s'agit de déterminer si le ministre a commis une erreur en délivrant un AC à Apotex concernant sa nouvelle formulation d'oméprazole en doses de 20 mg sans exiger que la société dépose, sur le fondement de l'article 5 du Règlement, une nouvelle allégation relativement aux brevets de la demanderesse portant les n<sup>os</sup> '693 et '891.

[18] Pour se prononcer sur la question susmentionnée, il faut statuer sur deux sous-questions:

i) la décision du ministre, prise sous le régime du Règlement (la décision de ne pas exiger qu'Apotex dépose une nouvelle allégation concernant sa nouvelle formulation), donne-t-elle ouverture à une demande de contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par 2002, ch. 8, art. 14) et

ii) dans l'affirmative, quelle est la norme de contrôle applicable?

## POSITION DES PARTIES

## A) La demanderesse

i) Norme de contrôle

[19] La demanderesse soutient que dans le cadre du contrôle de la décision de délivrer un AC, il faut appliquer la norme de la décision correcte parce que la décision en cause concerne une question de droit ou des questions mixtes de fait et de droit.

ii) Certiorari

[20] La demanderesse fait valoir que lorsqu'une mesure administrative contrevient à une obligation imposée par la loi, le tribunal saisi d'une demande de contrôle doit normalement l'invalider. La demanderesse avance que lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait défaut de respecter le Règlement en omettant de signifier un avis d'allégation, les prescriptions du Règlement ne s'appliquent pas et l'AC peut être annulé.

(iii) Breach of the Regulations

[21] The applicant submits that Apotex failed to make an allegation in respect of its approved formulation. The applicant submits that Apotex's 1993 allegation is a nullity and of no effect, because it was made before the NDS was filed. The applicant further submits that Apotex failed to make an allegation regarding the refiled NDS.

[22] The applicant submits that the Minister had an obligation to consider whether Apotex had complied with the Regulations and to determine whether Apotex had filed an allegation in respect of the refiled NDS. The applicant submits that the Minister was wrong to conclude that her duty is limited to ensuring formal compliance with section 5 of the Regulations because the Regulations clearly require the Minister to link or match an allegation of non-infringement to the formulation, or NDS, for which approval is sought.

[23] The applicant submits that the Minister wrongly concluded that no further remedy could be provided to AstraZeneca in light of Apotex's alleged deception; the applicant argues that the underlying purpose of the Regulations is to provide more effective patent protection than that available through private law proceedings.

(B) The Respondent

[24] Apotex submits that there is no valid ground on which AstraZeneca can challenge the Minister's decision with respect to the '693 and '891 patents because it consented to the dismissal of the relevant prohibition application.

[25] Apotex submits that it is manifestly clear that the minor changes to Apotex's formulation would have had no impact upon the issuance of the consent order for the following reasons:

(1) AstraZeneca has not adduced a scintilla of evidence to support an assertion that it consented to the issuance of the consent order on the basis of particular ingredients contained in Apotex's formulation;

iii) Manquement au Règlement

[21] La demanderesse avance qu'Apotex a omis de soumettre une allégation concernant sa formulation homologuée. La demanderesse soutient que l'allégation qu'Apotex a soumise en 1993 est nulle parce qu'elle a été faite avant le dépôt de la PDN. La demanderesse soutient également qu'Apotex n'a pas présenté d'allégation relativement à sa nouvelle PDN.

[22] La demanderesse fait valoir que le ministre était tenu de déterminer si Apotex s'était conformée au Règlement et de déterminer si elle avait produit une allégation concernant la PDN redéposée. Elle ajoute que le ministre a conclu à tort que son obligation se limitait à vérifier si les exigences de forme prévues à l'article 5 du Règlement avaient été remplies étant donné que le Règlement exige sans équivoque que le ministre rattache une allégation de non-contrefaçon à une formulation ou à une PDN faisant l'objet d'une demande d'AC.

[23] La demanderesse soutient que le ministre a commis une erreur en concluant qu'aucune autre réparation ne s'offrait à AstraZeneca par suite de la tromperie imputée à Apotex; la demanderesse fait valoir que le Règlement vise essentiellement à accorder aux brevetés une protection plus efficace que celle qu'offrent les recours de droit privé.

B) La défenderesse

[24] Apotex soutient que la contestation de la décision du ministre concernant les brevets '693 et '891 est sans fondement étant donné qu'AstraZeneca a consenti au rejet de la demande d'interdiction se rapportant à ceux-ci.

[25] Apotex fait valoir que les changements mineurs qu'elle a apportés à sa formulation n'ont pu, de toute évidence, avoir une incidence sur l'ordonnance prononcée sur consentement par la Cour fédérale, et ce, pour les motifs suivants:

1) AstraZeneca n'a pas présenté l'ombre d'une preuve pour appuyer sa prétention selon laquelle elle a consenti à l'ordonnance en raison des ingrédients particuliers que contenait la formulation d'Apotex;

(2) there is no evidence that AstraZeneca would not have consented to the order had it been aware that Apotex's capsules contained magnesium hydroxide, instead of dibasic sodium phosphate;

(3) there is no evidence that the thickness of Apotex's enteric coating had any impact upon AstraZeneca's decision to agree to consent to the order;

(4) the underlying basis of the 1993 allegation was that Apotex's enteric coating would be applied directly to the core, and not on the basis of the chemical ingredients contained in Apotex's formulation.

#### (C) Minister of Health

[26] The Minister of Health states that the standard of review is reasonableness and that an unreasonable decision is one that is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Following the jurisprudence, including the *Syntex* case (referred to below), the Minister is not required to assess the accuracy of the information disclosed in the NOC proceedings. The Minister acted reasonably in applying the 1996 order dismissing the prohibition application under the Regulations with respect to the same patents, the same parties and the same medicine, regardless of the fact that there had been a revision of the formulation.

#### ANALYSIS

##### Issue No. 1

Is the Minister's decision under the Regulations (that Apotex did not need to file a new allegation with respect to its revised formulation) properly the subject of judicial review under the *Federal Courts Act*?

[27] Apotex represented to the Minister that its revised formulation is not materially different than the formulation already the subject of an order of this Court in a prohibition proceeding under the Regulations

2) rien ne permet de conclure qu'AstraZeneca se serait abstenue de consentir à l'ordonnance en cause si elle avait su que les gélules d'Apotex contenaient de l'hydroxyde de magnésium plutôt que du phosphate dibasique de sodium;

3) rien ne permet de conclure que l'épaisseur de l'enrobage gastrorésistant de la formulation d'Apotex a eu une incidence quelconque sur la décision d'AstraZeneca de consentir au prononcé de l'ordonnance;

4) l'allégation de 1993 sous-tend que l'enrobage gastrorésistant de la formulation d'Apotex serait appliqué directement sur le noyau et elle n'a pas été formulée en tenant compte des ingrédients chimiques entrant dans la composition de la formulation.

#### C) Le ministre de la Santé

[26] Le ministre de la Santé affirme que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable et qu'est déraisonnable la décision qui n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. Suivant la jurisprudence, dont la décision *Syntex* (citée plus loin), le ministre n'a pas à vérifier l'exactitude des renseignements divulgués dans le cadre d'une instance relative à un AC. Le ministre a agi raisonnablement en appliquant l'ordonnance de 1996, qui rejette la demande d'interdiction visant les mêmes brevets, les mêmes parties et le même médicament, sans égard au fait que la formulation ait été révisée.

#### ANALYSE

##### Question n° 1

La décision du ministre, prise sous le régime du Règlement (la décision de ne pas exiger qu'Apotex dépose une nouvelle allégation concernant sa nouvelle formulation), donne-t-elle ouverture à une demande de contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*?

[27] Devant le ministre, Apotex a affirmé que sa nouvelle formulation ne comportait pas des différences marquées avec la formulation faisant l'objet d'une ordonnance rendue par la Cour dans le cadre d'une

between the same parties, with respect to the same patents, and with respect to the same drug.

[28] In *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (F.C.T.D.) I held that if a generic drug company makes inaccurate, misleading, or untrue submissions to the Minister for the purpose of the Regulations, the proper recourse for the patentee is a common law action for infringement of the patent, not judicial review under the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7]. At paragraph 18 I stated:

The cases show a pattern where the patentee alleges that the generic drug company's new drug submission contains inaccurate or misleading information. The Federal Court of Appeal has repeatedly held that a patentee will be in a position to test the accuracy of a generic drug manufacturer's statements with respect to the drug after the product reaches the market, and if these statements are shown to be inaccurate, the consequences for the generic drug company "could well be very grave indeed". The patentee has a common law action for an infringement of patent, an injunction and punitive damages may lie in such cases.

The Federal Court of Appeal upheld my decision in *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29. Rothstein J.A. held at paragraph 9 [2002 FCA 289]:

The Minister is not required to assess whether a notice of allegation might deceive or mislead a patentee.

Similarly, in the case at bar, the Minister is not required to assess whether Apotex's revised formulation for omeprazole capsules is materially different for the purpose of the Regulations than the formulation which is the subject of a Federal Court order dismissing an application for prohibition with respect to the same patents and the same drug.

[29] In *Syntex*, I held at paragraph 19:

instance relative à une demande d'interdiction fondée sur le Règlement, instance qui avait opposé les mêmes parties en ce qui concerne les mêmes brevets et le même médicament.

[28] Dans *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 312 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), j'ai statué que lorsqu'un fabricant de médicaments génériques fait des déclarations inexactes, trompeuses ou fausses au ministre dans le cadre de l'application du Règlement, le recours qui s'offre au breveté est l'action en contrefaçon de brevet fondée sur la common law et non la demande de contrôle judiciaire fondée sur la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7]. Voici ce que j'énonçais au paragraphe 18 [2001 CFPI 1185]:

Les différentes affaires indiquent l'existence d'une tendance, le breveté alléguant que la présentation de drogue nouvelle du fabricant des médicaments génériques renferme des renseignements inexacts ou trompeurs. La Cour d'appel fédérale a statué à maintes reprises qu'un breveté est en mesure de vérifier l'exactitude des énoncés d'un fabricant de médicaments génériques à l'égard de la drogue une fois que le produit a atteint le marché et que, si ces énoncés s'avèrent inexacts, les conséquences pour le fabricant de produits génériques «pourraient effectivement être très graves». Le breveté peut intenter une action en contrefaçon de brevet fondée sur la common law, et il peut en pareil cas solliciter une injonction et des dommages intérêts punitifs.

Dans *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29, la Cour d'appel fédérale a maintenu ma décision. Le juge Rothstein, J.C.A. s'exprime comme suit au paragraphe 9 [2002 CAF 289]:

Le ministre n'a pas l'obligation d'apprécier si un avis d'allégation peut tromper un breveté ou lui être mensonger.

De la même façon, en l'espèce, le ministre n'était pas tenu de vérifier si, pour l'application du Règlement, la nouvelle formulation des gélules d'oméprazole d'Apotex présentait une différence marquée avec la formulation faisant l'objet de l'ordonnance de la Cour fédérale qui rejetait une demande d'interdiction visant le même brevet et le même médicament.

[29] Dans *Syntex*, j'énonce ce qui suit au paragraphe 19:

The jurisprudence establishes that applications under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Court Act* [as it then was] for prohibition or a declaration do not normally lie with respect to a notice of allegation under the Regulations.

Similarly, in the case at bar, an application under the *Federal Courts Act* from a decision of the Minister not to require that a generic drug company file a new allegation should not lie. If Apotex has misrepresented the revised formulation, then that should be dealt with under the *Patent Act*.

[30] In *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3rd) 83 (F.C.T.D.) (upheld by the Court of Appeal (2000), 9 C.P.R. (4th) 439) Teitelbaum J., came to a similar conclusion. He held at paragraph 28 [[1999] F.C.J. No. 419 (QL)] :

In my view, neither the Regulations nor the case law imposes a duty upon the Minister to ensure that the content of the documents filed with his office and the documents served upon the first person is identical. The Minister must ensure that his office is in receipt of proof of service of the NOA and detailed statement onto the first person. The Regulations do not require that the second person copy the Minister with the NOA and the detailed statements. Consequently, the Minister has no legal obligation to compare them for accuracy.

and at paragraph 33, Teitelbaum J. held that:

. . . *certiorari* proceedings are not the proper forum to determine . . . discrepancies or inadequacies in the process disclosed by Apotex to the Minister and Lilly.

and at paragraph 34, Teitelbaum J. held that:

. . . what is of most concern in this type of proceeding is the issue of infringement.

If the revised formulation for the Apotex omeprazole 20 mg capsule infringes AstraZeneca's patents then the Court, on infringement proceedings, will subject Apotex to "grave consequences" such as, in addition to ordinary damages, punitive damages, and solicitor-client

La jurisprudence établit que les demandes fondées sur les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à l'obtention d'une ordonnance d'interdiction ou d'un jugement déclaratoire ne peuvent pas normalement être présentées à l'égard d'un avis d'allégation signifié en vertu du Règlement.

De façon similaire, dans la présente instance, une décision du ministre de ne pas exiger qu'un fabricant de médicaments génériques dépose une nouvelle allégation ne saurait donner ouverture à une demande fondée sur la *Loi sur les Cours fédérales*. Si Apotex a donné des renseignements trompeurs en ce qui concerne la formulation modifiée, la question devrait être tranchée sous le régime de la *Loi sur les brevets*.

[30] Le juge Teitelbaum a conclu de manière similaire dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1999), 87 C.P.R. (3rd) 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (confirmée par la Cour d'appel (2000), 9 C.P.R. (4th), 439). Il s'exprime comme suit au paragraphe 28 [[1999] A.C.F. n° 419 (QL)]:

À mon avis, ni le Règlement ni la jurisprudence n'obligent le ministre à s'assurer que les documents déposés à son bureau et les documents signifiés à la première personne ont le même contenu. Le ministre doit vérifier si son bureau a reçu une preuve de la signification de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé à la première personne. Le Règlement n'exige pas que la seconde personne envoie une copie de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé au ministre. Par conséquent, le ministre n'est pas légalement tenu de les comparer afin d'en vérifier l'exactitude.

Il ajoute ce qui suit au paragraphe 33:

[...] la procédure en *certiorari* n'est pas l'instance appropriée pour déterminer les différences, les incohérences ou les inexactitudes du procédé [sous le régime de la réglementation concernant les avis de conformité].

Enfin au paragraphe 34, il dit:

[...] la question la plus importante dans ce type de procédure est celle de la contrefaçon.

Si la nouvelle formulation des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg d'Apotex contrefait les brevets d'AstraZeneca, il pourrait en résulter, dans le cadre d'une action en contrefaçon, de « graves conséquences » pour Apotex, que la Cour pourrait notamment



costs. The Court of Appeal upheld this decision, and stated, *Eli Lilly*, at paragraphs 9 to 11 [[2000] F.C.J. No. 1243 (QL)]:

Suffice it to say that *certiorari* is an extraordinary remedy granted in the discretion of the Court. It will not normally issue, even when administrative action can be shown to have been vitiated by error, if there is an adequate alternative remedy available to the appellant.

In our view, even if, as Lilly alleges, the Minister issued the NOC when Apotex had not served a complete and accurate detailed statement in accordance with the Regulations, it was appropriate for the Motions Judge to conclude that Lilly should be left to resort to the private law rights and remedies available to it as a patent holder. Indeed, counsel for the appellant advised us that infringement proceedings are already under way.

If, at the end of the infringement proceeding, Apotex is found, both to have infringed Lily's patent, and to have misconducted itself prior to the issue of the NOC, it would be open to the Judge to award punitive damages or solicitor-client costs, as the Motions Judge suggested. Such remedies would certainly constitute "grave consequences" of the kind contemplated by Stone J.A. in *Hoffman-La Roche, supra*.

[31] The Minister cannot test the truthfulness of representations from the drug companies or determine whether a revised formulation is materially different with respect to the patents.

[32] The Minister can expect the drug companies will act honestly and in good faith when complying with the Regulations. Apotex has a history of complying with this law with respect to omeprazole capsules and tablets. Counsel at the hearing indicated that there have been several allegations filed by Apotex under the Regulations with respect to omeprazole capsules and tablets.

[33] For these reasons, an application for judicial review does not lie with respect to the Minister's decision in this case.

condamner à payer, en sus de dommages-intérêts ordinaires, des dommages-intérêts exemplaires ainsi que les dépens sur une base avocat-client. Dans l'arrêt *Eli Lilly*, la Cour d'appel a confirmé la décision de la Section de première instance et a ainsi statué aux paragraphes 9 à 11 [[2000] A.C.F. n° 1905 (QL)]:

Il suffit de dire que le *certiorari* est une mesure de redressement extraordinaire qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Même s'il est possible d'établir que l'acte administratif est vicié en raison d'une erreur, cette réparation ne sera habituellement pas accordée lorsque l'appelant dispose d'un autre recours adéquat.

Selon nous, même si le Ministre, comme le prétend Lilly, a délivré un ADC alors qu'Apotex n'avait pas signifié un énoncé détaillé complet et exact conformément au Règlement, le juge des requêtes pouvait conclure que Lilly ne peut exercer que les droits et recours prévus par le droit privé qui lui sont offerts en qualité de titulaire d'un brevet. L'avocat de l'appelante nous a d'ailleurs informés du fait qu'une action en contrefaçon avait déjà été intentée.

Si, à l'issue de l'action en contrefaçon, la Cour conclut qu'Apotex a, à la fois, contrefait le brevet de Lilly et agi de manière fautive avant la délivrance de l'ADC, il sera loisible au juge d'accorder des dommages-intérêts exemplaires ou des dépens sur la base procureur-client, comme le juge des requêtes l'a laissé entendre. Ce genre de réparation constituerait certainement des «conséquences graves» de la sorte envisagée par le juge Stone de la Cour d'appel dans l'arrêt *Hoffman-La Roche*, précité.

[31] Le ministre ne peut vérifier l'exactitude des observations soumises par les fabricants de médicaments ou déterminer si une formulation modifiée présente des différences marquées par rapport aux brevets.

[32] Le ministre est en droit de s'attendre à ce que les fabricants de médicaments agissent honnêtement et de bonne foi dans l'application du Règlement. Apotex s'est par le passé conformée à cette législation en ce qui concerne les gélules et les comprimés d'oméprazole. À l'audience son avocat a d'ailleurs indiqué que plusieurs allégations avaient été déposées par Apotex, en application du Règlement, relativement aux gélules et aux comprimés d'oméprazole.

[33] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministre sera rejetée.

Issue No. 2

What is the standard of review of the Minister's decision not to require Apotex file a new allegation under the Regulations with respect to its revised formulation?

[34] In the alternative that this decision is subject to judicial review, the pragmatic and functional approach must be taken in determining the appropriate standard of review for the Minister's decision to issue the NOC without requiring Apotex file an allegation under the Regulations. See *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; and *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247. And as McLachlin C.J. states in *Dr. Q*, at paragraph 25, "it is no longer sufficient to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker." At paragraph 26, McLachlin C.J. describes the correct approach as follows:

In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors—the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question—law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

[35] Applying the functional and pragmatic approach to this case I conclude:

(1) Privative Clause or Statutory Right of Appeal – The presence of a privative clause would imply more deference, while the presence of a statutory right of appeal would dictate less deference. In this case, there is an appeal process in the legislation. As discussed above, this appeal process implies no other appeal process with respect to the accuracy of representations under the

Question n° 2

Quelle est la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la décision du ministre de ne pas exiger qu'Apotex dépose, en application du Règlement, une nouvelle allégation relativement à sa formulation modifiée?

[34] Si la décision était assujettie au contrôle judiciaire, il y aurait lieu de procéder à l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision du ministre de délivrer un AC sans exiger qu'Apotex dépose un nouvel avis d'allégation en application du Règlement. Voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226 et *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247. Comme l'énonce la juge en chef McLachlin au paragraphe 25 de *Dr Q*, «dorénavant, il ne suffit plus de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et d'exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte». Au paragraphe 26, la juge en chef McLachlin décrit l'approche applicable:

Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels—la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

[35] Appliquant l'analyse pragmatique et fonctionnelle à la présente affaire, je conclus comme suit:

1) Clause privative ou droit d'appel – La présence d'une clause privative invite à une plus grande retenue, alors qu'un droit d'appel prévu par la loi appelle un degré moindre de retenue. En l'espèce, la loi prévoit une procédure d'appel. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, il n'existe pas de recours permettant de contester l'exactitude des observations soumises en

Regulations, except an infringement action under the *Patent Act*. Accordingly, deference is due the Minister on the basis of this factor.

(2) Relative Expertise – A finding that a tribunal is more expert than the Court, *vis-à-vis* the particular issue, would militate in favour of greater deference to the Minister. While it is true that specialized expertise is required in determining whether an NOC is to be issued under the *Food and Drugs Act* [R.S.C., 1985, c. F-27], the Minister does not have more expertise than the Court on the specific issue of interpreting the Regulations. Accordingly, little deference to the Minister is due with respect to interpreting the Regulations.

(3) Purpose of the Legislation – Where the purpose of the legislation is to resolve polycentric policy questions, this militates in favour of more deference to the Minister. The decision of the Minister involved the overlapping legislative regimes of the *Food and Drugs Act* and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. The Minister has to achieve an appropriate balance between the early availability of generic drugs and effective enforcement of patents. This involves balancing the costs and benefits for various parties, and the protection of the public. However, a dispute between a generic drug manufacturer and a patent drug manufacturer does not involve a polycentric policy question. It is a bipolar issue, which warrants little deference.

(4) Nature of the Question – Finally, questions of fact, or factually intensive questions of mixed fact and law, militate in favour of more deference. On the other hand, questions of law, or legally intensive questions of mixed fact and law, imply less deference. In the case at bar, the Minister must understand the different formulations for the drug, consider the relevant patents, understand the Federal Court 1996 order dismissing the application for

application du Règlement, mis à part l'action en contrefaçon prévue par la *Loi sur les brevets*. Par conséquent, compte tenu de ce facteur, la Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de la décision du ministre.

2) L'expertise relative – Une conclusion selon laquelle un organisme décisionnel possède une plus grande expertise que la Cour en ce qui concerne une question particulière invite à un plus haut degré de retenue à l'égard de la décision en cause. Bien qu'une expertise spécialisée soit requise pour déterminer s'il y a lieu de délivrer un AC en application de la *Loi sur les aliments et drogues* [L.R.C. (1985), ch. F-27], le ministre ne possède pas pour autant une plus grande expertise que la Cour relativement à la question ici en jeu, à savoir l'interprétation du Règlement. Par conséquent, pour ce qui est de l'interprétation du Règlement, le ministre a droit à un faible degré de retenue.

3) Objet de la loi – Un degré plus élevé de déférence est requis si la décision du ministre concerne une loi dont l'objet est de résoudre des questions polycentriques. Était sous-jacente à la décision du ministre, la question du chevauchement entre les régimes législatifs prévus par la *Loi sur les aliments et drogues* et le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Le ministre doit établir un juste équilibre entre commercialiser rapidement les médicaments génériques et faire véritablement respecter les droits découlant des brevets. Pour ce faire, il doit soupeser les coûts et les avantages pour les parties concernées, d'une part, et la protection du public, d'autre part. Toutefois, aucune question d'orientation polycentrique n'est en cause dans le cadre d'un différend entre un fabricant de médicaments génériques et un fabricant de médicaments brevetés. Un tel différend est, par sa nature, bipolaire et par conséquent il exige peu de retenue.

4) Nature de la question – Enfin, les questions de fait, ou les questions mixtes de fait et de droit principalement factuelles, invitent à une plus grande retenue. Par contre, les questions de droit, ou les questions mixtes de fait et de droit, si elles sont principalement de droit, appellent une retenue moins grande. En l'espèce, le ministre devait comprendre la nature des formulations, tenir compte des brevets pertinents, saisir la portée de l'ordonnance de

prohibition under the Regulations, and decide whether a new allegation is required. This is a factually intensive question of mixed fact and law, for which the Minister is entitled deference.

[36] After balancing the above factors, I conclude that the appropriate standard of review to be applied to the Minister's decision in this case is reasonableness.

### Issue No. 3

Did the Minister err in issuing an NOC to Apotex for its revised formulation of omeprazole 20 mg capsules without requiring Apotex file a new allegation in relation to patents '693 and '891?

[37] In reviewing this decision on the reasonableness standard, I have concluded that this decision was reasonably open to the Minister under the Regulations on the basis of the evidence before her.

[38] In considering section 5 of the Regulations, there is no requirement for the Minister to require that a person who files a revised submission for an NOC in respect of a drug must file a new allegation. Apotex represented to the Minister that the revised formulation of its 20 mg omeprazole capsules was not materially different with respect to the patents. The respondent Minister's position at the hearing of this application was that the "re-filed" submission in 1997 was treated by the Minister as a continuation of the 1993 submission by Apotex for its 20 mg omeprazole capsules. The Minister's memorandum states at paragraph 46:

As part of that practice, a submission in which problems or deficiencies have been drawn to the sponsor's attention is deemed to have been withdrawn, unless the problems are addressed in a "re-filed" submission made within a specified time. In such submissions, only the additional information addressing the specific identified problem is reviewed by Health Canada; the portions already found satisfactory are not reviewed again. Thus there was only one submission by Apotex.

1996 par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande d'interdiction fondée sur le Règlement et décider s'il y a avait lieu d'exiger le dépôt d'une nouvelle allégation. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit, principalement factuelle, à l'égard de laquelle le ministre a droit à ce que l'on fasse preuve de retenue.

[36] Après avoir soupesé chacun des facteurs susmentionnés, je conclus qu'en ce qui concerne la décision du ministre, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

### Question n° 3

Le ministre a-t-il commis une erreur en délivrant un AC à Apotex pour sa nouvelle formulation des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg sans exiger que la société dépose une nouvelle allégation relativement aux brevets '693 et '891?

[37] Après avoir examiné la décision du ministre au regard de la norme de la décision raisonnable, je conclus que, compte tenu de la preuve mise à sa disposition, cette décision sous le régime du Règlement était raisonnable.

[38] L'article 5 du Règlement n'oblige pas le ministre à exiger le dépôt d'une nouvelle allégation dans les cas où un personne produit une présentation révisée en vue d'obtenir un AC relativement à un médicament. Dans sa présentation, Apotex a déclaré que sa nouvelle formulation des gélules d'oméprazole en doses de 20 mg ne présente pas de différences marquées par rapport aux brevets. À l'audience le ministre a soutenu avoir considéré la présentation redéposée en 1997 comme le prolongement de la présentation qu'Apotex a déposée en 1993 pour ses gélules d'oméprazole en doses de 20 mg. Le ministre énonce ce qui suit au paragraphe 46 de son mémoire:

[TRADUCTION] Dans le cadre de ce processus, si des problèmes ou des lacunes ont été portés à l'attention du promoteur d'un médicament, la présentation en cause est réputée avoir été retirée à moins que les problèmes n'aient été résolus dans une présentation redéposée à l'intérieur d'un délai donné. Pour ce qui est du contenu de telles soumissions, Santé Canada n'examine que les nouveaux renseignements se rapportant aux problèmes signalés; les parties qui avaient auparavant été jugées acceptables ne font pas l'objet d'un nouvel examen. Par conséquent, Apotex a, de fait, déposé une seule présentation.

[39] The 1996 consent order of this Court by Richard J. (as he then was) dismissed the application for prohibition under the Regulations between the same parties with respect to the same patents and the omeprazole capsules. The consent order contained the following preamble to the order:

**WHEREAS** the 693 and 891 patents disclose and claim pharmaceutical compositions containing omeprazole, and whereas Apotex has undertaken that any omeprazole capsules produced or sold by Apotex until after the expiry of these patents will not be such as to fall within the scope of these patents.

[40] The applicant submits that the Minister failed to properly construe this order in that the Minister should have compared the formulation for the Apotex omeprazole capsules upon which the order was rendered with the revised formulation for which the 2004 NOC was granted.

[41] I conclude that the Minister acted reasonably in not requiring Apotex to file a new allegation with respect to the '693 and '891 patents because these patents were the subject of an application for prohibition which had been dismissed by this Court for the same drug. The fact that the formulation changed is not unusual. The "whereas" clause in the 1996 consent order anticipated that the formulation of the Apotex omeprazole capsules would change, in that Apotex undertook that any omeprazole capsules produced by Apotex "will not be such as to fall within the scope of these patents." This undertaking implied that the formulation may change.

[42] The Minister has no obligation under the Regulations to test or adjudicate the truth of the representations from Apotex. In this case, Apotex has a history of complying with its requirements under the Regulations, in that it filed several allegations for the same medicine with respect to AstraZeneca's many patents.

[43] In my opinion, it is not the duty of the Minister, who administers the Regulations, to look behind the 1996 consent order of the Court, compare the differences in the formulations of the Apotex omeprazole capsules

[39] En 1996, le juge Richard (tel était alors son titre) a rendu une ordonnance sur consentement par laquelle la demande d'interdiction fondée sur le Règlement a été rejetée. Cette demande, qui opposait les mêmes parties, visait les gélules d'oméprazole et les mêmes brevets. Le préambule de cette ordonnance est reproduit ci-dessous:

[TRADUCTION] **ATTENDU QUE** les brevets n<sup>os</sup> 693 et 891 divulguent et revendiquent des compositions pharmaceutiques contenant de l'oméprazole et qu'Apotex s'est engagée à faire en sorte que toute capsule d'oméprazole qu'elle produit ou vend jusqu'à l'expiration de ces brevets ne tombera pas dans le champ d'application de ceux-ci.

[40] La demanderesse soutient que le ministre n'a pas correctement interprété l'ordonnance de 1996 en ce qu'il aurait dû comparer la formulation des gélules d'oméprazole d'Apotex visée par l'ordonnance et la formulation modifiée à l'égard de laquelle l'AC de 2004 a été délivré.

[41] Je conclus que le ministre a agi raisonnablement en s'abstenant d'exiger qu'Apotex dépose une nouvelle allégation concernant les brevets '693 et '891 étant donné qu'ils avaient fait l'objet d'une demande d'interdiction rejetée par la Cour relativement au même médicament. Il n'est pas inhabituel que des modifications soient apportées à une formulation. Cette éventualité était envisagée dans l'attendu de l'ordonnance sur consentement de 1996, Apotex s'étant engagée à faire en sorte que les gélules d'oméprazole qu'elle produit [TRADUCTION] «ne tomb[er] pas dans le champ d'application [de ces brevets]». Cet engagement suppose qu'il était possible que la formulation soit modifiée.

[42] Le ministre n'est pas tenu, sous le régime du Règlement, de vérifier l'exactitude des déclarations d'Apotex ou de statuer sur celles-ci. En l'espèce, Apotex s'est, par le passé, conformée au Règlement en déposant, en ce qui concerne les nombreux brevets d'AstraZeneca, plusieurs allégations pour le même médicament.

[43] Je suis d'avis qu'il ne relève pas du ministre, qui administre le Règlement, de procéder à l'examen de l'ordonnance rendue sur consentement en 1996, d'établir en quoi les formulations des gélules d'oméprazole

at different times, determine whether any differences are material or significant with respect to the patents, and disregard the 1996 order of this Court with respect to the same medicine and the same patents.

[44] The Minister's decision to rely upon the 1996 consent order of the Federal Court with respect to the same parties, with respect to the same patents, and with respect to omeprazole capsules, was reasonable. Moreover, the Minister's decision to rely upon Apotex to comply with its obligation under the Regulations was reasonable, particularly since Apotex had filed several allegations already under the Regulations with respect to the applicant's patents for the same drug.

#### DISPOSITION

[45] For these reasons, this application for judicial review will be dismissed.

#### APPENDIX A

##### Sections 5 and 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*:

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

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug

d'Apotex différaient à diverses étapes du processus, de déterminer s'il s'agit de différences marquées par rapport aux brevets, et d'ignorer l'ordonnance de 1996 concernant le même médicament et les mêmes brevets.

[44] La décision du ministre de s'appuyer sur l'ordonnance relative aux gélules d'oméprazole rendue sur consentement par la Cour fédérale en 1996, concernant les mêmes parties et les mêmes brevets, était raisonnable. De plus, il était raisonnable que le ministre suppose qu'Apotex avait respecté les obligations que le Règlement lui impose, d'autant plus qu'Apotex avait déjà déposé plusieurs allégations sous le régime du Règlement relativement aux brevets de la demanderesse pour le médicament en question.

#### DISPOSITIF

[45] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

#### ANNEXE A

##### Articles 5 et 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*:

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

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication,

for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.2) Where a person referred to in subsection (1.1) has served, in accordance with paragraph (3)(b) or (c), a notice of allegation on a first person in respect of a patent included on the register, the person is not required to serve a notice of allegation in respect of the same submission, the same allegation and the same patent on another first person.

(2) Where, after a second person files a submission for a notice of compliance but before the notice of compliance is issued, a patent list or an amendment to a patent list is submitted in respect of a patent pursuant to subsection 4(4), the second person shall amend the submission to include, in respect of that patent, the statement or allegation that is required by subsection (1) or (1.1), as the case may be.

(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or (1.1)(b) or subsection (2), the person shall

(a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation;

(b) if the allegation is made under any of subparagraphs (1)(b)(i) to (iii) or (1.1)(b)(i) to (iii), serve a notice of the allegation on the first person;

la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.2) Si une personne visée au paragraphe (1.1) a signifié, conformément aux alinéas (3)b) ou c), un avis d'allégation à une première personne à l'égard d'un brevet inscrit au registre, elle n'est tenue de signifier un avis d'allégation à l'égard de la même demande, de la même allégation et du même brevet à aucune autre première personne.

(2) Lorsque, après le dépôt par la seconde personne d'une demande d'avis de conformité mais avant la délivrance de cet avis, une liste de brevets ou une modification apportée à une liste de brevets est soumise à l'égard d'un brevet aux termes du paragraphe 4(4), la seconde personne doit modifier la demande pour y inclure, à l'égard de ce brevet, la déclaration ou l'allégation exigées par les paragraphes (1) ou (1.1), selon le cas.

(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée aux alinéas (1)b) ou (1.1)b) ou au paragraphe (2), elle doit:

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

b) si l'allégation est faite aux termes de l'un des sous-alinéas (1)b)(i) à (iii) ou (1.1)b)(i) à (iii), signifier un avis de l'allégation à la première personne;

(c) if the allegation is made under subparagraph (1)(b)(iv) or (1.1)(b)(iv),

(i) serve on the first person a notice of the allegation relating to the submission filed under subsection (1) or (1.1) at the time that the person files the submission or at any time thereafter, and

(ii) include in the notice of allegation a description of the dosage form, strength and route of administration of the drug in respect of which the submission has been filed; and

(d) serve proof of service of the information referred to in paragraph (b) or (c) on the Minister.

### *Right of Action*

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

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

(3) The first person shall, within the 45 days referred to in subsection (1), serve the Minister with proof that an application referred to in that subsection has been made.

(4) Where the first person is not the owner of each patent that is the subject of an application referred to in subsection (1), the owner of each such patent shall be made a party to the application.

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

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

(6) For the purposes of an application referred to in subsection (1), where a second person has made an allegation under subparagraph 5(1)(b)(iv) or (1.1)(b)(iv) in respect of a patent and where that patent was granted for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their

c) si l'allégation est faite aux termes des sous-alinéas (1)b)(iv) ou (1.1)b)(iv):

(i) signifier à la première personne un avis de l'allégation relative à la demande déposée selon les paragraphes (1) ou (1.1), au moment où elle dépose la demande ou par la suite,

(ii) insérer dans l'avis d'allégation une description de la forme posologique, de la concentration et de la voie d'administration de la drogue visée par la demande;

d) signifier au ministre une preuve de la signification effectuée conformément aux alinéas b) ou c).

### *Droits d'action*

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)b) ou c), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

(3) La première personne signifie au ministre, dans la période de 45 jours visée au paragraphe (1), la preuve que la demande visée à ce paragraphe a été faite.

(4) Lorsque la première personne n'est pas le propriétaire de chaque brevet visé dans la demande mentionnée au paragraphe (1), le propriétaire de chaque brevet est une partie à la demande.

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

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

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

(6) Aux fins de la demande visée au paragraphe (1), lorsque la seconde personne a fait une allégation aux termes des sous-alinéas 5(1)b)(iv) ou (1.1)b)(iv) à l'égard d'un brevet et que ce brevet a été accordé pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes ou procédés de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques



obvious chemical equivalents, it shall be considered that the drug proposed to be produced by the second person is, in the absence of proof to the contrary, prepared or produced by those methods or processes.

(7) On the motion of a first person, the court may, at any time during a proceeding,

(a) order a second person to produce any portion of the submission for a notice of compliance filed by the second person relevant to the disposition of the issues in the proceeding and may order that any change made to the portion during the proceeding be produced by the second person as it is made; and

(b) order the Minister to verify that any portion produced corresponds fully to the information in the submission.

(8) A document produced under subsection (7) shall be treated confidentially.

(9) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), a court may make any order in respect of costs, including on a solicitor-and-client basis, in accordance with the rules of the court.

(10) In addition to any other matter that the court may take into account in making an order as to costs, it may consider the following factors:

(a) the diligence with which the parties have pursued the application;

(b) the inclusion on the certified patent list of a patent that should not have been included under section 4; and

(c) the failure of the first person to keep the patent list up to date in accordance with subsection 4(6),

manifestes, la drogue que la seconde personne projette de produire est, en l'absence d'une preuve contraire, réputée préparée ou produite selon ces modes ou procédés.

(7) Sur requête de la première personne, le tribunal peut, au cours de l'instance:

a) ordonner à la seconde personne de produire les extraits pertinents de la demande d'avis de conformité qu'elle a déposée et lui enjoindre de produire sans délai tout changement apporté à ces extraits au cours de l'instance;

b) enjoindre au ministre de vérifier que les extraits produits correspondent fidèlement aux renseignements figurant dans la demande d'avis de conformité.

(8) Tout document produit aux termes du paragraphe (7) est considéré comme confidentiel.

(9) Le tribunal peut, au cours de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), rendre toute ordonnance relative aux dépens, notamment sur une base avocat-client, conformément à ses règles.

(10) Lorsque le tribunal rend une ordonnance relative aux dépens, il peut tenir compte notamment des facteurs suivants:

a) la diligence des parties à poursuivre la demande;

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;

c) le fait que la première personne n'a pas tenu à jour la liste de brevets conformément au paragraphe 4(6).

A-399-04  
2004 FCA 343

A-399-04  
2004 CAF 343

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

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

v.

c.

**Michael Seifert** (Respondent)

**Michael Seifert** (intimé)

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Sexton JJ.A.—Calgary, September 21; Ottawa, October 14, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Sexton, J.C.A.—Calgary, 21 septembre; Ottawa, 14 octobre 2004.

*Practice — Costs — Federal Court granting motion Minister of Citizenship and Immigration pay respondent's counsel fees for taking commission evidence in Italy in citizenship revocation matter — Judge granting relief under Federal Court Rules, 1998, r. 271(3), holding taking commission evidence extraordinary procedure — Minister's appeal allowed — Words "costs of the examination" in r. 271(3) refer to expenses for retaining commissioner, interpreter, stenographer, travel, hotel, not to legal fees — Nor could costs be awarded herein under r. 400 as no evidence respondent impecunious — Respondent also estopped in view of previous Court order denying costs due to want of evidence of impecuniosity.*

*Pratique — Frais et dépens — La Cour fédérale avait fait droit à une requête déposée par l'intimé, qui voulait que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration paie tous ses frais de justice et débours afférents à la tenue d'une commission rogatoire en Italie portant sur la révocation de sa citoyenneté — Le juge avait accordé le redressement en application de la règle 271(3) des Règles de la Cour fédérale (1998), parce que selon lui l'obtention de preuves par commission rogatoire était une procédure extraordinaire — Appel du ministre accueilli — L'expression «frais de l'interrogatoire», figurant à la règle 271(3), s'entend des frais afférents au commissaire, à l'interprète, au sténographe, aux déplacements, aux chambres d'hôtel, mais non des frais de justice — Des frais ne pouvaient pas non plus être accordés en application de la règle 400 puisqu'il n'était pas établi que l'intimé était impecunieux — L'intimé était également visé par une ordonnance antérieure de la Cour qui lui avait refusé les frais à cause de l'absence de preuve de son manque de ressources.*

*Practice — Evidence — Commission Evidence — Federal Court granting Minister's rr. 271, 272 (Federal Court Rules, 1998) application to take commission evidence in Italy in citizenship revocation matter — Ordering Crown to pay respondent's legal fees re: taking of commission evidence — Concluding such procedure extraordinary — Judge not authorized to make such costs order under Rules, r. 271(3) — Words "costs of the examination", read in entire context, mean expenses for travel, hotels, retaining commissioner, interpreter, stenographer but not counsel fees — Taking of commission evidence not extraordinary, unusual practice.*

*Pratique — Preuve — Commission rogatoire — La Cour fédérale avait fait droit à une demande du ministre présentée selon les règles 271 et 272 des Règles de la Cour fédérale (1998), en vue d'obtenir une commission rogatoire en Italie dans une affaire de révocation de la citoyenneté — Elle avait ordonné à la Couronne de payer les frais de justice de l'intimé se rapportant à la tenue de la commission rogatoire — Selon elle, il s'agissait là d'une procédure extraordinaire — Le juge n'était pas autorisé par la règle 271(3) à adjuger ainsi les dépens — Les mots «frais de l'interrogatoire», lus dans leur contexte global, signifient les frais entraînés par les déplacements, les chambres d'hôtel, les honoraires du commissaire, de l'interprète et du sténographe, mais non les honoraires d'avocat — La prise de dépositions par*

This was an appeal and cross-appeal from the decision of the Federal Court in a citizenship revocation matter, allowing the Minister's application under *Federal Court Rules, 1998*, rules 271 and 272 and ordering the issuance of a commission for the taking of evidence in Italy. Following consideration of the factors set out in subsection 271(2) of the Rules, a judge may order the examination for trial of a person out of court. In making such an order, a judge may, pursuant to subsection 271(3), give directions regarding, *inter alia*, the "costs of the examination". While denying respondent's motion for an order that the Minister pay all of his legal fees and disbursements with respect to both the taking of commission evidence and at trial, the Federal Court Judge did order payment of his reasonable counsel fees and expenses of taking the evidence in Italy. In granting respondent part of the relief sought, the Judge wrote that taking commission evidence outside the country was an extraordinary procedure and in making such order the Court, under subsection 271(3) of the Rules, enjoyed a broad discretion to determine the terms and conditions that should be imposed. The Judge indicated that the presence of respondent's counsel would be helpful to the Court as fact-finder and apparently assumed that unless the costs application were granted, respondent would be unrepresented at the commission. The issue upon this appeal was whether the words "costs of the examination" in subsection 271(3) authorize a judge to order payment of counsel fees at the taking of commission evidence. The Minister's submission was that the words contemplated the extra costs of taking evidence out of court which, in the instant case, would extend to travel, accommodation and the services of interpreters and stenographers but not to counsel fees.

*Held*, the appeal should be allowed with costs and the cross-appeal denied with costs.

Rules 271 and 272 do not pertain to the awarding of costs but to the taking of trial evidence outside the courtroom. The power to award costs between parties is found beginning at rule 400. The words in subsection 271(3)—"costs of the examination" ("*frais de l'interrogatoire*") must be read in their entire context. In providing that a judge, in making an order for the taking of commission evidence, is to give directions "regarding the time, place, manner and costs of the examination", what is meant is that a judge can give directions

*commission rogatoire n'est pas une procédure inusitée ou extraordinaire.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident interjetés d'un jugement rendu par la Cour fédérale dans une affaire de révocation de la citoyenneté, ayant fait droit à une demande du ministre présentée selon les règles 271 et 272 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, et ayant ordonné une commission rogatoire pour la prise de dépositions en Italie. Après examen des facteurs énumérés au paragraphe 271(2) des Règles, le juge peut ordonner l'interrogatoire d'une personne en dehors de la salle d'audience, en vue de l'instruction. Lorsqu'il rend une telle ordonnance, il peut, en application du paragraphe 271(3), donner des directives au sujet, entre autres, des «frais de l'interrogatoire». Le juge de la Cour fédérale a rejeté la requête déposée par l'intimé, qui demandait au ministre de payer tous ses frais de justice et débours afférents la tenue de la commission rogatoire et au procès, mais il a ordonné au ministre de payer ses frais d'avocat et débours raisonnables liés à la tenue de la commission rogatoire en Italie. Accordant à l'intimé une partie du redressement demandé, le juge écrivait que la délivrance d'une commission rogatoire en vue de recueillir une preuve à l'extérieur du pays était une procédure extraordinaire et que, au moment de rendre une telle ordonnance, la Cour avait toute latitude, selon le paragraphe 271(3) des Règles, pour fixer les conditions qui s'imposaient. Selon le juge, la présence de l'avocat de l'intimé allait faciliter son travail d'enquêteur et il semblait croire que, à moins que la demande d'adjudication de dépens ne soit accordée, l'intimé ne serait pas représenté lors de la commission rogatoire. Le point précis soulevé par cet appel était celui de savoir si les mots «frais de l'interrogatoire», au paragraphe 271(3), autorisent un juge à rendre une ordonnance adjugeant les honoraires d'avocat entraînés par une commission rogatoire. Selon le ministre, l'expression s'entendait des frais supplémentaires entraînés par la nécessité de recueillir des dépositions en dehors du tribunal, ce qui, en l'occurrence, engloberait les déplacements, l'hébergement et les services d'interprétation et de sténographie, mais non les honoraires d'avocat.

*Arrêt*: l'appel est accueilli avec dépens, et l'appel incident rejeté avec dépens.

Les règles 271 et 272 ne sont pas des dispositions qui concernent l'adjudication de dépens, mais la prise de dépositions en dehors de la salle d'audience. Le pouvoir d'adjudger des dépens entre parties est conféré d'abord par la règle 400. Les mots qui apparaissent au paragraphe 271(3)—«frais de l'interrogatoire» («*costs of the examination*») — doivent être interprétés dans leur contexte. La disposition selon laquelle un juge doit, lorsqu'il ordonne que soient recueillies des dépositions par commission rogatoire, donner des

relating to the mechanics or practical matters of the examination. These would include, by way of example, retaining a commissioner, stenographers and interpreters, the renting of premises, booking of hotels and the making of travel arrangements. These are matters that have to be dealt with prior to issuance of the commission. Normally, one would expect that the moving party would be directed to advance all of the expenses to be incurred and if that party met with success at the end of the day, to recover them as part of his taxable costs, dealt with under rules 400 and following. The word "costs" cannot be dissociated from the expression "costs of the examination" and this explains why the word "frais" was employed in the French version. The definition of "frais" suggests that it means practical expenses associated with an examination outside of the courtroom. The Court was satisfied by use of "frais" in the French version and the fact that "costs" and "frais" are linked to the words "of the examination" and "de l'interrogatoire" that subsection 271(3) does not allow a judge to award counsel fees.

Respondent further argued that, even if counsel fees could not be awarded under subsection 271(3), they could have been under rule 400. While conceding that rule 400 does permit interim costs orders, the Minister submitted that such an award would not be appropriate herein. The test for an interim costs award has been established by the reasons of LeBel J. in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*. One of the requirements is that the party be impecunious and the Minister suggested that this was not demonstrated, noting that respondent was denied legal aid, his wife owning a house worth \$280,000. The Minister also disagreed with respondent's submission that the taking of commission evidence is an extraordinary and unusual practice. The Judge below having found that there was no evidence to establish that respondent could not afford a lawyer, an interim costs order could not be justified. Also, although not expressly so stated, the order appeared to be a final order concerning the costs related to the taking of commission evidence. It would appear that the Judge thought the taking of commission evidence to be "an extraordinary procedure" and if so, he was mistaken.

Furthermore, respondent was estopped from raising this matter again in view of an earlier order made by Hugessen J. denying a motion by respondent that asked the Crown to pay his costs. That Judge concluded that respondent had failed to

directives «au sujet des date, heure, lieu et frais de l'interrogatoire» veut dire qu'il peut donner des directives se rapportant à la logistique ou aux aspects concrets de l'interrogatoire. Il faudra par exemple engager un commissaire, des sténographes et interprètes, louer des locaux, réserver des chambres d'hôtel et faire les préparatifs de voyage. Il est impératif que ces aspects soient réglés avant la délivrance de la commission rogatoire. En général, la partie requérante devra avancer tous les frais qu'il faudra engager et, si cette partie obtient gain de cause, à la fin des procédures, elle aura le droit de réclamer ces frais en tant que partie de ses dépens taxables, sur lesquels statuera la Cour en application des règles 400 et suivantes. Le mot «frais» ne peut être dissocié de l'expression «frais de l'interrogatoire», ce qui explique pourquoi le mot «frais» a été employé dans la version française. La définition du mot «frais» donne à entendre qu'il s'agit des dépenses pratiques entraînées par la tenue d'un interrogatoire en dehors de la salle d'audience. L'emploi du mot «frais» dans la version française, et le fait que les mots «costs» et «frais» soient rattachés aux mots «de l'interrogatoire» et «of the examination», ont convaincu la Cour que le paragraphe 271(3) n'autorise pas un juge à adjuger des honoraires d'avocat.

L'intimé a aussi fait valoir que, même si les honoraires d'avocat ne pouvaient pas être adjugés selon le paragraphe 271(3), ils auraient pu l'être selon la règle 400. Tout en reconnaissant que l'article 400 autorise le paiement d'une provision pour frais, le ministre a soutenu qu'une telle mesure n'était pas justifiée dans cette affaire. Le critère que la Cour doit appliquer pour ordonner le paiement d'une provision a été exposé par le juge LeBel dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*. L'une des conditions est que la partie qui demande la provision soit impecunieuse, et, selon le ministre, cela n'a pas été démontré, faisant observer que l'aide juridique avait été refusée à l'intimé parce que son épouse était propriétaire d'une maison évaluée à 280 000 \$. Le ministre a aussi exprimé son désaccord avec l'argument de l'intimé selon lequel la prise de dépositions par commission rogatoire constitue une pratique extraordinaire et inusitée. Le juge de première instance étant arrivé à la conclusion qu'il n'existait aucune preuve que l'intimé ne pouvait s'offrir les services d'un avocat, une ordonnance de paiement d'une provision pour frais ne pouvait donc être justifiée. D'ailleurs, bien qu'elle ne le dise pas expressément, l'ordonnance rendue semblait être une ordonnance finale concernant les frais nécessités par la commission rogatoire. Il semblerait que le juge était d'avis que la prise de dépositions par commission rogatoire constituait «une procédure extraordinaire» et, si tel est le cas, il s'est fourvoyé.

Par ailleurs, l'intimé était empêché de soulever ce point de nouveau, compte tenu d'une ordonnance antérieure rendue par le juge Hugessen, laquelle rejetait une requête de l'intimé, qui voulait que la Couronne paie ses frais. Selon le juge Hugessen,

discharge the burden of impecuniosity. Respondent brought no new evidence which would impeach the original result so that relitigation would enhance the integrity of the judicial system, as discussed by Arbour J. in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*. For the same reasons, respondent's cross-appeal could not succeed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 271, 272, 400.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371; (2003), 233 D.L.R. (4th) 577; [2004] 2 W.W.R. 252; 21 B.C.L.R. (4th) 209; 289 B.C.A.C. 161; [2004] 1 C.N.L.R. 7; 43 C.P.C. (5th) 1; 114 C.R.R. (2d) 108; 2003 SCC 71; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 SCC 63.

#### AUTHORS CITED

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1983, «frais».

APPEAL and CROSS-APPEAL from decision of a Federal Court Judge (2004 FC 1010; [2004] F.C.J. No. 1243 (QL)) in a citizenship revocation matter, ordering the Minister to pay respondent's counsel fees with respect to the taking of Commission evidence in Italy but refusing to order the Minister to pay respondent's legal fees at trial. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

#### APPEARANCES:

*Barney W. Brucker* for appellant.  
*Douglas H. Christie* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Douglas H. Christie*, Victoria, for respondent.

l'intimé n'avait pas prouvé qu'il était impécunieux. L'intimé n'avait produit aucune preuve nouvelle susceptible d'entraîner l'annulation du résultat initial de telle sorte qu'une remise en cause serve l'intégrité du système judiciaire. Cette notion était expliquée par la juge Arbour dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*. Pour les mêmes motifs, il était impossible de faire droit à l'appel incident de l'intimé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 271, 272, 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371; (2003), 233 D.L.R. (4th) 577; [2004] 2 W.W.R. 252; 21 B.C.L.R. (4th) 209; 289 B.C.A.C. 161; [2004] 1 C.N.L.R. 7; 43 C.P.C. (5th) 1; 114 C.R.R. (2d) 108; 2003 CSC 71; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77; (2003), 232 D.L.R. (4th) 385; 17 C.R. (6th) 276; 311 N.R. 201; 179 O.A.C. 291; 2003 CSC 63.

#### DOCTRINE CITÉE

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1983, «frais».

APPEL et APPEL INCIDENT d'un jugement de la Cour fédérale (2004 CF 1010; [2004] A.C.F. n° 1243 (QL)) dans une affaire de révocation de la citoyenneté, qui ordonnait au ministre de payer les honoraires d'avocat de l'intimé afférents à la prise de dépositions par commission rogatoire en Italie, mais qui refusait d'ordonner au ministre de payer les frais de justice de l'intimé pour le procès. Appel accueilli; appel incident rejeté.

#### ONT COMPARU:

*Barney W. Brucker* pour l'appellant.  
*Douglas H. Christie* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Douglas H. Christie*, Victoria, pour l'intimé.

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

[1] NADON J.A.: Before us are an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) and a cross-appeal by the respondent from a decision rendered on July 20, 2004 by O'Reilly J. of the Federal Court [2004] FC 1010; [2004] F.C.J. No. 1243 (QL)].

[2] These proceedings arise by reason of the Minister's decision to seek, pursuant to section 18 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, revocation of the respondent's citizenship on the grounds that he made false statements to Canadian authorities concerning his national origin and his activities during the Second World War.

[3] On July 20, 2004, O'Reilly J., who was designated on March 3, 2004 as the Trial Judge for these proceedings, allowed an application by the Minister under rules 271 and 272 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], and ordered the issuance of a commission for the taking of the evidence of 12 witnesses in Italy.

[4] The Minister's application, which led to the above-noted order, was heard on July 8, 2004, at the same time as a motion brought on by the respondent for an order compelling the Minister to pay all of his legal fees and disbursements in connection with the taking of commission evidence in Italy and the forthcoming trial.

[5] Although he refused to order the Minister to pay the respondent's trial legal fees, the Judge ordered the payment of his reasonable counsel fees and expenses in so far as they pertained to the taking of the commission evidence in Italy.

[6] The Minister's appeal is directed at that part of the Judge's order which obliges him to pay counsel fees incurred in connection with the commission evidence. As to the respondent's cross-appeal, it challenges the Judge's refusal to order the Minister to pay his counsel fees for the trial.

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

[1] LEJUGENADON, J.C.A.: Nous sommes saisis d'un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et d'un appel incident interjeté par l'intimé, à l'encontre d'une décision rendue le 20 juillet 2004 par le juge O'Reilly, de la Cour fédérale [2004 CF 1010; [2004] A.C.F. n° 1243 (QL)].

[2] Cette instance a pour origine la décision du ministre de demander, conformément à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, la révocation de la citoyenneté de l'intimé au motif qu'il avait fait de fausses déclarations aux autorités canadiennes à propos de son origine nationale et de ses activités durant la Deuxième Guerre mondiale.

[3] Le 20 juillet 2004, le juge O'Reilly, qui le 3 mars 2004 avait été désigné juge de première instance dans la présente affaire, faisait droit à une demande du ministre présentée selon les règles 271 et 272 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] et ordonnait une commission rogatoire pour que soient recueillies les dépositions de 12 témoins en Italie.

[4] La demande du ministre, qui a conduit à l'ordonnance susmentionnée, avait été instruite le 8 juillet 2004, en même temps qu'une requête déposée par l'intimé pour que soit rendue une ordonnance forçant le ministre à payer tous ses frais de justice et débours afférents à la tenue de la commission rogatoire en Italie et au procès à venir.

[5] Le juge O'Reilly a refusé d'ordonner au ministre de payer les frais de justice de l'intimé pour le procès, mais il lui a ordonné de payer ses frais de justice et débours raisonnables liés à la tenue de la commission rogatoire en Italie.

[6] L'appel du ministre porte sur la partie de l'ordonnance du juge qui l'oblige à payer les honoraires d'avocat afférents à la commission rogatoire. Quant à l'intimé, son appel incident conteste le refus du juge d'ordonner au ministre de payer ses honoraires d'avocat afférents au procès.

[7] I begin with the Minister's appeal. It is clear from the Judge's order that it was made on the basis of rules 271 and 272. At paragraph 10 of his reasons, O'Reilly J. sets forth his reasons for making the order sought by the respondent:

However, I will grant Mr. Seifert partial relief. Taking commission evidence outside the country is an extraordinary procedure. The Court, in its discretion, grants such orders only in special circumstances and where the proper administration of justice requires it. It has a broad discretion to decide the terms and conditions under which commission evidence may be taken and, in particular, may give directions regarding "the time, place, manner and costs" of the procedure (subsection 271(3) of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106). I also consider the taking of commission evidence to be a particularly significant part of these proceedings, for which it is necessary that Mr. Seifert be represented by counsel who is prepared and in a position to conduct proper cross-examination. My role as fact-finder will be assisted by able counsel on both sides.

[8] As appears from the above passage, the Judge was of the view that taking commission evidence outside of Canada was an extraordinary matter and that subsection 271(3) of the Rules gave him broad discretion to make an order as to costs. The Judge then states that the presence of Mr. Christie, counsel for the respondent, would greatly assist his role as fact-finder in these proceedings. The Judge's statement appears to assume that without his order, Mr. Seifert would not be represented by counsel at the commission.

[9] The specific issue on this appeal is whether the words "costs of the examination" found in subsection 271(3) of the Rules allow a judge to make an order of counsel fees on the taking of commission evidence.

[10] The Minister submits that the words "costs of the examination" found in subsection 271(3) mean the extra costs of taking evidence out of court and in this case, taking evidence in Italy, such as accommodation, foreign assistance, travel costs, services of interpreters and stenographers, etc., rather than costs going to counsel

[7] Je commencerai par l'appel du ministre. Il ressort clairement de l'ordonnance du juge qu'elle a été rendue en application des règles 271 et 272. Au paragraphe 10 de ses motifs, le juge O'Reilly explique pourquoi il rend l'ordonnance sollicitée par l'intimé:

Toutefois, j'accueillerai en partie la demande de M. Seifert. La délivrance d'une commission rogatoire en vue de recueillir une preuve à l'extérieur du pays est une procédure extraordinaire. La Cour rend ces ordonnances dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire uniquement lorsque les circonstances sont spéciales et que l'administration de la justice l'exige. Elle possède un large pouvoir discrétionnaire lui permettant de fixer les conditions dans lesquelles la preuve peut être recueillie et peut, notamment, donner des directives au sujet «des date, heure, lieu et frais» de la procédure (paragraphe 271(3) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106). J'estime également qu'il s'agit d'une procédure particulièrement importante en l'espèce au cours de laquelle M. Seifert devra être représenté par un avocat qui est disposé à contre-interroger à fond les témoins et est en mesure de le faire. Mon rôle comme arbitre des faits sera facilité par le recours à des avocats compétents de part et d'autre.

[8] Ainsi qu'il appert du passage susmentionné, le juge était d'avis que la prise de dépositions à l'extérieur du Canada était une procédure extraordinaire et que le paragraphe 271(3) des Règles lui donnait toute latitude pour rendre une ordonnance adjugeant les frais. Le juge dit ensuite que la présence de M<sup>e</sup> Christie, avocat de l'intimé, faciliterait grandement son travail d'enquêteur dans cette instance. Les propos du juge semblent poser pour hypothèse que, sans son ordonnance, M. Seifert ne serait pas représenté par un avocat lors de la commission rogatoire.

[9] Le point précis soulevé par le présent appel est celui de savoir si les mots «frais de l'interrogatoire», au paragraphe 271(3) des Règles, autorisent un juge à rendre une ordonnance adjugeant les honoraires d'avocat entraînés par une commission rogatoire.

[10] Selon le ministre, l'expression «frais de l'interrogatoire», au paragraphe 271(3), s'entend des frais supplémentaires entraînés par la nécessité de recueillir des dépositions en dehors du tribunal, et en l'occurrence la nécessité d'aller les recueillir en Italie. Il s'agit des frais se rapportant à l'hébergement, à

fees. In the Minister's view, costs in the context of subsection 271(3) mean "expenses" and do not include counsel fees.

[11] In my view, the position taken by the Minister is well-founded. I am satisfied that the words "costs of the examination" found in subsection 271(3) cannot be read so as to include counsel fees. I reach this conclusion for the following reasons.

[12] I start with the proposition that rules 271 and 272 are not rules pertaining to the awarding of costs between parties. These rules, as is obvious from a plain reading of their texts, are concerned with the taking of trial evidence outside of the courtroom. Rule 272 deals specifically with evidence to be taken outside of Canada, and provides for the issuance by the Court of a commission under the seal of the Court. Rules 271 and 272 read as follows:

**271. (1)** On motion, the Court may order the examination for trial of a person out of court.

(2) In making an order under subsection (1), the Court may consider

- (a) the expected absence of the person at the time of trial;
- (b) the age or any infirmity of the person;
- (c) the distance the person resides from the place of trial; and
- (d) the expense of having the person attend the trial.

(3) In an order under subsection (1), or on the subsequent motion of a party, the Court may give directions regarding the time, place, manner and costs of the examination, notice to be given to the person being examined and to other parties, the attendance of witnesses and the production of requested documents or material.

(4) On motion, the Court may order the further examination, before the Court or before a person designated by

l'assistance étrangère, aux déplacements, aux services d'interprétation et de sténographie, etc., plutôt que des honoraires d'avocat proprement dits. De l'avis du ministre, les frais dont parle le paragraphe 271(3) sont des «dépenses» et ne comprennent pas les honoraires d'avocat.

[11] À mon avis, la position prise par le ministre est fondée. Je suis convaincu que l'expression «frais de l'interrogatoire», au paragraphe 271(3), ne peut être interprétée d'une manière qui englobe les honoraires d'avocat. J'arrive à cette conclusion pour les motifs suivants.

[12] Je commencerai par dire que les règles 271 et 272 ne sont pas des dispositions qui concernent l'adjudication de dépens entre parties. Une simple lecture de ces dispositions montre qu'elles concernent les dépositions qui devront être recueillies en dehors de la salle d'audience. La règle 272 traite expressément des dépositions à recueillir à l'extérieur du Canada et autorise la Cour à ordonner une commission rogatoire sous son sceau. Voici le texte des règles 271 et 272:

**271. (1)** La Cour peut, sur requête, ordonner qu'une personne soit interrogée hors cour en vue de l'instruction.

(2) La Cour peut tenir compte des facteurs suivant lorsqu'elle rend l'ordonnance visée au paragraphe (1):

- a) l'absence prévue de la personne au moment de l'instruction;
- b) l'âge ou l'infirmité de la personne;
- c) la distance qui sépare la résidence de la personne du lieu de l'instruction;
- d) les frais qu'occasionnerait la présence de celle-ci à l'instruction.

(3) Dans l'ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) ou sur requête subséquente d'une partie, la Cour peut donner des directives au sujet des date, heure, lieu et frais de l'interrogatoire, de la façon de procéder, de l'avis à donner à la personne à interroger et aux autres parties, de la comparution des témoins et de la production des documents ou éléments matériels demandés.

(4) La Cour peut, sur requête, ordonner qu'un témoin interrogé en application du paragraphe (1) subisse un



the Court, of any witness examined under subsection (1), and if such an examination is not conducted, the Court may refuse to admit the evidence of that witness.

272. (1) Where an examination under subsection 271 is to be made outside Canada, the Court may order the issuance of a commission under the seal of the Court, letters rogatory, a letter of request or any other document necessary for the examination in Form 272A, 272B or 272C, as the case may be.

(2) A person authorized under subsection (1) to take the examination of a witness in a jurisdiction outside Canada shall, unless the parties agree otherwise or the Court orders otherwise, take the examination in a manner that is binding on the witness under the law of that jurisdiction. [Emphasis added.]

[13] Following consideration of the factors set out in subsection 271(2), a judge may order the examination for trial of a person out of court. In making such an order, a judge may, pursuant to subsection 271(3), give directions regarding, *inter alia*, the “costs of the examination”.

[14] The power to award costs generally between parties is found in rules 400 and following, entitled “Awarding of Costs Between Parties” and, in the French version, “*Adjudication des dépens entre parties*”. Subsection 400(1) provides that the Court is to have full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid. Subsection 400(3) enumerates those factors which a judge may consider in making an award of costs. Finally, subsection 400(6) entitles the Court to make an award of costs appropriate in the circumstances of the case.

[15] In the French version of rules 400 and following, the word “*dépens*” is the equivalent of the word “costs” found in the English version. “Costs” and “*dépens*”, in the context of rules 400 and following, clearly include counsel fees. However, the French version of subsection 271(3) does not use the word “*dépens*”, but rather the word “*frais*”. The English version, as I have already indicated, uses the word “costs”.

[16] The relevant words which appear in subsection 271(3) are “costs of the examination” and “*frais de*

interrogatoire supplémentaire devant elle ou la personne qu’elle désigne à cette fin, si l’interrogatoire n’a pas lieu, la Cour peut refuser d’admettre la déposition de ce témoin.

272. (1) Lorsque l’interrogatoire visé à la règle 271 doit se faire à l’étranger, la Cour peut ordonner à cette fin, selon les formules 272A, 272B ou 272C, la délivrance d’une commission rogatoire sous son sceau, de lettres rogatoires, d’une lettre de demande ou de tout autre document nécessaire.

(2) À moins que les parties n’en conviennent autrement ou que la Cour n’en ordonne autrement, la personne autorisée en vertu du paragraphe (1) à interroger un témoin dans un pays autre que le Canada procède à cet interrogatoire d’une manière qui lie le témoin selon le droit de ce pays. [Le souligné est le mien.]

[13] Après examen des facteurs énumérés au paragraphe 271(2), le juge peut ordonner l’interrogatoire d’une personne lors du tribunal. Ce faisant, le juge peut, en application du paragraphe 271(3), donner des directives au sujet, entre autres, des «frais de l’interrogatoire».

[14] Le pouvoir général d’adjuger des dépens entre parties est conféré par les règles 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25] et suivantes, dont le titre est «Adjudication des dépens entre parties» et, dans la version anglaise, «*Awarding of Costs Between Parties*». Le paragraphe 400(1) dit que la Cour peut comme elle l’entend déterminer le montant des dépens, les répartir et désigner les personnes qui devront les payer. Le paragraphe 400(3) énumère les facteurs dont un juge peut tenir compte pour adjuger des dépens. Finalement, le paragraphe 400(6) habilite la Cour à adjuger les dépens en fonction des circonstances de l’affaire considérée.

[15] Dans la version française des règles 400 et suivantes, le mot «dépens» est l’équivalent du mot «costs» dans la version anglaise. Les mots «costs» et «dépens», dans les règles 400 et suivantes, englobent manifestement les honoraires d’avocat. Cependant, la version française du paragraphe 271(3) n’emploie pas le mot «dépens», mais plutôt le mot «frais». Comme je l’ai déjà dit, la version anglaise emploie le mot «costs».

[16] Les expressions qui apparaissent au paragraphe 271(3) sont «*costs of the examination*» en anglais et

*l'interrogatoire*". These words, in my view, must be read in their entire context. Specifically, subsection 271(3) provides that a judge, in making an order for the taking of commission evidence, is to give directions "regarding the time, place, manner and costs of the examination". This can only mean, in my view, that a judge may give directions pertaining to the mechanics of the taking of that examination, i.e. practical matters that arise by reason of the taking of evidence outside of the courtroom and, in the case of subsection 272, outside of Canada. It is obvious that arrangements must be made which are going to require the outlay of monies and that these matters must be dealt with in advance. For example, a commissioner, where the designated commissioner is not the judge hearing the trial, will have to be retained, stenographers and interpreters may have to be retained, premises might have to be rented, hotels will have to be booked for the participants and travel arrangements will have to be made.

[17] Consequently, it is imperative that these matters be dealt with prior to the issuance of the commission. That is why the rule allows a judge to give directions regarding the time, the place, the manner and the costs of the examination. In most instances, unless the parties agree otherwise, one would expect the Court to direct that the moving party advance all of the expenses which will have to be incurred in the taking of the evidence outside of the country. Needless to say, unless the parties agree otherwise, the party advancing the funds for the aforesaid expenses will be entitled, at the end of the day, if successful, to claim these expenses as part of its taxable costs, which will be dealt with by the Court pursuant to rules 400 and following.

[18] I should point out that the Minister does not challenge that part of the Judge's order which provides that he is to pay for the reasonable travelling and hotel expenses of counsel for the respondent.

[19] Consequently, in my view, the wording of subsection 271(3) militates against an interpretation of the word "costs" which would include counsel fees. The

«frais de l'interrogatoire» en français. Ces expressions doivent à mon avis être interprétées dans leur contexte. Plus précisément, le paragraphe 271(3) dit qu'un juge doit, lorsqu'il ordonne que soient recueillies des dépositions par commission rogatoire, donner des directives «au sujet des date, heure, lieu et frais de l'interrogatoire». Cela ne peut vouloir dire à mon avis qu'une chose: le juge peut donner des directives se rapportant à la logistique de l'interrogatoire, c'est-à-dire aux aspects concrets entraînés par la nécessité de recueillir des dépositions en dehors de la salle d'audience et, dans le cas de la règle 272, en dehors du Canada. Il est évident que des dispositions devront être prises, qui vont entraîner des frais, et que ces aspects devront être réglés au préalable. Par exemple, un commissaire, si le commissaire désigné n'est pas le juge qui instruit le procès, devra être engagé, des sténographes et interprètes pourraient devoir aussi être engagés, des locaux pourraient devoir être loués, des chambres d'hôtel devront être réservées pour les participants, et des préparatifs de voyage devront être faits.

[17] Il est donc impératif que ces aspects soient réglés avant la délivrance de la commission rogatoire. C'est la raison pour laquelle la règle 271 autorise un juge à donner des directives concernant la date, le lieu, la manière et les frais de l'interrogatoire. Dans la plupart des cas, sauf si les parties ne s'entendent autrement, c'est la Cour elle-même qui ordonnera à la partie requérante d'avancer tous les frais qu'il faudra engager pour recueillir les dépositions à l'extérieur du pays. Inutile de le dire, et sauf entente contraire des parties, la partie qui avancera les fonds pour les frais susmentionnés aura le droit, à la fin des procédures, et si elle obtient gain de cause, de réclamer ces frais en tant que partie de ses dépens taxables, sur lesquels statuera la Cour en application des règles 400 et suivantes.

[18] Je dois signaler que le ministre ne conteste pas la partie de l'ordonnance du juge qui prévoit qu'il devra payer les frais raisonnables de déplacement et d'hébergement de l'avocat de l'intimé.

[19] Par conséquent, à mon avis, le texte du paragraphe 271(3) des Règles milite contre une interprétation du mot «frais» qui engloberait les

word “costs” cannot be dissociated from the expression “costs of the examination” which, in my view, explains why the word “frais” was used in the French version (“*les frais de l’interrogatoire*”). The word “frais” is defined as follows in the *Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* 1983:

*1. Dépenses occasionnées par une opération quelconque v. coût, débours, dépense. Frais de déplacement, d’habillement, Faire beaucoup de frais, de grands frais pour réparer une maison. . . . 5. Dépenses occasionnées par l’accomplissement d’un acte juridique ou d’une formalité prescrite par la loi. Frais d’enregistrement, frais de vente, frais de jugement.*

In the French version, the meaning of “frais” is clearly in the nature of practical expenses associated with an examination outside of the courtroom.

[20] The use of the word “frais” in the French version of subsection 271(3) and the fact that the words “costs” and “frais” are linked to the words “of the examination” and “*de l’interrogatoire*” satisfy me that subsection 271(3) does not allow a judge to make an award of counsel fees. Further, the fact that the word “*dépens*” used in rules 400 and following does not appear in the French version of subsection 271(3) supports the interpretation of subsection 271(3) which I propose.

[21] I am therefore of the view that the words “costs of the examination” and “*frais de l’interrogatoire*” signify the expenses arising from the taking of commission evidence. The rule does not, in my view, purport to give the power to a judge to make an award of counsel fees. The rule simply allows the Court to deal with those practical matters which arise from the fact that the trial evidence will not be taken in the courtroom.

[22] I therefore conclude that the learned Judge could not make the order he made pursuant to subsection 271(3).

[23] The respondent argues that if O’Reilly J. erred in ordering the Minister to pay his counsel fees in connection with the taking of commission evidence on the basis of subsection 271(3), he nonetheless could have

honoraires d’avocat. Le mot «frais» ne peut être dissocié de l’expression «frais de l’interrogatoire», ce qui à mon avis explique pourquoi le mot «frais» a été employé dans la version française («les frais de l’interrogatoire»). Le mot «frais» est défini ainsi dans le *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* 1983:

*1. Dépenses occasionnées par une opération quelconque. v. coût, débours, dépense. Frais de déplacement, d’habillement, Faire beaucoup de frais, de grands frais pour réparer une maison. [. . .] 5. Dépenses occasionnées par l’accomplissement d’un acte juridique ou d’une formalité prescrite par la loi. Frais d’enregistrement, frais de vente, frais de jugement.*

Dans la version française, le sens du mot «frais» participe manifestement des dépenses pratiques entraînées par la tenue d’un interrogatoire en dehors de la salle d’audience.

[20] L’emploi du mot «frais» dans la version française du paragraphe 271(3), et le fait que les mots «costs» et «frais» soient rattachés aux mots «de l’interrogatoire» et «*of the examination*», me convainquent que le paragraphe 271(3) n’autorise pas un juge à adjuger des honoraires d’avocat. Au reste, le mot «dépens», employé dans les règles 400 et suivantes, n’apparaît pas dans la version française du paragraphe 271(3), et cela confirme l’interprétation que je propose du paragraphe 271(3).

[21] Je suis donc d’avis que les expressions «*costs of the examination*» et «frais de l’interrogatoire» s’entendent des frais entraînés par la tenue de la commission rogatoire. Selon moi, la règle 271 ne dit pas que le juge est habilité à rendre une ordonnance adjugeant des honoraires d’avocat. Elle permet simplement à la Cour de régler les questions pratiques entraînées par le fait que les dépositions requises au procès ne seront pas recueillies dans la salle d’audience.

[22] J’arrive donc à la conclusion que le juge O’Reilly ne pouvait pas, selon le paragraphe 271(3) des Règles, rendre l’ordonnance qu’il a rendue.

[23] L’intimé soutient que, si le juge O’Reilly a commis une erreur lorsqu’il a ordonné au ministre, en vertu du paragraphe 271(3), de payer les honoraires de son avocat afférents à la commission rogatoire, il pouvait

made the order under rule 400. He submits that the taking of commission evidence abroad is “an extraordinary remedy” and “unique and unusual”, which justifies an interim award for counsel costs appropriate in the circumstances.

[24] In reply, the Minister points out the traditional purpose of costs is to compensate a successful party at the conclusion of litigation. Although conceding that rule 400 allows the Court to make interim costs orders, including counsel fees, the Minister submits that such an award is not justified in the present matter. The power to make such an order is found at paragraph 400(6)(a) of the Rules, which provides as follows:

400. . . .

(6) Notwithstanding any other provision of these Rules, the Court may

(a) award or refuse costs in respect of a particular issue or step in a proceeding;

[25] The test to be applied for the making of an award of interim costs was set out by the Supreme Court of Canada in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371. In that case, LeBel J. sets forth the requirements which must be met to justify an award of interim costs. With regard to interim costs awards generally, LeBel J. writes [at paragraph 36]:

There are several conditions that the case law identifies as relevant to the exercise of this power, all of which must be present for an interim costs order to be granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case. The claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit. And there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate.

In cases of public interest litigation, Le Bel J. sets out slightly more specific criteria [at paragraph 40]:

néanmoins rendre l'ordonnance en s'autorisant de la règle 400. Selon lui, le fait de recueillir des dépositions à l'étranger par commission rogatoire est «un recours extraordinaire», un recours «exceptionnel et inusité», qui justifie une adjudication provisoire des honoraires d'avocat selon ce que requièrent les circonstances.

[24] Dans sa réponse, le ministre souligne que l'objet traditionnel des dépens est d'indemniser, à l'issue du litige, la partie qui obtient gain de cause. Tout en reconnaissant que la règle 400 autorise la Cour à ordonner le paiement d'une provision pour frais, y compris pour honoraires d'avocat, le ministre dit qu'une telle mesure n'est pas justifiée dans la présente affaire. Le pouvoir de rendre une telle ordonnance se trouve dans l'alinéa 400(6)a), ainsi formulé:

400. [. . .]

(6) Malgré toute autre disposition des présentes règles, la Cour peut:

a) adjuger ou refuser d'adjuger les dépens à l'égard d'une question litigieuse ou d'une procédure particulières;

[25] Le critère que la Cour doit appliquer pour ordonner le paiement d'une provision a été exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371. Le juge LeBel y énonce les conditions qui doivent être remplies avant que ne puisse être accordée une provision pour frais. S'agissant des ordonnances de cette nature, le juge LeBel s'exprimait ainsi [au paragraphe 36]:

La jurisprudence pose plusieurs conditions à l'exercice de ce pouvoir, toutes devant être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs.

Pour les litiges faisant intervenir l'intérêt public, le juge LeBel énonce des critères un peu plus précis [au paragraphe 40]:

- |  |  |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial—in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.</li> <li>2. The claim to be adjudicated is <i>prima facie</i> meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.</li> <li>3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal—bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.</li> <li>2. La demande vaut <i>prima facie</i> d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.</li> <li>3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.</li> </ol> |
|--|--|

If these requirements are met, then an award of interim costs may be made. LeBel J. puts it as follows at paragraph 41 of his reasons:

These are necessary conditions that must be met for an award of interim costs to be available in cases of this type. The fact that they are met in a particular case is not necessarily sufficient to establish that such an award should be made; that determination is in the discretion of the court. If all three conditions are established, courts have a narrow jurisdiction to order that the impecunious party's costs be paid prospectively. Such orders should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards. When making these decisions courts must also be mindful of the position of defendants. The award of interim costs must not impose an unfair burden on them. In the context of public interest litigation judges must be particularly sensitive to the position of private litigants who may, in some ways, be caught in the crossfire of disputes which, essentially, involve the relationship between the claimants and certain public authorities, or the effect of laws of general application. Within these parameters, it is a matter of the trial court's discretion to determine whether the case is such that the interests of justice would be best served by making the order. [Emphasis added.]

[26] In addressing the public interest litigation criteria, the Minister submits that the respondent has not met the first and third requirements. Regarding financial means,

Si ces conditions sont remplies, alors une ordonnance de paiement d'une provision pour frais pourra être rendue. Le juge LeBel s'en explique ainsi, au paragraphe 41 de ses motifs:

Ce sont là les conditions à remplir pour avoir recours aux provisions pour frais dans ce type de causes. Le fait qu'elles soient remplies dans une espèce donnée n'établit pas automatiquement la nécessité d'une telle ordonnance; cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Si les trois conditions sont remplies, les tribunaux disposent d'une compétence limitée pour ordonner que les dépenses de la partie sans ressources suffisantes soient payées préalablement. De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens. Lorsqu'ils rendent ces décisions, les tribunaux doivent également tenir compte de la position des défendeurs. Il ne faut pas que l'octroi de provisions pour frais leur impose un fardeau inéquitable. Dans le contexte des poursuites d'intérêt public, les juges doivent prêter une attention toute particulière à la position des justiciables privés qui, d'une certaine manière, peuvent faire les frais de litiges qui mettent essentiellement en cause la relation entre les demandeurs et certaines autorités publiques ou l'effet de lois d'application générale. À l'intérieur de ces paramètres, il appartient au tribunal de première instance de décider si l'affaire est telle qu'il est dans l'intérêt de la justice que l'ordonnance soit rendue. [Non souligné dans l'original.]

[26] S'exprimant sur les critères applicables aux litiges d'intérêt public, le ministre dit que l'intimé n'a pas rempli la première et la troisième conditions. S'agissant

the Minister submits that the respondent has not demonstrated that he is impecunious, since he was denied legal aid and his wife owns a mortgage-free home valued in excess of \$280,000. The Minister points to the reasons for order of O'Reilly J., where, at paragraph 9, the Judge concludes that "I have no evidence that Mr. Seifert cannot afford to be represented in these proceedings". Regarding the third requirement, the Minister submits that the conduct of a reference hearing, i.e. taking commission evidence, is far from exceptional and is a fact-finding exercise which concerns the individual litigant and does not raise issues of public importance.

[27] In response, the respondent states that he faces criminal-like charges in this civil proceeding, without the protections afforded to accused persons. He asserts that the case does present unique issues, and that it is of public importance.

[28] In my view, on either the general or the public interest litigation criteria, there was no basis for making an award of interim costs under subsection 400(6). On the Judge's own finding that "I have no evidence that Mr. Seifert cannot afford to be represented in these proceedings, which are estimated to last a maximum of 8 weeks (including the 10 days in Italy)", I cannot see how one could justify an order of interim costs. I would also point out that the Judge did not make such an order in the present matter. Rather, he appears to have made a final order concerning the costs relating to the taking of commission evidence. His order, although it does not so expressly state, appears to be a final order, i.e. an award of costs in any event of the cause.

[29] I would also add that I find it difficult to understand the Judge's rationale in allowing counsel fees to the respondent with respect to the taking of

des moyens financiers, le ministre dit que l'intimé n'a pas prouvé qu'il est impécunieux, étant donné que l'aide juridique lui a été refusée et que son épouse est propriétaire d'une maison non grevée d'hypothèque et évaluée à plus de 280 000 \$. Le ministre se réfère aux motifs d'ordonnance du juge O'Reilly, où, au paragraphe 9, le juge arrive à la conclusion suivante: «je n'ai aucune preuve du fait que M. Seifert ne peut s'offrir les services d'un représentant au cours des procédures». S'agissant de la troisième condition, le ministre dit que la tenue d'une audience de renvoi, c'est-à-dire la prise de dépositions par commission rogatoire, n'est nullement exceptionnelle et constitue un exercice d'enquête qui concerne le plaideur lui-même et qui ne soulève pas de questions d'intérêt public.

[27] L'intimé répond en affirmant qu'il est exposé à des accusations de nature criminelle dans cette instance civile, sans bénéficier des protections accordées aux prévenus. Selon lui, l'affaire suscite bel et bien des questions exceptionnelles et elle revêt une importance pour le public.

[28] À mon avis, qu'il s'agisse des critères applicables aux litiges en général ou de ceux applicables aux litiges d'intérêt public, rien ne donnait lieu ici à une ordonnance de paiement d'une provision pour frais selon le paragraphe 400(6). Le juge lui-même est arrivé à la conclusion qu'il n'avait «aucune preuve du fait que M. Seifert ne peut s'offrir les services d'un représentant au cours des procédures, qui devraient durer huit semaines tout au plus (y compris les dix jours en Italie)», et je ne puis donc voir comment pourrait être justifiée une ordonnance de paiement d'une provision pour frais. Je ferais aussi observer que le juge n'a pas rendu une telle ordonnance ici. Il semble plutôt avoir rendu une ordonnance finale concernant les frais nécessités par la commission rogatoire. Même si elle ne le dit pas expressément, son ordonnance semble être une ordonnance finale, c'est-à-dire une ordonnance d'adjudication de dépens quelle que soit l'issue de la cause.

[29] J'ajouterais qu'il m'est difficile de comprendre le raisonnement du juge lorsqu'il fait droit au paiement des honoraires d'avocat de l'intimé pour la prise des

commission evidence, but not in regard to the trial. His decision appears to be based on his view that the taking of commission evidence constituted “an extraordinary procedure”. In my view, there is nothing extraordinary in this procedure, which exists simply to allow a party to take evidence outside of the courtroom, when such an order is justified. Whether the witnesses are examined in court or somewhere else does not, in my respectful view, render the taking of that evidence “extraordinary”.

[30] One last point. The Minister submits that by reason of the order rendered by Hugessen J. on March 5, 2003, the respondent was estopped from seeking an order of state funding. Hugessen J.’s order of March 5, 2003, is brief and I hereby reproduce it:

1. The defendant moves, purportedly pursuant to Subsection 220, for an order obliging the plaintiff or the Crown to make provision for the anticipated costs of his defence to these citizenship revocation proceedings and, pending such provision, for a stay.
2. Disregarding the fact that Rule 220 is manifestly inapplicable in the circumstances, and assuming, without deciding, that the Court has the power to make the order sought, I decline to do so.
3. First, in the absence of any express statutory authority, the only source for the grant of an order of the type sought would lie in the Charter. It is now well established that citizenship revocation proceedings are purely civil in nature and that a defendant’s Charter rights are not engaged thereby. See *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1982), 142 N.R. 173 (F.C.A.).
4. Second, and even more important, the evidence simply does not establish that the defendant is incapable of retaining and paying for counsel of his own choice. His request for legal aid was refused by the British Columbia authorities on the ground that his available assets exceeded the eligibility limit. Although he has, in recent

dépositions par commission rogatoire, mais non pour le procès. Sa décision semble reposer sur le fait que, selon lui, la prise de dépositions par commission rogatoire constituait «une procédure extraordinaire». Selon moi, il n’y a rien d’extraordinaire dans cette procédure, dont l’objet est simplement de permettre à une partie de recueillir des dépositions en dehors de la salle d’audience, si une telle ordonnance est justifiée. À mon humble avis, le fait que les témoins soient interrogés ailleurs que dans le prétoire ne rend pas «extraordinaire» l’obtention de leurs dépositions.

[30] Un dernier point. Le ministre dit que, en raison de l’ordonnance rendue par le juge Hugessen le 5 mars 2003, l’intimé était empêché de solliciter une ordonnance lui accordant l’aide de l’État. L’ordonnance du juge Hugessen du 5 mars 2003 est brève, et je la reproduis ci-après:

[TRADUCTION]

1. Le défendeur sollicite, en application semble-t-il de la règle 220, une ordonnance forçant le demandeur ou la Couronne à lui verser une provision pour les frais prévus de sa défense à l’encontre de cette procédure de révocation de sa citoyenneté et, jusqu’au versement de telle provision, il sollicite une suspension de la procédure.
2. Abstraction faite de l’inapplicabilité évidente de la règle 220 aux circonstances de cette affaire, et presumant, sans disposer de la question, que la Cour a le pouvoir de rendre l’ordonnance sollicitée, je refuse d’accéder à sa requête.
3. D’abord, en l’absence d’un pouvoir expressément conféré par la loi, l’unique source de l’octroi d’une ordonnance du genre de celle qui est demandée se trouverait dans la Charte. Il est aujourd’hui bien établi qu’une procédure de révocation de la citoyenneté est purement civile et que les droits conférés au défendeur par la Charte ne sont pas mis en cause dans une telle procédure. Voir l’arrêt *Canada (Secrétaire d’État) c. Luitjens* (1982), 142 N.R. 173 (C.A.F.).
4. Deuxièmement, et aspect encore plus important, la preuve ne montre tout simplement pas que le défendeur est dans l’incapacité d’engager et de rémunérer l’avocat de son propre choix. Sa demande d’aide juridique a été refusée par les autorités de la Colombie-Britannique au motif que ses actifs dépassaient la limite d’admissibilité.

years, transferred his interest in it to his wife, a transfer which I consider to be irrelevant for these purposes, the couple's home is unencumbered and has an assessed municipal valuation in excess of \$280,000. Each of them is also in receipt of a steady, albeit modest pension income. The defendant has failed to meet the burden of proof of impecuniosity lying upon him.

5. The motion is dismissed.

[31] The respondent did not appeal Hugessen J.'s order and consequently, I am of the view that he was estopped from raising this matter unless there was new evidence which had not been available for presentation before Hugessen J. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, the Supreme Court of Canada, *per* Arbour J., at paragraph 52, indicated when relitigation of an issue already decided might be possible:

In contrast, proper review by way of appeal increases confidence in the ultimate result and affirms both the authority of the process as well as the finality of the result. It is therefore apparent that from the system's point of view, relitigation carries serious detrimental effects and should be avoided unless the circumstances dictate that relitigation is in fact necessary to enhance the credibility and the effectiveness of the adjudicative process as a whole. There may be instances where relitigation will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system, for example: (1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context. This was stated unequivocally by this Court in *Danyluk, supra*, at para. 80. [Emphasis added.]

[32] In the present matter, the respondent did not adduce any evidence which could not have been adduced before Hugessen J. in March of 2003, nor has he adduced any evidence which could lead us to conclude that the issue before Hugessen J. should be relitigated. Consequently, it was not open to the respondent to seek an interim cost order before O'Reilly J.

[33] I now turn to the respondent's cross-appeal. Briefly put, the respondent's position is that O'Reilly J.

Il a ces dernières années cédé à son épouse son intérêt dans la maison du couple, cession qui selon moi est hors de propos pour les fins qui nous intéressent, mais la maison en question n'est grevée d'aucune charge et son évaluation aux fins des impôts municipaux dépasse 280 000 \$. Le défendeur et son épouse reçoivent tous deux des prestations de retraite régulières, encore que modestes. Le défendeur ne s'est pas acquitté du fardeau de prouver qu'il est impecunieux.

5. La requête est rejetée.

[31] Le défendeur n'a pas fait appel de l'ordonnance du juge Hugessen et je suis donc d'avis qu'il ne pouvait soulever ce point à moins d'être en possession de preuves nouvelles qui n'avaient pu être présentées au juge Hugessen. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour, de la Cour suprême du Canada, expliquait, au paragraphe 52, les circonstances où il sera possible de rejuger un point déjà tranché:

La révision de jugements par la voie normale de l'appel, en revanche, accroît la confiance dans le résultat final et confirme l'autorité du processus ainsi que l'irrévocabilité de son résultat. D'un point de vue systémique, il est donc évident que la remise en cause s'accompagne de graves effets préjudiciables et qu'il faut s'en garder à moins que des circonstances n'établissent qu'elle est, dans les faits, nécessaire à la crédibilité et à l'efficacité du processus juridictionnel dans son ensemble. Il peut en effet y avoir des cas où la remise en cause pourra servir l'intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice, par exemple: (1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, (2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n'avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, (3) lorsque l'équité exige que le résultat initial n'ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte. C'est ce que notre Cour a dit sans équivoque dans l'arrêt *Danyluk*, précité, par. 80. [Non souligné dans l'original.]

[32] En l'espèce, l'intimé n'a présenté aucune preuve qui n'aurait pas pu être présentée au juge Hugessen en mars 2003, et il n'a présenté aucune preuve qui puisse nous conduire à conclure que le point soumis au juge Hugessen devrait être rejugé. Par conséquent, l'intimé n'avait pas le loisir de solliciter devant le juge O'Reilly une ordonnance de paiement d'une provision pour frais.

[33] Je passe maintenant à l'appel incident de l'intimé. Essentiellement, la position de l'intimé est que le juge



should have ordered the Minister to pay all of the reasonable counsel fees and disbursements that he will be incurring during the forthcoming trial.

[34] I conclude that the cross-appeal cannot succeed. As I have already indicated, the Judge could not make an order of interim costs pursuant to subsection 400(6), as the respondent does not meet the requirements enunciated by the Supreme Court of Canada in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, for such an order. As I have also indicated, the respondent is estopped from seeking such an order by reason of his failure to appeal Hugessen J.'s order of March 5, 2003.

[35] For these reasons, I would allow the Minister's appeal with costs and dismiss the respondent's cross-appeal with costs. Rendering the judgment which ought to have been rendered, I would dismiss the respondent's application for counsel fees on the taking of commission evidence and I would, accordingly, modify O'Reilly J.'s order dated July 20, 2004. Specifically, paragraph 4 of that order should now read as follows:

The plaintiff shall pay the defendant's reasonable disbursements for the proceedings on commission.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

O'Reilly aurait dû ordonner au ministre de payer tous les honoraires d'avocat et débours raisonnables que l'intimé engagera durant le procès à venir.

[34] Je suis d'avis que l'intimé doit être débouté de son appel incident. Comme je l'ai déjà dit, le juge O'Reilly ne pouvait pas rendre selon le paragraphe 400(6) des Règles une ordonnance de paiement d'une provision pour frais, puisque l'intimé ne remplit pas les conditions fixées pour une telle ordonnance par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*. Comme je l'ai dit également, l'intimé est empêché de solliciter une telle ordonnance puisqu'il n'a pas fait appel de l'ordonnance du juge Hugessen du 5 mars 2003.

[35] Pour ces motifs, j'accueille l'appel du ministre, avec dépens, et je rejette l'appel incident de l'intimé, avec dépens. Rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je rejette la requête de l'intimé en paiement de ses honoraires d'avocat entraînés par la tenue de la commission rogatoire, et je modifie en conséquence l'ordonnance du juge O'Reilly du 20 juillet 2004. Plus précisément, le paragraphe 4 de cette ordonnance devrait maintenant être formulé ainsi:

Que le demandeur paie les débours raisonnables du défendeur qui se rapportent à la tenue de la commission rogatoire.

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

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

IMM-8447-03  
2004 FC 1276

IMM-8447-03  
2004 CF 1276

**Josephine Soliven De Guzman** (*Applicant*)

**Josephine Soliven De Guzman** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Kelen J.—Vancouver, August 19;  
Ottawa, September 20, 2004.

Cour fédérale, juge Kelen—Vancouver, 19 août; Ottawa,  
20 septembre 2004.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(9)(d) excluding from family class eligible for sponsorship family members not disclosed, therefore not examined, when sponsor immigrated — Provision not contrary to Charter, s. 7 guarantee of life, liberty, security — Not ultra vires IRPA's family reunification objective — Not contrary to Canada's international human rights obligations.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — L'art. 117(9)d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés exclut les membres de la famille admissibles au parrainage dans la catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée et qui, par conséquent, n'ont pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a immigré — La disposition ne contrevient pas au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'art. 7 de la Charte — Elle ne contrevient pas à l'objet de la réunification des familles de la LIPR — Elle ne contrevient pas aux obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — S. 117(9)(d) of Immigration and Refugee Protection Regulations under Immigration and Refugee Protection Act excluding from family class eligible for sponsorship persons not disclosed, not examined, when sponsor immigrated — Section 7 protection extending beyond freedom from physical restraint to prohibition from fundamental life choices — Applicant made fundamental life choice when came to Canada leaving children behind — Charter s. 7 rights not infringed by government action — Societal interest outweighing that of individual — If Charter right violated, limitation justified as reasonable.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'art. 117(9)d) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés pris suivant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés exclut les membres de la famille admissibles au parrainage dans la catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a immigré — La protection de l'art. 7 va de la liberté quant à la contrainte physique jusqu'à l'empêchement de faire des choix fondamentaux dans la vie — La demanderesse a fait un choix fondamental dans sa vie lorsqu'elle est venue au Canada en laissant ses enfants aux Philippines — Il n'a pas été porté atteinte au droit garanti par l'art. 7 en raison d'un acte gouvernemental — L'intérêt de la société surpasse celui d'un individu — S'il a été porté atteinte au droit garanti par la Charte, l'atteinte est justifiée à titre de limite raisonnable.*

This was an application for judicial review of an Immigration Appeal Division (IAD) decision denying applicant's appeal against a refusal to issue permanent residence visas to applicant's sons, pursuant to paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. That provision excludes from the family class

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a rejeté l'appel présenté par la demanderesse à l'égard du refus de délivrer à ses fils des visas de résident permanent suivant l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Cette disposition exclut les membres

eligible for sponsorship persons whose existence was not disclosed when the sponsor immigrated. Applicant's submission was that this provision contravenes Charter, section 7 and goes against both the *Immigration and Refugee Protection Act's* objective of family reunification and Canada's international human rights obligations.

In rejecting the appeal, the IAD noted that, under section 65 of the Act, the Division did not have discretionary jurisdiction to take into account humanitarian and compassionate (H & C) considerations unless the foreign national falls within the family class. The sons were not disclosed and hence not examined.

When applicant applied for permanent residence, she said that she was single and childless. But when the medical examiner determined that applicant had given birth, she admitted to having a daughter. After gaining citizenship, she sought to sponsor her two sons.

Paragraph 117(9)(d) of the Regulations prescribes "excluded relationships" from membership in the family class, one of which is a non-accompanying family member not examined when the sponsor had applied for permanent residence. But Act, subsection 25(1) allows for an exemption should the Minister be of opinion that such exemption would be justified by H & C considerations, taking into account the best interests of the children. Applicant's submission was that the impugned paragraph fails to take into account the best interests of the child and, by preventing reunification of certain dependent children, contravenes international human rights instruments to which Canada is a signatory. It was further argued that the paragraph creates an unlawful definition of "family class", that term having already been defined in Act, subsection 12(1).

The Minister's contention was that the Regulations were valid and that the impugned paragraph did not prevent reunification since applicant's sons could seek permanent residence outside the family class and could also request an exemption from the paragraph on H & C grounds under Act, section 25. It was urged upon the Court that the paragraph is not intended to be punitive but to safeguard the integrity of our immigration system by removing any incentive for immigrants to lie and to omit dependants from their permanent residence

de la famille admissibles au parrainage dans la catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée lorsque le répondant a immigré. La prétention de la demanderesse était que cette disposition contrevient à l'article 7 de la Charte et est incompatible avec l'objet de la réunification des familles énoncé dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et avec les obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme.

La SAI a mentionné lorsqu'elle a rejeté l'appel que, suivant l'article 65 de la Loi, elle n'avait pas une compétence discrétionnaire pour tenir compte des motifs d'ordre humanitaire à moins que l'étranger fasse partie de la catégorie du regroupement familial. L'existence des fils n'a pas été divulguée et par conséquent ils n'ont pas fait l'objet d'un contrôle.

Lorsque la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente, elle a déclaré qu'elle était célibataire et qu'elle n'avait pas d'enfants. Cependant, lorsque le médecin qui a examiné la demanderesse a conclu qu'elle avait donné naissance à un enfant, elle a admis qu'elle avait une fille. Après avoir obtenu la citoyenneté, elle a tenté de parrainer ses deux fils.

L'alinéa 117(9)d) du Règlement prévoit des «restrictions» d'appartenance à la catégorie du regroupement familial, une de ces restrictions étant un membre de la famille qui n'accompagnait pas le répondant et qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a présenté sa demande de résidence permanente. Mais le paragraphe 25(1) de la Loi prévoit que le ministre peut lever les critères applicables s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants, le justifient. La demanderesse prétendait que l'alinéa contesté ne tient pas compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et que, étant donné qu'il empêche la réunification au Canada de certains enfants à charge avec leurs parents, il contrevient aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. Elle prétendait en outre que l'alinéa contesté crée une définition illégale de la catégorie «regroupement familial» étant donné que cette expression est déjà expressément définie au paragraphe 12(1) de la Loi.

Le ministre prétendait que les dispositions réglementaires étaient valides et que l'alinéa contesté n'empêchait pas la réunification étant donné que les fils de la demanderesse pouvaient présenter une demande de résidence permanente indépendamment de la catégorie du regroupement familial et qu'ils pouvaient en outre demander, sur le fondement de circonstances d'ordre humanitaire suivant l'article 25 de la Loi, d'être exemptés de l'application de cet alinéa. Le ministre prétendait que cet alinéa n'a pas pour objet d'être punitif, mais

applications out of fear of inadmissibility.

The issues were: (1) whether paragraph 117(9)(d) of the Regulations is *ultra vires* Act, subsection 12(1) which provides that a foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the child of a Canadian citizen; (2) whether paragraph 117(9)(d) is *ultra vires* Act, paragraph 3(3)(f); and (3) whether paragraph 117(9)(d) contravenes Charter, section 7.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) Subsection 13(1) of the Act clearly provides that the right to sponsor a family member is subject to the Regulations. Subsection 14(2) permits the Regulations to govern conditions which may be imposed upon family reunification applicants. In other words, Parliament has chosen to delegate to the Regulations the sponsorship of family class members.

The question then was whether paragraph 117(9)(d) is contrary to the Act, and therefore *ultra vires*. As held by Strayer J.A. in *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the essential question is always whether the statutory grant of authority permits the particular delegated legislation. And while a broad regulation-making power may not be used for a completely irrelevant purpose, it is up to the party attacking the regulation to demonstrate what that illicit purpose might be. The impugned paragraph is for the proper administration of Canadian immigration law. It is for a relevant purpose: preventing the fraudulent concealment of material circumstances which might prevent an applicant from being admitted to Canada.

While one of the Act's objectives is family reunification, that does not trump the requirement that the immigration law be respected and administered in an orderly manner. It is not open to an applicant to misrepresent her marital status and family members and then challenge the validity of the family class law as *ultra vires*.

(2) Act, subsection 3(3) indicates that the Act must be construed so as to comply with international human rights

qu'il sert à protéger l'intégrité du processus d'immigration en enlevant aux immigrants toutes incitations à exclure de leur demande des personnes à charge par crainte d'être non admissibles ou à mentir dans leur demande de résidence permanente.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) celle de savoir si l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient au paragraphe 12(1) de la Loi qui prévoit que la sélection des étrangers de la catégorie du regroupement familial se fait en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien; 2) celle de savoir si l'alinéa 117(9)d) contrevient à l'alinéa 3(3)f) de la Loi; 3) celle de savoir si l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient à l'article 7 de la Charte.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Le paragraphe 13(1) de la Loi prévoit clairement que le droit au parrainage d'un membre de la famille est soumis aux règlements. Le paragraphe 14(2) permet que les règlements régissent les conditions qui peuvent être imposées à des demandeurs à l'égard de la réunification des familles. Autrement dit, le législateur a délégué la question du parrainage des membres de la catégorie du regroupement familial de façon à ce qu'elle soit régie par le Règlement.

La question était donc de savoir si l'alinéa 117(9)d) contrevient à la Loi et est par conséquent invalide. Comme le juge Strayer, J.C.A., a déclaré dans l'arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la question essentielle est toujours celle de savoir si le pouvoir conféré par la loi permet cette législation par délégation particulière. Bien qu'il soit reconnu qu'un vaste pouvoir discrétionnaire de réglementation ne peut être exercé pour poursuivre une fin totalement étrangère, il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite. L'alinéa contesté a pour objet la bonne administration de la législation canadienne en matière d'immigration. Il existe à des fins pertinentes, à savoir aux fins de prévenir la dissimulation frauduleuse de circonstances importantes qui peuvent empêcher le demandeur d'être admis au Canada.

Bien que l'un des objets de la Loi soit la réunification des familles, cet objet n'éclipse pas l'exigence selon laquelle la législation en matière d'immigration doit être respectée et administrée d'une façon ordonnée. Il n'est pas loisible à une demanderesse de présenter sous un faux jour les membres de sa famille et son état matrimonial et par la suite de contester la validité de la catégorie du regroupement familial en prétendant qu'elle contrevient à la Loi.

2) Le paragraphe 3(3) de la Loi prévoit que l'interprétation de la Loi doit avoir pour effet de se conformer aux instruments

instruments to which Canada is signatory. Applicant relied upon some nine international instruments, including the *Charter of the United Nations* and the *Universal Declaration of Human Rights*. The applicant submitted that the denial of the ability to sponsor constitutes an arbitrary violation of the right to be free from interference with privacy, home and family, matters provided in *International Covenant on Civil and Political Rights*, Article 17. *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, was authority for the proposition that, given the *Convention on the Rights of the Child* (CRC), immigration decisions must consider the best interests of any children involved. Applicant suggested that the impugned provision did not allow for any consideration of the best interests of the child. CRC, Article 9(1) dictates that "States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will" unless competent authorities subject to judicial review have determined this to be in the best interests of the child. Applicant further argued that the provision operated in a negative, inhumane manner, contrary to CRC, Article 10, which deals with family reunification.

Act, paragraph 3(3)(f) does not incorporate international human rights conventions as part of Canadian law, or state that they override plain words in the legislation. The Court need only consider these conventions as "context" when interpreting an ambiguous provision. The provision at issue is unambiguous. Furthermore, Act subsection 25(1) provides for relief on H & C grounds or for the best interests of the children. That subsection satisfies Canada's commitment to take into account human rights and the best interests of children in immigration law administration. Under section 25, equitable factors can be applied in appropriate cases.

(3) In seeking relief based on the life, liberty and security guarantees provided for by Charter, section 7, applicant submitted that the impugned paragraph impacted upon her security of the person in causing distress due to loss of companionship and by compelling her to make a choice between remaining in Canada, where she is now established, and her children. So far as section 1 justification was concerned, applicant suggested that while the goal of the restriction—to minimize immigration based on misrepresentation—was indeed important, paragraph 117(9)(d) was disproportionate to this goal. It was neither rationally connected to the goal nor the least impairing alternative.

internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire. La demanderesse s'appuyait sur environ neuf instruments internationaux, notamment sur la *Charte des Nations Unies* et sur la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. La demanderesse prétendait que le fait de refuser la capacité de parrainer constitue une atteinte arbitraire au droit de ne pas faire l'objet d'immixtions dans la vie privée, le domicile et la famille, question prévues à l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, était l'arrêt faisant autorité pour la proposition selon laquelle, compte tenu de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE), les décisions en matière d'immigration doivent prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants en cause. La demanderesse prétendait que l'alinéa contesté ne permettait aucunement que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte. L'article 9(1) de la CDE prévoit que «les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré» à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire que cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La demanderesse prétendait en outre que la disposition produisait des effets dans un esprit négatif et sans humanité, contrairement à l'article 10 de la CDE qui traite de la réunification des familles.

L'alinéa 3(3)(f) de la Loi n'incorpore pas les conventions internationales portant sur les droits de l'homme dans la législation canadienne pas plus qu'il n'énonce qu'elles outrepassent les termes simples d'une loi. La Cour n'a qu'à considérer ces conventions comme un «contexte» lorsqu'elle interprète des dispositions ambiguës. La disposition en cause est sans ambiguïté. De plus, le paragraphe 25(1) de la Loi prévoit un redressement fondé sur des circonstances d'ordre humanitaire ou sur l'intérêt supérieur des enfants. Ce paragraphe répond à l'engagement du Canada de tenir compte des droits de l'homme et de l'intérêt supérieur des enfants dans le contexte de l'administration de la législation en matière d'immigration. Suivant l'article 25, des facteurs d'*equity* peuvent être appliqués dans des cas appropriés.

3) En tentant d'obtenir un redressement fondé sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité garanti par l'article 7 de la Charte, la demanderesse prétendait que l'alinéa contesté avait des conséquences défavorables sur la sécurité de sa personne du fait qu'il entraînait une détresse due à la perte de la compagnie d'un enfant et qu'il l'obligeait à faire un choix entre rester au Canada, où elle est maintenant établie, et ses enfants. Quant à la justification suivant l'article 1, la demanderesse prétendait que bien que l'objet de la restriction—la réduction de l'immigration fondée sur de fausses déclarations—soit effectivement un objet important, l'alinéa 117(9)(d) est disproportionné quant à cet objet. Cet

Applicant suggested that Act, section 40 and *Citizenship Act*, sections 10 and 18 provide sufficient deterrence against persons making misrepresentations to gain entry to Canada.

The liberty interest protected by section 7 extends beyond physical restraint, and is engaged whenever the state interferes with important, fundamental life choices. But when applicant made the fundamental life choice to leave her sons in the Philippines when she emigrated, she did so subject to Canadian immigration law and could not now argue that her liberty was affected by that law. Most likely, she would not have been admitted had she disclosed the existence of these children. The constitutional guarantee of security of the person does not protect against the “ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of a legitimate law”. In fact, no evidence was presented that applicant suffers from stress or anxiety. If she is stressed, it is self-imposed. Applicant’s right to security of the person was not infringed by any government action. Her Charter, section 7 argument was in the realm of the absurd. In *Samosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IAD member Workun, in explaining the importance and rationale for the requirement that an applicant disclose all members of the “family class”, correctly pointed out that “accurate disclosure goes to the heart of the integrity of the system”. Where an applicant seeks to sponsor a previously undisclosed dependant, the societal interest would be such as to justify the deprivation of applicant’s alleged Charter right.

Applicant suggested that if the Minister was really concerned about the misrepresentations made in her permanent residence application, respondent would proceed against her under *Citizenship Act*, section 10 to have her citizenship revoked. It was imprudent for applicant to taunt the Minister in this regard. Even had applicant’s Charter, section 7 rights been infringed, the limit imposed by the impugned provision would be a reasonable one.

A question should, however, be certified as to whether paragraph 117(9)(d) is invalid as contrary to Charter, section 7.

alinéa n’avait pas de liens rationnels avec l’objet et n’était pas la solution qui porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. La demanderesse prétendait que l’article 40 de la Loi et les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté* fournissent une dissuasion suffisante à l’endroit des personnes qui font de fausses déclarations afin d’être admises au Canada.

Le droit à la liberté garanti par l’article 7 va au-delà de la contrainte physique étant donné qu’il est en cause dès que l’État se mêle des choix de vie importants et fondamentaux. Mais lorsque la demanderesse a fait dans sa vie un choix fondamental de laisser ses fils aux Philippines lorsqu’elle a émigré, elle l’a fait en étant assujettie à la législation canadienne en matière d’immigration et elle ne pouvait pas maintenant prétendre que sa liberté est entravée par cette législation. Elle n’aurait probablement pas été admise au Canada si elle avait divulgué l’existence de ces enfants. La garantie constitutionnelle de la sécurité de la personne ne protège pas contre les «tensions et les angoisses ordinaires qu’une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d’un acte gouvernemental». En fait, la demanderesse n’a présenté aucun élément de preuve démontrant qu’elle souffre de stress ou d’anxiété. Si elle subit du stress, ce stress dépend d’elle-même. Il n’a pas été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne de la demanderesse en raison d’un acte gouvernemental. Sa prétention à l’égard de l’article 7 de la Charte était absurde. Dans l’affaire *Samosa c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*, la commissaire de la SAI Workun, lorsqu’elle a expliqué l’importance et le raisonnement pour lesquels on exige que les demandeurs divulguent l’existence de tous les membres de la «catégorie du regroupement familial», a correctement signalé que «l’obligation de divulguer de façon exacte l’existence d’une telle personne vise à préserver l’intégrité du régime d’immigration». Lorsqu’un demandeur tente de parrainer une personne à charge dont l’existence n’a pas été antérieurement divulguée, l’intérêt de la société est tel qu’il justifie une privation du droit garanti par la Charte allégué par le demandeur.

La demanderesse prétendait que si le ministre avait été vraiment préoccupé par les fausses déclarations faites dans sa demande de résidence permanente, il aurait pris contre elle une mesure visant à annuler sa citoyenneté suivant l’article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*. Il était imprudent pour la demanderesse de défier le ministre à cet égard. Même s’il avait été porté atteinte au droit de la demanderesse garanti par l’article 7 de la Charte, la limite imposée par la disposition contestée aurait été une limite raisonnable.

Une question doit, cependant, être certifiée quant à savoir si l’alinéa 117(9)(d) est invalide étant donné qu’il contreviendrait à l’article 7 de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- African Charter on Human and People's Rights*, June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- 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, 7.
- Charter of the United Nations*, June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7.
- Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18.
- Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221.
- Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Arts. 3(1), 7(1), 9(1), 10, 16.
- Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, s. 1 (as am. by SOR/2002-232, s. 1).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(d),(3)(f), 12(1), 13, 14, 25, 40, 63, 65.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d).
- Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 17.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, [1976] Can. T.S. No. 46, Art. 10.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; 180 N.R. 330 (C.A.); *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; *Samosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] I.A.D.D. No. 271 (QL).

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- 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, 7.
- Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. n° 7.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221.
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37.
- Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, art. 3(1), 7(1), 9(1), 10, 16.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 10 décembre 1948.
- Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(d),(3)(f), 12(1), 13, 14, 25, 40, 63, 65.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 17.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [1976] R.T. Can. n° 46, art. 10.
- Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172.
- Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9)(d).
- Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, art. 1 (mod. par DORS/2002-232, art. 1).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595; (1995), 125 D.L.R. (4th) 141; 30 Imm. L.R. (2d) 139; 180 N.R. 330 (C.A.); *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; *Samosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] D.S.A.I. n° 271 (QL).

## REFERRED TO:

*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *Chesters v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 361; (2002), 96 C.R.R. (2d) 337; 221 F.T.R. 1; 2002 FCT 727.

APPLICATION for judicial review of an IAD decision rejecting an appeal from a refusal to issue applicant's sons permanent residence visas. Application denied.

## APPEARANCES:

*Lorne Waldman, William J. Macintosh and Peter D. Larlee* for applicant.  
*Keith Reimer and Sandra E. Weafer* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Waldman & Associates, Vancouver, William J. Macintosh & Associates, Surrey and Larlee & Associates, Vancouver* for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] KELEN J.: This is an application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division, of the Immigration and Refugee Board (IAD), which dismissed the applicant's appeal against the refusal to issue permanent residence visas to the applicant's sons, pursuant to paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations).

[2] The case involves the right of a Canadian citizen to sponsor members of her family whom she concealed when she immigrated to Canada. Paragraph 117(9)(d) of the Regulations excludes from the family class eligible for sponsorship, family members not disclosed, and

## DÉCISIONS CITÉES:

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 CSC 44; *Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 361; (2002), 96 C.R.R. (2d) 337; 221 F.T.R. 1; (1<sup>re</sup> inst.); 2002 CFPI 727.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SAI a rejeté l'appel présenté à l'égard du refus de délivrer aux fils de la demanderesse des visas de résident permanent. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Lorne Waldman, William J. Macintosh et Peter D. Larlee* pour la demanderesse.  
*Keith Reimer et Sandra E. Weafer* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Waldman & Associates, Vancouver, William J. Macintosh & Associates, Surrey, et Larlee & Associates, Vancouver*, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE KELEN: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire qui vise une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI) a rejeté l'appel présenté par la demanderesse à l'égard du refus de délivrer à ses fils des visas de résident permanent suivant l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement).

[2] L'affaire se rapporte au droit d'une citoyenne canadienne de parrainer des membres de sa famille dont elle n'a pas divulgué l'existence lorsqu'elle a immigré au Canada. L'alinéa 117(9)d) du Règlement exclut les membres de la famille admissibles au parrainage dans la



therefore examined, when the sponsor immigrated. The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is:

(1) inoperative since it is contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., Appendix II, No. 44]; and,

(2) *ultra vires* the family reunification objective of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, and requirement that the Act be construed in accordance with Canada's international human rights obligations.

#### SPONSORSHIP APPLICATION

[3] In July 2001 the applicant applied to sponsor her two sons' applications for permanent residence, as members of the family class. The application was refused by a visa officer in April 2003 on the basis that the sons cannot be considered members of the family class because the applicant had not disclosed them when she had made her application for permanent residence to Canada in 1990. For this reason, the two sons were excluded from the family class under paragraph 117(9)(d) of the Regulations. Paragraph 117(9)(d) of the Regulations excludes certain relationships from the family class, and reads as follows:

#### Excluded relationships

117. . . .

(9) No foreign national may be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

...

(d) the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and,

catégorie du regroupement familial dont l'existence n'a pas été divulguée et qui, par conséquent, n'ont pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a immigré. La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement est:

(1) inopérant étant donné qu'il contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte);

(2) incompatible avec l'objet de la réunification des familles énoncé dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et avec l'exigence selon laquelle la Loi doit être interprétée conformément aux obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme.

#### LA DEMANDE PARRAINÉE

[3] En juillet 2001, la demanderesse a présenté une demande de parrainage, au titre du regroupement familial, des demandes de résidence permanente présentées par ses deux fils. Un agent des visas a refusé la demande de parrainage en avril 2003 au motif que les fils ne peuvent pas être considérés comme appartenant à la catégorie du regroupement familial parce que la demanderesse n'a pas divulgué leur existence lorsqu'elle a présenté sa demande de résidence permanente au Canada en 1990. Pour ce motif, les deux fils ont été exclus de la catégorie du regroupement familial suivant l'alinéa 117(9)d) du Règlement. L'alinéa 117(9)d) du Règlement exclut certaines personnes de la catégorie du regroupement familial. Il est rédigé comme suit:

#### Restrictions

117. [. . .]

(9) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes:

[. . .]

d) dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger

at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member or a former spouse or former common-law partner of the sponsor and was not examined.

This decision of the visa officer was appealed to the IAD.

#### APPEAL TO THE IAD

[4] On September 26, 2003, the IAD dismissed the applicant's appeal on the grounds that the visa officer had not made an error, and that the IAD lacks jurisdiction to consider humanitarian and compassionate grounds unless a foreign national and sponsor fall within the family class, as described in the Regulations. The IAD's decision states:

The appeal is dismissed because the appellant has not shown that the visa officer's refusal was wrong in law. On the basis of the information provided, the person who was sponsored by the appellant is not a member of the family class. Therefore, under s. 65 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the IAD has no discretionary jurisdiction to consider humanitarian and compassionate considerations. The appellant's two sons, Jay MONTIADORA and Jayson MONTIADORA were not disclosed and hence not examined. [Emphasis in original]

[5] Section 63 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) provides the right to appeal a visa refusal, in the family class, to the IAD as follows:

63. (1) A person who has filed in the prescribed manner an application to sponsor a foreign national as a member of the family class may appeal to the Immigration Appeal Division against a decision not to issue the foreign national a permanent resident visa.

[6] Section 65 of IRPA bars the IAD from considering humanitarian and compassionate grounds except where foreign nationals and sponsors fall within the family class, as follows:

65. In an appeal under subsection 63(1) or (2) respecting an application based on membership in the family class, the

qui, à l'époque où cette demande a été faite, n'a pas fait l'objet d'un contrôle et était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier ou était un ex-époux ou ancien conjoint de fait du répondant.

La décision de l'agent des visas a fait l'objet d'un appel à la SAI.

#### L'APPEL À LA SAI

[4] Le 26 septembre 2003, la SAI a rejeté l'appel présenté par la demanderesse au motif que l'agent des visas n'avait pas commis une erreur et au motif que la SAI n'a pas compétence pour examiner les motifs d'ordre humanitaire à moins qu'un étranger et son répondant fassent partie de la catégorie du regroupement familial, comme le décrit le Règlement. La décision de la SAI énonce ce qui suit:

[TRADUCTION] L'appel est rejeté parce que l'appelante n'a pas démontré que le refus de l'agent des visas constitue une erreur de droit. Selon les renseignements fournis, la personne qui était parrainée par l'appelante n'appartient pas à la catégorie du regroupement familial. Par conséquent, suivant l'article 65 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la SAI n'a pas une compétence discrétionnaire pour examiner les motifs d'ordre humanitaire. L'existence des deux fils de la demanderesse, Jay MONTIADORA et Jayson MONTIADORA, n'a pas été divulguée et, par conséquent, ils n'ont pas fait l'objet d'un contrôle. [Les majuscules apparaissent dans l'original.]

[5] L'article 63 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), prévoit comme suit le droit d'interjeter appel à la SAI du refus de délivrer un visa dans la catégorie du regroupement familial:

63. (1) Quiconque a déposé, conformément au règlement, une demande de parrainage au titre du regroupement familial peut interjeter appel du refus de délivrer le visa de résident permanent.

[6] L'article 65 de la LIPR empêche, de la façon suivante, la SAI d'examiner les motifs d'ordre humanitaire sauf lorsque les étrangers et les répondants font partie de la catégorie du regroupement familial:

65. Dans le cas de l'appel visé aux paragraphes 63(1) ou (2) d'une décision portant sur une demande au titre du

Immigration Appeal Division may not consider humanitarian and compassionate considerations unless it has decided that the foreign national is a member of the family class and that their sponsor is a sponsor within the meaning of the regulations.

#### AFFIDAVIT EVIDENCE

[7] The *Federal Court Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 [s. 1 (as am. by SOR/2002-232, s. 1)] allows the applicant to file an affidavit verifying the facts relied upon in support of the application. The respondent has the right to cross-examine the applicant on such an affidavit. The applicant chose to file such an affidavit. The facts in the affidavit and cross-examination are properly before the Court and can be considered by the Court to the extent they are relevant. I find that these facts are relevant with respect to the three legal questions in issue. These facts are useful to demonstrate the purpose of the relevant provisions of the law, and the abuses which can take place. These facts are pertinent to the equities of the case, in particular to the applicability of the compassionate and humanitarian considerations, taking into account the best interests of the children. Moreover, these facts may be important for the Court understanding whether certifying questions of law would likely be dispositive of an exemption for the applicant from paragraph 117(9)(d) of the Regulations.

#### THE FACTS

[8] The applicant, a Canadian citizen, was born in the Philippines on December 30, 1957. She was admitted to Canada as a permanent resident in 1993.

[9] In 1990, the applicant had been sponsored by her mother, who was in Canada. At that time, the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172 provided that the applicant could be sponsored by her mother if she was "an unmarried daughter" of a Canadian citizen or permanent resident.

[10] When the applicant applied for permanent residence in Canada, she stated that she was single and

regroupement familial, les motifs d'ordre humanitaire ne peuvent être pris en considération que s'il a été statué que l'étranger fait bien partie de cette catégorie et que le répondant a bien la qualité réglementaire.

#### LA PREUVE PAR AFFIDAVIT

[7] Les Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 [art. 1 (mod. par DORS/2002-232, art. 1)] permettent à la demanderesse de déposer un affidavit établissant les faits invoqués à l'appui de la demande. Le défendeur a le droit de procéder à un contre-interrogatoire de la demanderesse à l'égard d'un tel affidavit. La demanderesse a choisi de déposer un tel affidavit. La Cour dispose de façon appropriée des faits mentionnés dans l'affidavit et lors du contre-interrogatoire et elle peut en tenir compte dans la mesure où ils sont pertinents. J'estime que ces faits sont pertinents à l'égard des trois questions de droit qui sont en litige. Ces faits sont utiles pour démontrer le but des dispositions législatives pertinentes et les abus qui peuvent être commis. Ces faits sont pertinents à l'égard des considérations d'équité de l'affaire, en particulier quant à l'application des circonstances d'ordre humanitaire compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants. En outre, ces faits peuvent être importants pour la compréhension de la Cour quant à la question de savoir si des questions de droit certifiées seraient déterminantes dans le cas où la demanderesse est exemptée de l'application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement.

#### LES FAITS

[8] La demanderesse, une citoyenne canadienne, est née aux Philippines le 30 décembre 1957. Elle a été admise au Canada en tant que résidente permanente en 1993.

[9] En 1990, la demanderesse avait été parrainée par sa mère qui vivait au Canada. À ce moment, le *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172 prévoyait que la demanderesse pouvait être parrainée par sa mère si elle était «une fille non mariée» d'une citoyenne canadienne ou d'une résidente permanente.

[10] Lorsque la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente au Canada, elle a déclaré

had no children. However, when she was medically examined for immigration purposes, the doctor said that it was apparent that she had given birth to a child. At that point, the applicant revised her application for permanent residence to state that she did have one child, a daughter born on May 20, 1986.

[11] In 2001 the applicant, by now a Canadian citizen, applied to sponsor two sons as Canadian immigrants. The birth certificates of the two sons were filed in support of the application. The birth certificates state that the applicant is married to Mr. Jayson Montiadora in the Philippines and that he is the father of the applicant's two sons—Jay, born October 14, 1983, and Jayson born February 11, 1985. The evidence before this Court is that one of the sons now has a child of his own.

#### ISSUES

[12] The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* is invalid for the following reasons:

(i) it is *ultra vires* subsection 12(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*;

(ii) it is *ultra vires* paragraph 3(3)(f) of IRPA as it does not comply with Canada's international human rights obligations; and,

(iii) it is unconstitutional as it deprives the applicant her right to liberty and/or right to security of the person, in a manner not in accordance with principles of fundamental justice, contrary to section 7 of the Charter.

#### THE STATUTORY SCHEME UNDER IRPA FOR SPONSORING A FAMILY MEMBER

[13] Subsection 12(1) of IRPA provides a foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the:

qu'elle était célibataire et qu'elle n'avait pas d'enfants. Cependant lors de l'examen médical effectué aux fins de l'immigration, le médecin a déclaré qu'il était évident qu'elle avait eu un enfant. À ce moment, la demanderesse a modifié sa demande de résidence permanente pour y déclarer qu'elle avait effectivement un enfant, une fille née le 20 mai 1986.

[11] En 2001, la demanderesse, alors devenue citoyenne canadienne, a présenté une demande de parrainage de deux fils en tant qu'immigrants au Canada. Les actes de naissance des deux fils ont été déposés au soutien de la demande. Les actes de naissance énoncent que la demanderesse est mariée à M. Jayson Montiadora aux Philippines et qu'il est le père des deux fils de la demanderesse, Jay né le 14 octobre 1983 et Jayson né le 11 février 1985. La preuve dont dispose la Cour établit que l'un des fils a maintenant lui-même un enfant.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[12] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est invalide pour les motifs suivants:

(i) il contrevient au paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*;

(ii) il contrevient à l'alinéa 3(3)f) de la LIPR étant donné qu'il ne respecte pas les obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme;

(iii) il est inconstitutionnel étant donné qu'il prive la demanderesse de son droit à la liberté et de son droit à la sécurité de la personne d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, en contravention de l'article 7 de la Charte.

#### LE RÉGIME LÉGISLATIF DE LA LIPR À L'ÉGARD DU PARRAINAGE D'UN MEMBRE DE LA FAMILLE

[13] Le paragraphe 12(1) de la LIPR prévoit que la sélection des étrangers dans la catégorie «regroupement familial» se fait en fonction de la relation qu'ils ont à titre:

- (1) spouse;  
 (2) common-law partner;  
 (3) child;  
 (4) other prescribed family member  
 of a Canadian citizen or permanent resident.

- (1) d'époux;  
 (2) de conjoint de fait;  
 (3) d'enfant;  
 (4) d'autre membre de la famille prévu par règlement  
 avec un citoyen canadien ou un résident permanent.

[14] Section 12 of IRPA reads as follows:

*Selection of Permanent Residents*

12. (1) A foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the spouse, common-law partner, child, parent or other prescribed family member of a Canadian citizen or permanent resident.

(2) A foreign national may be selected as a member of the economic class on the basis of their ability to become economically established in Canada.

(3) A foreign national, inside or outside Canada, may be selected as a person who under this Act is a Convention refugee or as a person in similar circumstances, taking into account Canada's humanitarian tradition with respect to the displaced and the persecuted.

[15] Subsection 13(1) of IRPA provides the Canadian citizen or permanent resident may, subject to the Regulations, sponsor a foreign national who is a member of the family class.

[16] Section 13 of IRPA reads as follows:

*Sponsorship of Foreign Nationals*

13. (1) A Canadian citizen or permanent resident may, subject to the regulations, sponsor a foreign national who is a member of the family class.

(2) A group of Canadian citizens or permanent residents, a corporation incorporated under a law of Canada or of a province, and an unincorporated organization or association under federal or provincial law, or any combination of them may, subject to the regulations, sponsor a Convention refugee or a person in similar circumstances.

(3) An undertaking relating to sponsorship is binding on the person who gives it.

[14] L'article 12 de la LIPR est rédigé comme suit:

*Sélection des résidents permanents*

12. (1) La sélection des étrangers de la catégorie «regroupement familial» se fait en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien ou un résident permanent, à titre d'époux, de conjoint de fait, d'enfant ou de père ou mère ou à titre d'autre membre de la famille prévu par règlement.

(2) La sélection des étrangers de la catégorie «immigration économique» se fait en fonction de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada.

(3) La sélection de l'étranger, qu'il soit au Canada ou non, s'effectue, conformément à la tradition humanitaire du Canada à l'égard des personnes déplacées ou persécutées, selon qu'il a la qualité, au titre de la présente loi, de réfugié ou de personne en situation semblable.

[15] Le paragraphe 13(1) de la LIPR prévoit que le citoyen canadien ou le résident permanent peut, sous réserve des règlements, parrainer un étranger de la catégorie «regroupement familial».

[16] L'article 13 de la LIPR est rédigé comme suit:

*Régime de parrainage*

13. (1) Tout citoyen canadien et tout résident permanent peuvent, sous réserve des règlements, parrainer l'étranger de la catégorie «regroupement familial».

(2) Tout groupe de citoyens canadiens ou de résidents permanents ou toute personne morale ou association de régime fédéral ou provincial—ou tout groupe de telles de ces personnes —, peut, sous réserve des règlements, parrainer un étranger qui a la qualité, au titre de la présente loi, de réfugié ou de personne en situation semblable.

(3) L'engagement de parrainage lie le répondant.

(4) An officer shall apply the regulations on sponsorship referred to in paragraph 14(2)(e) in accordance with any instructions that the Minister may make.

(4) L'agent est tenu de se conformer aux instructions du ministre sur la mise en œuvre des règlements visés à l'alinéa 14(2)e.

[17] Subsection 14(1) of IRPA states that the Regulations may provide for any matter relating to "this Division" (this Division includes "the right to sponsor a family class member"), and the Regulations may define, for the purposes of IRPA, the terms used in this Division.

[17] Le paragraphe 14(1) de la LIPR énonce que les règlements régissent l'application de «la présente section» (la présente section inclut le droit de parrainer un membre de la catégorie «regroupement familial») et que les règlements définissent, pour l'application de la présente Loi, les termes qui y sont employés.

[18] Subsection 14(1) of IRPA reads as follows:

[18] Le paragraphe 14(1) de la LIPR est rédigé comme suit:

#### Regulations

#### Règlements

14. (1) The regulations may provide for any matter relating to the application of this Division, and may define, for the purposes of this Act, the terms used in this Division.

14. (1) Les règlements régissent l'application de la présente section et définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés.

[19] Section 117 of the Regulations prescribes the family class and who may be sponsored as members of the family class. Paragraph 117(9)(d) prescribes "excluded relationships" from membership in the family class. The pertinent excluded relationship is a non-accompanying family member who was not examined when the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident. Paragraph 117(9)(d) excludes relatives of the sponsor from the "family class" whom the sponsor did not disclose, but should have disclosed, when the sponsor made his or her original application for permanent residence.

[19] L'article 117 du Règlement prévoit le regroupement familial et les personnes qui peuvent être parrainées en tant que membres de la catégorie du regroupement familial. L'alinéa 117(9)d prévoit des «restrictions» d'appartenance à la catégorie du regroupement familial. La restriction pertinente est un membre de la famille qui n'accompagnait pas le répondant et qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle lorsque le répondant a présenté antérieurement une demande de résidence permanente et est devenu un résident permanent. L'alinéa 117(9)d exclut de la «catégorie du regroupement familial» les parents du répondant dont l'existence n'a pas été divulguée par le répondant, mais qui aurait dû l'être, lorsqu'il a présenté sa demande de résidence permanente initiale.

[20] Paragraph 117(9)(d) is repeated for ease of reference:

[20] L'alinéa 117(9)d est reproduit une fois de plus afin d'en faciliter la consultation:

#### Excluded relationships

#### Restrictions

117....

117. [ . . ]

(9) No foreign national may be considered a member of the family class by virtue of their relationship to a sponsor if

(9) Ne sont pas considérées comme appartenant à la catégorie du regroupement familial du fait de leur relation avec le répondant les personnes suivantes:

...

[ . . ]

(d) the sponsor previously made an application for permanent residence and became a permanent resident and, at the time of that application, the foreign national was a non-accompanying family member or a former spouse or former common-law partner of the sponsor and was not examined.

[21] Subsection 25(1) of IRPA provides that an exemption may be granted from any applicable criteria if the Minister is of the opinion that the exemption is justified by humanitarian and compassionate considerations, taking into account the best interests of the children. Accordingly, the applicant's two sons can request an exemption from paragraph 117(9)(d), which request could be supported by the applicant. Under section 25, Parliament provides an equitable jurisdiction whereby humanitarian and compassionate considerations and the best interests of the child are to be weighed.

[22] Subsection 25(1) of IRPA reads as follows:

Status and Authorization to Enter

...

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

POSITION OF THE PARTIES

(A) The Applicant

[23] The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations (the impugned paragraph) is *ultra vires* IRPA because it is inconsistent with the objectives and purposes of the Act, which is to promote family reunification in Canada. In particular, the applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is *ultra vires* paragraph 3(3)(f) and subsections 12(1) and 14(1) of IRPA.

d) dans le cas où le répondant est devenu résident permanent à la suite d'une demande à cet effet, l'étranger qui, à l'époque où cette demande a été faite, n'a pas fait l'objet d'un contrôle et était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier ou était un ex-époux ou ancien conjoint de fait du répondant.

[21] Le paragraphe 25(1) de la LIPR prévoit que le ministre peut lever tout ou partie des critères applicables s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire, compte tenu de l'intérêt supérieur des enfants, le justifient. Par conséquent, les deux fils de la demanderesse peuvent présenter une demande en vue d'être exemptés de l'application de l'alinéa 117(9)d), demande qui peut être appuyée par la demanderesse. Le législateur prévoit à l'article 25 une compétence en *equity* en vertu de laquelle les circonstances d'ordre humanitaire et l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être appréciés.

[22] Le paragraphe 25(1) de la LIPR est rédigé comme suit:

Statut et autorisation d'entrer

[. . .]

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger—compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché—ou l'intérêt public le justifient.

LA POSITION DES PARTIES

A) La demanderesse

[23] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement (l'alinéa contesté) contrevient à la LIPR parce qu'il est incompatible avec l'objet de la LIPR qui consiste à promouvoir la réunification des familles au Canada. En particulier, la demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient à l'alinéa 3(3)f) et aux paragraphes 12(1) et 14(1) de la LIPR.

[24] The applicant submits that the impugned paragraph does not take the best interests of the child into account, since it prevents the reunification of certain dependent children with their parents in Canada, contrary to the various international human rights instruments to which Canada is signatory.

[25] The applicant submits that the impugned paragraph creates an unlawful definition of “family class” since that term has already been expressly defined in subsection 12(1) of IRPA. The applicant also submits that subsection 14(1) of IRPA implicitly prohibits a further definition of family class.

[26] The applicant submits that the impugned paragraph has interfered with her right of liberty and security of the person, and that it has denied her the right to a fair hearing, in accordance with the principles of fundamental justice.

#### (B) The Respondent

[27] The respondent submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is valid legislation, and is consistent with the objectives and purposes of IRPA. The respondent argues that paragraph 117(9)(d) does not prevent the applicant from reuniting with her sons since it does not interfere with the following remaining options open to the applicant and her sons:

(i) the applicant’s sons may still apply to come to Canada as permanent residents, outside of the family class, and

(ii) the applicant’s sons may request an exemption from paragraph 117(9)(d) on humanitarian and compassionate grounds under section 25 of IRPA.

[28] The respondent submits that paragraph 117(9)(d) is not punitive in its purpose, and that the section serves to protect the integrity of the immigration system by

[24] La demanderesse prétend que l’alinéa contesté ne tient pas compte de l’intérêt supérieur de l’enfant étant donné qu’il empêche la réunification au Canada de certains enfants à charge avec leurs parents, en contravention de divers instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire.

[25] La demanderesse prétend que l’alinéa contesté crée une définition illégale de la catégorie «regroupement familial» étant donné que cette expression est déjà expressément définie au paragraphe 12(1) de la LIPR. La demanderesse prétend en outre que le paragraphe 14(1) de la LIPR interdit implicitement qu’il y ait une autre définition de l’expression «regroupement familial».

[26] La demanderesse prétend que l’alinéa contesté a porté atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de la personne et qu’il l’a privée de son droit à une audience équitable en conformité des principes de justice fondamentale.

#### B) Le défendeur

[27] Le défendeur prétend que l’alinéa 117(9)d) du Règlement est une disposition réglementaire valide et qu’il est compatible avec l’objet de la LIPR. Le défendeur prétend que l’alinéa 117(9)d) n’empêche pas la demanderesse d’être réunie avec ses fils étant donné qu’il ne porte pas atteinte aux autres options qui restent à sa disposition et à celle de ses fils, à savoir:

i) il est encore possible pour les fils de la demanderesse de présenter une demande afin de venir au Canada en tant que résidents permanents, indépendamment de la catégorie du regroupement familial;

ii) les fils de la demanderesse peuvent demander, sur le fondement de circonstances d’ordre humanitaire suivant l’article 25 de la LIPR, d’être exemptés de l’application de l’alinéa 117(9)d).

[28] Le défendeur prétend que l’alinéa 117(9)d) n’a pas pour objet d’être punitif et il prétend que cet alinéa sert à protéger l’intégrité du processus d’immigration en



removing any incentive for foreign nationals to exclude dependants from their applications for fear of inadmissibility, or other reasons, or to be untruthful in their applications for permanent residence.

[29] The respondent submits that the separation of the applicant and her sons is the result of her own conscious and voluntary decision to leave them behind in the Philippines, and to be untruthful in her application for permanent residence. The respondent submits that the separation the applicant now complains of, is not the result of direct government action. The respondent argues that the Regulations simply effectuate the applicant's own choice not to include her sons as dependants.

[30] The respondent submits that paragraph 117(9)(d) in no way interferes with the applicant's substantive rights and is not contrary to any of Canada's international obligations. The respondent submits that while the best interests of the child is an important consideration, it is not determinative in the matter of whether or not a visa officer may issue a visa for permanent residence.

## ANALYSIS

### Issue No. 1

Is paragraph 117(9)(d) of the Regulations *ultra vires* IRPA?

[31] While subsection 12(1) of IRPA directs how individuals may be selected for the "family class", it does not provide an express definition of the term. It refers to individuals who are related in a certain way. However, subsection 13(1) of IRPA clearly provides that the right to sponsor a family member is subject to the Regulations.

[32] Furthermore, subsection 14(1) of IRPA specifically provides that the Regulations may define for the purposes of the Act, any terms used in Division 1—which is "Requirements Before Entering Canada and Selection". And subsection 14(2) permits the Regulations to govern any matter relating to classes of

enlevant aux étrangers toutes incitations à exclure de leur demande des personnes à charge par crainte d'être non admissibles, ou pour d'autres motifs, ou à mentir dans leur demande de résidence permanente.

[29] Le défendeur prétend que la séparation de la demanderesse et de ses fils est le résultat de sa décision personnelle, consciente et délibérée de les laisser aux Philippines et de mentir dans sa demande de résidence permanente. Le défendeur prétend que la séparation dont la demanderesse se plaint maintenant n'est pas le résultat d'une action directe du gouvernement. Le défendeur prétend que le Règlement met simplement en œuvre le choix personnel de la demanderesse de ne pas inclure ses fils en tant que personnes à charge.

[30] Le défendeur prétend que l'alinéa 117(9)d) ne porte nullement atteinte aux droits fondamentaux de la demanderesse et ne contrevient à aucune des obligations internationales du Canada. Le défendeur prétend que bien que l'intérêt supérieur de l'enfant soit un facteur important, ce n'est pas un facteur déterminant quant à la question de savoir si un agent des visas peut délivrer un visa de résident permanent.

## ANALYSE

### La première question en litige

L'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient-il à la LIPR?

[31] Bien que le paragraphe 12(1) de la LIPR prescrive la façon selon laquelle se fait la sélection des individus dans la catégorie «regroupement familial», il ne prévoit pas une définition précise de cette expression. Il mentionne les individus qui ont un certain lien entre eux. Toutefois, le paragraphe 13(1) de la LIPR prévoit clairement que le droit au parrainage d'un membre de la famille est soumis aux règlements.

[32] De plus, le paragraphe 14(1) de la LIPR prévoit expressément que les règlements définissent, pour l'application de la Loi, tous les termes employés à la Section 1, à savoir la section intitulée «Formalités préalables à l'entrée et sélection». Le paragraphe 14(2) permet que les règlements régissent les catégories de

permanent residents or foreign nationals, including conditions which may be imposed on applicants for family reunification. Those subsections provide, in part:

#### Regulations

14. (1) The regulations may provide for any matter relating to the application of this Division, and may define, for the purposes of this Act, the terms used in this Division.

(2) The regulations may prescribe, and govern any matter relating to, classes of permanent residents or foreign nationals, including the classes referred to in section 12, and may include provisions respecting

...

(b) applications for visas and other documents and their issuance or refusal, with respect to foreign nationals and their family members;

...

(d) conditions that may or must be imposed, varied or cancelled, individually or by class, on permanent residents and foreign nationals;

(e) sponsorships, undertakings, and penalties for failure to comply with undertakings;

Accordingly, it is my view that Parliament has clearly delegated the subject of sponsoring members of the family class to the Regulations.

[33] Now I must determine if paragraph 117(9)(d) of the Regulations is contrary to IRPA, and therefore *ultra vires*.

[34] In *Jafari v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 F.C. 595, per Strayer J.A. the Federal Court of Appeal sets out the basis upon which a court is to determine whether a particular Regulation is *ultra vires* a statute. Strayer J.A. held at page 602:

It goes without saying that it is not for a court to determine the wisdom of delegated legislation or to assess its validity on the basis of the court's policy preferences. The essential

résidents permanents ou d'étrangers, y compris les conditions qui peuvent être imposées à des demandeurs à l'égard de la réunification des familles. Ces paragraphes prévoient, en partie, ce qui suit:

#### Règlements

14. (1) Les règlements régissent l'application de la présente section et définissent, pour l'application de la présente loi, les termes qui y sont employés.

(2) Ils établissent et régissent les catégories de résidents permanents ou d'étrangers, dont celles visées à l'article 12, et portent notamment sur:

[. . .]

b) la demande, la délivrance et le refus de délivrance de visas et autres documents pour les étrangers et les membres de leur famille;

[. . .]

d) les conditions qui peuvent ou doivent être, quant aux résidents permanents et aux étrangers, imposées, modifiées ou levées, individuellement ou par catégorie;

e) le parrainage, les engagements, ainsi que la sanction de leur inobservation;

Par conséquent, je suis d'avis que le législateur a clairement délégué la question du parrainage des membres de la catégorie du regroupement familial de façon à ce qu'elle soit régie par le Règlement.

[33] Je dois maintenant établir si l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient à la LIPR et s'il est, par conséquent, invalide.

[34] Dans l'arrêt *Jafari c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 595, le juge Strayer de la Cour d'appel fédérale établit ce qui permet à un tribunal de trancher la question de savoir si un règlement particulier contrevient à une loi. Le juge Strayer, J.C.A., a déclaré ce qui suit à la page 602:

Il va sans dire qu'il n'appartient pas à un tribunal de juger de la sagesse de la législation par délégation ni d'en apprécier la validité en se fondant sur ses préférences en matière de

question for the court always is: does the statutory grant of authority permit this particular delegated legislation? In looking at the statutory source of authority one must seek all possible *indicia* as to the purpose and scope of permitted delegated legislation. Any limitations, express or implied, on the exercise of that power must be taken into account. One must then look to the regulation itself to see whether it conforms and where it is argued that the regulation was not made for the purposes authorized by the statute one must try to identify one or more of those purposes for which the regulation was adopted. It is accepted that a broad discretionary power, including a regulation-making power may not be used for a completely irrelevant purpose but it is up to the party attacking the regulation to demonstrate what that illicit purpose might be. [Emphasis added; footnoted omitted.]

[35] I am satisfied that the purpose of paragraph 117(9)(d) of the Regulations is for the proper administration of Canada's immigration law. It is reasonable that the immigration law would require an applicant for permanent residence disclose, on his or her application, all members of his or her family. Otherwise, the application for permanent residence could not be assessed properly for the purposes of the immigration law. Accordingly, paragraph 117(9)(d) of the Regulations is for a relevant purpose, i.e. to prevent the fraudulent concealment of material circumstances which might prevent the applicant from being admitted to Canada.

[36] The applicant also submits that the impugned subsection is *ultra vires* IRPA because it impedes "family reunification", an objective of IRPA.

[37] Paragraph 3(1)(d) of IRPA provides:

#### OBJECTIVES AND APPLICATION

3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are

...

(d) to see that families are reunited in Canada;

[38] The objective of family reunification does not override, outweigh, supercede or trump the basic

politique. La question essentielle que doit toujours se poser le tribunal est la suivante: le pouvoir conféré par la loi permet-il cette législation par délégation particulière? On doit rechercher dans la mesure législative attributive du pouvoir en cause tous les indices possibles de l'objet et de l'étendue de la législation par délégation autorisée. Il faut tenir compte de toute limitation, expresse ou implicite, de l'exercice de ce pouvoir. Il faut ensuite examiner le règlement lui-même pour s'assurer de sa conformité, et s'il est contesté au motif qu'il n'a pas été pris pour des fins autorisées par sa loi habilitante, on doit alors tenter de reconnaître une ou plusieurs des fins pour lesquelles le règlement a été adopté. Il est reconnu qu'un vaste pouvoir discrétionnaire, y compris un pouvoir de réglementation, ne peut être exercé pour poursuivre une fin totalement étrangère, mais il appartient à la partie qui conteste le règlement de démontrer ce que pourrait être cette fin illicite. [Non souligné dans l'original; notes omises.]

[35] Je suis convaincu que l'alinéa 117(9)d) du Règlement a pour objet la bonne administration de la législation canadienne en matière d'immigration. Il est raisonnable que la législation en matière d'immigration exige qu'un demandeur de résidence permanente divulgue, dans sa demande, l'existence de tous les membres de sa famille. Autrement, la demande de résidence permanente ne pourrait pas être évaluée correctement aux fins de la législation en matière d'immigration. Par conséquent, l'alinéa 117(9)d) du Règlement existe à des fins pertinentes, à savoir aux fins de prévenir la dissimulation frauduleuse de circonstances importantes qui peuvent empêcher le demandeur d'être admis au Canada.

[36] La demanderesse prétend en outre que l'alinéa contesté contrevient à la LIPR parce qu'il entrave la «réunification des familles», un objet de la LIPR.

[37] L'alinéa 3(1)d) de la LIPR prévoit ce qui suit:

#### OBJET DE LA LOI

3. (1) En matière d'immigration, la présente loi a pour objet:

[. . .]

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

[38] L'objet de la réunification des familles n'outrepasse pas, ne surpasse pas, ne supprime pas ou

requirement that the immigration law must be respected, and administered in an orderly and fair manner. An applicant cannot be allowed to misrepresent her family members and marital status to circumvent the immigration law, and then challenge the validity of the family class law as *ultra vires* because it impedes the reunification of her family. Such a result would be contrary to the proper, fair and orderly administration of the immigration law.

### Issue No. 2

Is paragraph 117(9)(d) of the Regulations *ultra vires* paragraph 3(3)(f) of IRPA as it does not comply with Canada's international human rights obligations?

[39] The applicant submits that the provisions of IRPA and its Regulations must conform with Canada's domestic and international human rights obligations. This is mandated by IRPA's interpretation provision, subsection 3(3):

3. . . .

(3) This Act is to be construed and applied in a manner that

. . .

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory

[40] The applicant submits that by denying parents who have committed misrepresentation the ability to sponsor their children, paragraph 117(9)(d) is inconsistent with the following principles found in human rights instruments to which Canada is signatory:

(a) a parent's rights not to be subjected to arbitrary or unlawful interference with privacy, family or home and

n'éclipse pas l'exigence de base selon laquelle la législation en matière d'immigration doit être respectée et administrée d'une façon ordonnée et juste. On ne peut pas permettre à une demanderesse de présenter sous un faux jour les membres de sa famille et son état matrimonial afin de se soustraire à la législation en matière d'immigration et, par la suite, de contester la validité de la catégorie du regroupement familial en prétendant qu'elle contrevient à la loi parce qu'elle entrave la réunification de sa famille. L'obtention d'un tel résultat serait contraire à l'administration correcte, juste et ordonnée de la législation en matière d'immigration.

### Deuxième question en litige

L'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient-il à l'alinéa 3(3)f) de la LIPR étant donné qu'il ne respecte pas les obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme?

[39] La demanderesse prétend que les dispositions de la LIPR et des règlements pris sous cette loi doivent respecter les obligations internes et internationales du Canada portant sur les droits de l'homme. C'est la disposition d'interprétation de la LIPR, le paragraphe 3(3) qui suit, qui l'exige:

3. [. . .]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet:

[. . .]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[40] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d), étant donné qu'il refuse aux parents qui ont fait une fausse déclaration la capacité de parrainer leurs enfants, est incompatible avec les principes suivants qui se trouvent dans les instruments portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire:

a) le droit d'un parent de ne pas faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée,

to the protection of the family;

(b) a child's rights to have their best interests considered in actions that concern them, to be cared for by their parents, and to be reunited with their family in a positive, expeditious and humane manner.

[41] The applicant relies upon the following nine international instruments:

(1) *Charter of the United Nations* [June 26, 1945, [1945] Can. T.S. No. 7]

(2) *Universal Declaration of Human Rights* [GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948]

(3) *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* [[1976] Can. T.S. No. 46] (ICESCR)

(4) *Vienna Convention on the Law of Treaties* [May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37]

(5) *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47] (ICCPR)

(6) *Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36] (CAT)

(7) *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] (CRC)

(8) *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 213 (ECHR), which is governed by the European Court of Human Rights

(9) *African Charter on Human and People's Rights* [June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)]

sa famille ou son domicile et son droit à la protection de la famille;

b) le droit d'un enfant de voir son intérêt supérieur pris en compte dans les décisions qui le concernent, d'être élevé par ses parents et d'être réuni avec sa famille dans un esprit positif, avec diligence et humanité.

[41] La demanderesse s'appuie sur les neuf instruments internationaux suivants:

1) la *Charte des Nations Unies* [26 juin 1945 [1945] R.T. Can. n° 7]

2) la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [Rés. AG 217 A (III), Doc. Off. AG NU, 10 décembre 1948]

3) le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* [[1976] R.T. Can. n° 46] (PIDESC)

4) la *Convention de Vienne sur le droit des traités* [23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37]

5) le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] (PIDCP)

6) la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36]

7) la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] (CDE)

8) *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, [1950] R.T.N.U. 221 (CEDH), réglementée par la Cour européenne des droits de l'homme

9) la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* [27 juin 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)].

[42] I will set out in some detail the rights and conventions relied upon by the applicant.

(i) Right not to be subjected to arbitrary or unlawful interference with privacy, family or home

[43] Article 17 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* reads as follows:

**Article 17**

1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.

2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

[44] This right is also provided to children in Article 16 of the *Convention on the Rights of the Child*:

**Article 16**

1. No child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation.

2. The child has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

[45] It is submitted that denial of the ability to sponsor constitutes an arbitrary violation of the right to be free from interference with privacy, home and family.

(ii) Right to protection of the family

[46] International human right documents declare the importance of state protection of the family unit in various ways. For example, Article 10 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* reads:

[42] Je vais traiter d'une façon assez détaillée des droits et des conventions sur lesquels la demanderesse s'appuie.

i) Le droit de ne pas faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille ou son domicile

[43] L'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est rédigé comme suit:

**Article 17**

1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

[44] L'article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* accorde également aux enfants ce droit de la façon suivante:

**Article 16**

1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

[45] La demanderesse prétend que le fait de refuser la capacité de parrainer constitue une atteinte arbitraire au droit de ne pas faire l'objet d'immixtions dans la vie privée, le domicile et la famille.

ii) Le droit à la protection de la famille

[46] Les documents internationaux portant sur les droits de l'homme déclarent de diverses façons l'importance de la protection de l'unité familiale par l'État. Par exemple, l'article 10 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* est rédigé comme suit:

**Article 10**

The States Parties to the present Covenant recognize that:

1. The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. . . .

...

3. Special measures of protection and assistance should be taken on behalf of all children and young persons without any discrimination for reasons of parentage or other conditions. . . .

**(iii) Rights of the children involved**

Best interests of the child (Convention on the Rights of the Child, Article 3)

[47] Article 3(1) of the *Convention on the Rights of the Child* states:

**Article 3**

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, court of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

[48] The Supreme Court held in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 that immigration decisions must consider the best interest of the children involved due to the influence of the CRC. The applicant submits that “all actions concerning children” includes a regulation that prevents children from being sponsored.

[49] The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations does not allow for any consideration of the best interests of the child. There is no appeal allowed, and no access to any kind of review where the best interests of the children would be considered. The integrity of the system which the respondent claims to

**Article 10**

Les États parties au présent Pacte reconnaissent que:

1. Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. [ . . . ]

[ . . . ]

3. Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. [ . . . ]

**iii) Les droits des enfants en cause**

L'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant)

[47] L'article 3(1) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* énonce ce qui suit:

**Article 3**

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

[48] La Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, a statué que les décisions en matière d'immigration doivent prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants en cause en raison de l'influence de la CDE. La demanderesse prétend que l'expression «toutes les décisions qui concernent les enfants» inclut une disposition réglementaire qui empêche des enfants de faire l'objet d'un parrainage.

[49] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement ne permet aucunement que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en compte. Il n'est pas permis d'interjeter appel et il n'est pas possible de présenter quelque demande de contrôle que ce soit qui permettrait que l'intérêt supérieur de l'enfant soit pris en

protect by this provision is not concerned with the child's best interest.

(iv) Right to be cared for by parents and not to be separated from parents (CRC paragraphs 7(1) and 9(1), Article 17 of the ICCPR)

[50] Article 9(1) of the CRC states:

#### Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

[51] The applicant submits that according to this paragraph, separation from parents is only justified in the child's best interests, such as in a child neglect case. As discussed above, this is not the case here. By separating children from parents without providing any chance of reunion, subsection 117(9) interferes with the right to be cared for by parents and not to be separated from parents.

(v) Right to be reunited with parents in a positive, humane and expeditious manner (CRC paragraph 10(1))

[52] Article 10 of the CRC provides that "applications by a child or his or her parents to enter or leave a State Party for the purpose of family reunification shall be dealt with by States Parties in a positive, humane and expeditious manner". The applicant submits that this appears to be the only international human rights instrument provision that expressly refers to family reunification. By contrast with the wording of Article 10, paragraph 117(9)(d) operates

comme. L'intégrité du processus qui selon le défendeur est protégé par cette disposition ne se préoccupe pas de l'intérêt supérieur de l'enfant.

iv) Le droit d'être élevé par ses parents et de ne pas être séparé d'eux (les paragraphes 7(1) et 9(1) de la CDE et l'article 17 du PIDCP)

[50] L'article 9(1) de la CDE énonce ce qui suit:

#### Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

[51] La demanderesse prétend que suivant ce paragraphe la séparation d'avec les parents n'est justifiée que dans l'intérêt supérieur de l'enfant, comme dans un cas de négligence de l'enfant. Comme il a été précédemment mentionné, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le paragraphe 117(9), étant donné qu'il entraîne la séparation de l'enfant d'avec ses parents sans lui donner aucune possibilité d'être réuni avec eux, s'immisce dans le droit d'être élevé par ses parents et le droit de ne pas être séparé d'eux.

v) Le droit d'être réuni avec les parents dans un esprit positif, avec humanité et diligence (paragraphe 10(1) de la CDE)

[52] L'article 10 de la CDE prévoit que «toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence». La demanderesse prétend que cet article semble être la seule disposition des instruments internationaux portant sur les droits de l'homme qui mentionne expressément la réunification familiale. Contrairement au libellé de



in a negative and inhumane manner.

Analysis with respect to Issue No. 2

[53] I have concluded that paragraph 3(3)(f) of IRPA codifies the common law canon of statutory construction that domestic law should be interpreted to reflect the values contained in international human rights conventions to which Canada has ascribed. In *Baker* the Supreme Court held at paragraph 70 that the human rights values in these international conventions “help inform the contextual approach” which the Court should incorporate when interpreting statutes. However, paragraph 3(3)(f) of IRPA does not incorporate international human rights conventions as part of Canadian law, or state that they override plain words in a statute. Paragraph 3(3)(f) of IRPA means that the conventions be considered by the Court as “context” when interpreting ambiguous provisions of the immigration law. I am of the opinion that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is plain, clear, and unambiguous. It leaves no room for such interpretation.

[54] In any event, IRPA provides a mechanism in subsection 25(1) to exempt the applicant’s two sons from paragraph 117(9)(d) of the Regulations for humanitarian and compassionate reasons or for the best interests of the children.

[55] I am of the view that section 25 of IRPA reflects and fulfills Canada’s commitment to take human rights and the best interests of children into account when administering the immigration law. Paragraph 117(9)(d) of the Regulations is not an inflexible rule precluding sponsorship in appropriate cases. The applicant can support her sons in invoking section 25. That section can recognize that the applicant is the mother, who would have been able to sponsor her two sons if she had properly disclosed them when she applied for permanent residence to Canada. That section can apply equitable factors in appropriate cases.

l’article 10, l’alinéa 117(9)d) produit des effets dans un esprit négatif et sans humanité.

Analyse à l’égard de la deuxième question en litige

[53] J’ai conclu que l’alinéa 3(3)f) de la LIPR codifie le principe fondamental d’interprétation législative en common law selon lequel les lois internes devraient être interprétées de façon à refléter les valeurs contenues dans les conventions internationales portant sur les droits de l’homme auxquelles le Canada a adhéré. Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême a statué, au paragraphe 70, que les valeurs exprimées à l’égard des droits de la personne dans les conventions internationales peuvent «être prises en compte dans l’approche contextuelle» de l’interprétation des lois. Cependant, l’alinéa 3(3)f) de la LIPR n’incorpore pas les conventions internationales portant sur les droits de l’homme dans la législation canadienne pas plus qu’il n’énonce qu’elles outrepassent les termes simples d’une loi. L’alinéa 3(3)f) de la LIPR signifie que les conventions devraient être considérées par la Cour comme un «contexte» lorsqu’elle interprète des dispositions ambiguës de la législation en matière d’immigration. Je suis d’avis que l’alinéa 117(9)d) du Règlement est simple, clair et sans ambiguïté. Il ne laisse pas de place à une telle interprétation.

[54] De toute façon, la LIPR prévoit au paragraphe 25(1) un mécanisme pour exempter les deux fils de la demanderesse, sur le fondement de circonstances d’ordre humanitaire ou de l’intérêt supérieur des enfants, de l’application de l’alinéa 117(9)d) du Règlement.

[55] Je suis d’avis que l’article 25 de la LIPR reflète l’engagement du Canada de tenir compte des droits de l’homme et de l’intérêt supérieur des enfants dans le contexte de l’administration de la législation en matière d’immigration et remplit ses obligations à cet égard. L’alinéa 117(9)d) du Règlement n’est pas une règle inflexible qui empêche le parrainage dans des cas appropriés. La demanderesse peut appuyer ses fils en invoquant l’article 25. Cet article peut reconnaître que la demanderesse est la mère qui aurait pu parrainer ses deux fils si elle avait correctement divulgué leur existence lorsqu’elle a présenté sa demande de résidence permanente au Canada. Cet article peut appliquer des facteurs d’*equity* dans des cas appropriés.

Issue No. 3

Is paragraph 117(9)(d) of the Regulations contrary to section 7 of the Charter?

[56] Section 7 of the Charter provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[57] The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations violates section 7 of the Charter. The legislated restriction on her right to sponsor her child interferes with her ability to make fundamental, personal decisions and imposes serious psychological stress. This deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice as it is arbitrary and punitive and violates the right to be heard.

[58] I will detail the arguments made by the applicant in this regard:

(i) Security of the person—serious state-imposed psychological stress

[59] The applicant submits that paragraph 117(9)(d) of the Regulations adversely affects the sponsor's security of the person. The applicant is subject to the distress of the loss of companionship of the child. She is stigmatized as someone who is not allowed to have her children with her because of her past behaviour—behaviour which is unrelated to her ability to raise her children. Her social and family life are disrupted to the point that she must choose between the country where she has established herself and her children. This stress and anxiety rises well beyond the stresses of ordinary life.

(ii) Not in accordance with principles of fundamental justice

[60] The deprivation of the applicant's liberty and/or security interests does not comply with the principle of fundamental justice as it is punitive and arbitrary. Further, the applicant's ability to sponsor is removed

Troisième question en litige

L'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient-il à l'article 7 de la Charte?

[56] L'article 7 de la Charte prévoit ce qui suit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[57] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement enfreint l'article 7 de la Charte. La restriction imposée par la loi à son droit de parrainer ses enfants s'immisce dans sa capacité à prendre des décisions personnelles et importantes et cause un stress psychologique grave. La privation à cet égard n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale étant donné qu'elle est arbitraire et punitive et qu'elle porte atteinte au droit d'être entendu.

[58] Je vais traiter en détail des prétentions faites par la demanderesse à cet égard.

i) Sécurité de la personne—stress psychologique grave causé par l'État

[59] La demanderesse prétend que l'alinéa 117(9)d) du Règlement a des conséquences défavorables sur la sécurité de la personne du répondant. La demanderesse subit la douleur de la perte de la compagnie d'un enfant. Elle est perçue comme une personne qui n'a pas le droit d'avoir ses enfants avec elle en raison de son comportement passé, comportement qui n'a pas de liens avec sa capacité à élever ses enfants. Sa vie sociale et familiale est perturbée au point qu'elle doit choisir entre le pays où elle s'est établie et ses enfants. Ce stress et cette anxiété s'élèvent bien au-dessus du stress ordinaire de la vie.

ii) Privation incompatible avec les principes de justice fondamentale

[60] La privation du droit à la liberté et à la sécurité de la demanderesse ne respecte pas les principes de justice fondamentale étant donné qu'elle est punitive et arbitraire. En outre, la capacité pour la demanderesse de

without giving her an opportunity to be heard or to have her situation individually considered on its merits.

(iii) There is no right to be heard

[61] Paragraph 117(9)(d) excludes the applicant's children from the family class. This deprives the applicant of an appeal to the IAD, as the Board's jurisdiction is limited to those cases involving members of the family class. As a result, the sponsor is denied an opportunity to be heard. There is no way to balance the state's interests with those of the individuals concerned, and therefore there is no process in which the applicant can present evidence.

(iv) Section 1 justification

[62] The applicant further submits that the restriction cannot be justified under section 1 of the Charter. While it is an important goal to minimize immigration based on misrepresentation, paragraph 117(9)(d) is disproportionate to this goal. It is an absolute, arbitrary regulation that is not rationally connected to this goal and is not the least impairing alternative. Section 40 of IRPA and sections 10 and 18 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 provide sufficient deterrence against persons making misrepresentations to gain entry into Canada. See Appendix A attached for these provisions.

Analysis with respect to Issue No. 3

[63] I am of the view that to trigger section 7 of the Charter, the Court must first find that there has been a deprivation of the right to life and security of the person, and second, that the deprivation is contrary to the principles of fundamental justice. See *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 47. It is established that the liberty interest protected by section 7 of the Charter is not restricted to mere freedom from physical restraint.

parrainer ses enfants lui est enlevée sans qu'elle ait la possibilité d'être entendue ou de faire apprécier séparément le bien-fondé de sa situation.

iii) Absence du droit d'être entendu

[61] L'alinéa 117(9)d) exclut les enfants de la demanderesse de la catégorie du regroupement familial. Cette exclusion prive la demanderesse du droit d'interjeter appel à la SAI étant donné que la compétence de la Commission est limitée aux cas qui concernent les membres de la catégorie du regroupement familial. Par conséquent, la répondante est privée de la possibilité d'être entendue. Il n'y a pas de façon d'établir l'équilibre entre les intérêts de l'État et ceux des individus en cause et, par conséquent, il n'existe pas une procédure au cours de laquelle la demanderesse peut présenter des éléments de preuve.

iv) Justification suivant l'article 1

[62] La demanderesse prétend en outre que la restriction ne peut pas être justifiée suivant l'article 1 de la Charte. Bien que l'objet visant à réduire l'immigration fondée sur de fausses déclarations soit un objet important, l'alinéa 117(9)d) est disproportionné quant à cet objet. Cet alinéa est une disposition réglementaire totalement arbitraire qui n'a pas de liens rationnels avec cet objet et qui n'est pas la solution qui porte atteinte le moins possible au droit ou à la liberté en question. L'article 40 de la LIPR et les articles 10 et 18 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, fournissent une dissuasion suffisante contre les personnes qui font de fausses déclarations afin d'être admises au Canada. Voir ces dispositions à l'annexe A ci-jointe.

Analyse à l'égard de la troisième question en litige

[63] Je suis d'avis qu'il faut, pour que l'article 7 de la Charte s'applique, que la Cour statue premièrement qu'il y a eu une privation du droit à la vie et à la sécurité de la personne et, deuxièmement, que la privation porte atteinte aux principes de justice fondamentale: voir l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 47. Il est établi que le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte n'est pas limité à la simple liberté de contrainte

Liberty can be engaged where the state compels or prohibits important and fundamental life choices.

[64] When the applicant made a fundamental life choice to separate herself from her two sons and emigrate, she did so subject to the immigration law of Canada. She cannot now argue that her liberty is affected by that law, which restricts the “family class” to members of the applicant’s family who were disclosed and examined at the time the applicant applied for permanent residence. Realistically the applicant would probably not have been admitted to Canada if she had disclosed her family members because it would have become apparent that she was married or in a common-law relationship.

[65] With respect to the security of the applicant, the constitutional guarantee of security of the person does not protect against the “ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of a government action”. See *Chesters v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2003] 1 F.C. 361 (T.D.) at paragraph 130, *per* Heneghan J. In fact, there is no evidence before the Court that the applicant suffered stress or anxiety. Counsel for the applicant asks that the Court take judicial notice that the inability of the applicant to sponsor her two sons would cause stress. I am of the view that that stress is no more than the stress which the applicant voluntarily chose to accept when she decided to separate from her two sons in 1993. That stress is self-imposed.

[66] Moreover, I find that the applicant’s right to security of person was not infringed as a consequence of any action by the government. As a potential immigrant, she was subject to the requirements of the immigration law and regulations. She had no other right to enter Canada. She chose to ignore that law by misrepresenting her true family situation when she sought admission to

physique. La liberté peut être en cause lorsque l’État pousse des gens à faire des choix importants ou fondamentaux dans leur vie ou les empêche de faire ces choix.

[64] Lorsque la demanderesse a fait dans sa vie un choix fondamental de se séparer de ses enfants et d’émigrer, elle l’a fait en étant assujettie à la législation canadienne en matière d’immigration. Elle ne peut pas maintenant prétendre que sa liberté est entravée par cette législation qui restreint la «catégorie du regroupement familial» aux membres de la famille dont l’existence a été divulguée et qui ont fait l’objet d’un contrôle au moment où la demanderesse a présenté sa demande de résidence permanente. De façon réaliste, la demanderesse n’aurait probablement pas été admise au Canada si elle avait divulgué l’existence des membres de sa famille parce qu’il serait devenu évident qu’elle était mariée ou qu’elle avait une relation de conjoint de fait.

[65] À l’égard de la sécurité de la demanderesse, la garantie constitutionnelle de la sécurité de la personne ne protège pas contre les «tensions et les angoisses ordinaires qu’une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d’un acte gouvernemental»; voir la décision *Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2003] 1 C.F. 361 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 130, par la juge Heneghan. En fait, la Cour ne dispose d’aucun élément de preuve démontrant que la demanderesse souffre de stress ou d’anxiété. L’avocat de la demanderesse demande que la Cour reconnaisse d’office que l’incapacité de la demanderesse de pouvoir parrainer ses deux fils peut causer du stress. Je suis d’avis que ce stress n’est pas différent de celui que la demanderesse a volontairement choisi d’accepter lorsqu’elle a décidé de se séparer de ses deux fils en 1993. Ce stress dépend d’elle-même.

[66] En outre, je suis d’avis qu’il n’a pas été porté atteinte au droit à la sécurité de la personne de la demanderesse en raison d’un acte gouvernemental. En tant qu’immigrante potentielle, elle était assujettie aux exigences de la loi et des règlements en matière d’immigration. Elle n’avait pas un autre droit lui permettant d’entrer au Canada. Elle a choisi de ne pas

Canada as a permanent resident. She cannot submit that that law deprived her of the right to security of person. Such an argument is in the realm of the absurd.

[67] The applicant submits that her liberty and security interests have been deprived without complying with the principles of fundamental justice. On May 13, 2004 the IAD decided a similar case. In *Samosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] I.A.D.D. No. 271 (QL), panel member, Kim Workun, reviewed the purpose, importance and rationale for requiring applicants to disclose all members of their “family class”. The principle of family reunification requires that immigration authorities assess the family as a whole and the eligibility of each member who is seeking admission to Canada or may, in the future, seek admission in the preferred family class category. The IAD stated at paragraph 30:

The required accurate disclosure goes to the heart of the integrity of the system.

and at paragraph 31:

In balancing the individual against societal interest in this case, I conclude the societal interest in preserving the integrity of the immigration system by way of limiting the present applicant’s eligibility to Canada within the family class category would justify a deprivation of the appellant’s alleged Charter right.

...

and at paragraph 33:

In my view, it would, in fact, offend fundamental justice were the appellant, in the particular circumstances of this case, to be permitted to sponsor her previously undisclosed dependant at this time. I note her admission at hearing that the sponsorship of the applicant was filed only after she received her own Canadian citizenship and felt herself to be “shielded” from adverse immigration proceedings respecting the non-disclosure.

tenir compte de cette législation en présentant sous un faux jour sa véritable situation familiale alors qu’elle tentait d’obtenir l’admission au Canada en tant que résidente permanente. Elle ne peut pas prétendre que cette législation la prive du droit à la sécurité de la personne. Une telle prétention est absurde.

[67] La demanderesse prétend qu’elle a été privée de son droit à la liberté et à la sécurité sans que les principes de justice fondamentale aient été respectés. Le 13 mai 2004, la SAI a tranché une affaire similaire. Dans l’affaire *Samosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] D.S.A.I. n° 271 (QL), la commissaire Kim Workun a examiné l’objet, l’importance et le raisonnement pour lesquels on exige que les demandeurs divulguent l’existence de tous les membres de la «catégorie du regroupement familial». Le principe de la réunification des familles requiert que les autorités d’immigration apprécient la famille comme un tout et évaluent l’admissibilité de chaque membre qui demande l’admission au Canada ou qui pourrait le faire par la suite dans cette catégorie préférentielle. La SAI a déclaré ce qui suit au paragraphe 30:

L’obligation de divulguer de façon exacte l’existence d’une telle personne vise à préserver l’intégrité du régime d’immigration.

Puis, ce qui suit au paragraphe 31:

En soupesant, en l’espèce, les intérêts individuels de l’appelante au regard de l’intérêt de la société, le tribunal conclut que l’intérêt de la société de maintenir l’intégrité du système d’immigration en restreignant l’admissibilité au Canada de la présente demandeur à titre de membre de la catégorie du regroupement familial justifie une privation du présumé droit de l’appelante que lui garantit la Charte [. . .]

et ce qui suit au paragraphe 33:

En fait, le tribunal estime qu’on irait à l’encontre de la justice fondamentale si on permettait à l’appelante, dans les circonstances particulières de l’espèce, de parrainer actuellement la personne à charge dont elle n’a pas divulgué l’existence antérieurement. Le tribunal note que l’appelante a parrainé à l’audience qu’elle a présenté sa demande de parrainage à l’endroit de la demandeur seulement après avoir obtenu elle-même sa citoyenneté canadienne et après s’être crue «à l’abri» de procédures d’immigration défavorables en raison de la non-divulgarion de l’existence de la demandeur.

I agree with IAD member Warkun that it would offend fundamental justice were the applicant permitted to sponsor her previously undisclosed relatives at this time. I think this restriction is a reasonable limit on her section 7 Charter rights.

[68] Counsel for the applicant argues that if the respondent had any concern about the false representations made by the applicant upon which she obtained permanent residence in Canada, that the respondent would take action under section 10 of the *Citizenship Act*. Section 10 of the *Citizenship Act* provides that a person who was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances may be subject to government action to have his or her citizenship revoked. I would think the applicant imprudent to taunt the respondent in this regard. The inaction by the respondent may not indicate acquiescence, only inadequate resources and other priorities.

[69] In any event, the applicant's two sons have the right to apply for permanent residence in Canada and to seek an exemption under section 25 of IRPA from paragraph 117(9)(d) of the Regulations, for humanitarian and compassionate grounds or on the basis that it is in the best interests of the child. The applicant can support such an application and ask that the respondent consider her separation from her sons. Accordingly, section 25 provides the applicant's two sons and the applicant with an opportunity to obtain an exemption from the legislated restriction on her right to sponsor her children. Such an exemption completely undermines her claim that paragraph 117(9)(d) of the Regulations is so inflexible that it violates her section 7 Charter rights, including her right to be heard on the subject.

[70] In view of my findings that section 7 of the Charter has not been infringed, I do not need to consider whether such infringement is justified as a reasonable limitation in a free and democratic society under section

Je suis d'accord avec la commissaire Warkun de la SAI que ce serait un outrage à la justice fondamentale que de permettre maintenant à la demanderesse de parrainer les membres de sa famille dont elle n'a pas divulgué l'existence antérieurement. Je suis d'avis que cette restriction est une limite raisonnable de ses droits garantis par l'article 7 de la Charte.

[68] L'avocat de la demanderesse prétend que si le défendeur avait des préoccupations à l'égard des fausses déclarations faites par la demanderesse, déclarations qui lui ont permis d'obtenir la résidence permanente au Canada, il aurait pris une mesure suivant l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*. L'article 10 prévoit qu'une personne légalement admise au Canada en tant que résident permanent par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels peut faire l'objet d'une mesure visant à annuler sa citoyenneté. Il est selon moi imprudent pour la demanderesse de défier le défendeur à cet égard. L'inaction du défendeur peut ne pas indiquer un acquiescement, mais simplement un manque de ressources et d'autres priorités.

[69] De toute façon, les deux fils de la demanderesse ont le droit de présenter une demande de résidence permanente au Canada et de demander, sur le fondement de circonstances d'ordre humanitaire ou de l'intérêt supérieur de l'enfant suivant l'article 25 de la LIPR, d'être exemptés de l'application de l'alinéa 117(9)d) du Règlement. La demanderesse peut appuyer une telle demande et requérir que le défendeur prenne en compte le fait qu'elle est séparée de ses fils. Par conséquent, l'article 25 fournit aux deux fils de la demanderesse et à la demanderesse la possibilité d'être exemptés de la restriction imposée par la loi à son droit de parrainer ses enfants. Une telle exemption anéantit complètement sa prétention selon laquelle l'alinéa 117(9)d) du Règlement est si inflexible qu'il porte atteinte à ses droits garantis par l'article 7 de la Charte, y compris à son droit d'être entendue à cet égard.

[70] Compte tenu de mes conclusions selon lesquelles il n'a pas été porté atteinte à l'article 7 de la Charte, je n'ai pas à examiner la question de savoir si, suivant l'article 1 de la Charte, une telle atteinte est justifiée à

1 of the Charter. However, I will state my view in the alternative. Liberty, in a free and democratic society, must be subject to reasonable limits. A person's right to liberty is subject to the law of the land. In my view, the restriction in paragraph 117(9)(d) of the Regulations in conjunction with section 25 of IRPA is a reasonable limit. This is also a reasonable limit on her section 7 Charter rights.

### CONCLUSION

[71] For these reasons, I have concluded that:

(1) paragraph 117(9)(d) of the Regulations is not *ultra vires* IRPA;

(2) paragraph 117(9)(d) of the Regulations is plain and clear statutory language, and that it is not open to being construed under paragraph 3(3)(f) of IRPA in the context of Canada's international obligations under human rights conventions; and,

(3) paragraph 117(9)(d) of the Regulations is constitutional and consistent with section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

### PROPOSED CERTIFIED QUESTION

[72] The applicant proposed that the three issues of this case be certified as serious questions of general importance. I am of the view that the first question, whether paragraph 117(9)(d) of the Regulations is *ultra vires* subsection 12(1) of IRPA, is not a serious question of general importance. This Regulation is clearly related to the purpose of the Act and there is no doubt that the statutory grant of authority in section 14 of IRPA permits this Regulation for the reasons herein.

[73] With respect to the second question, whether paragraph 117(9)(d) of the Regulations is *ultra vires*

titre de limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Cependant, j'énoncerai mon opinion à titre subsidiaire. La liberté, dans une société libre et démocratique, doit faire l'objet de limites raisonnables. Le droit d'une personne à la liberté est assujéti au droit du pays. À mon avis, la restriction prévue par l'alinéa 117(9)d) du Règlement, lorsqu'elle est associée à l'article 25 de la LIPR, est une limite raisonnable. C'est en outre une limite raisonnable des droits de la demanderesse garantis par l'article 7 de la Charte.

### CONCLUSION

[71] Pour les motifs énoncés, j'ai conclu que:

1) l'alinéa 117(9)d) du Règlement ne contrevient pas à la LIPR;

2) l'alinéa 117(9)d) du Règlement est rédigé dans un langage législatif simple et clair et n'est pas soumis à une interprétation suivant l'alinéa 3(3)f) de la LIPR dans le contexte des obligations internationales du Canada résultant des conventions portant sur les droits de l'homme;

3) l'alinéa 117(9)d) du Règlement est constitutionnel et compatible avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### QUESTION PROPOSÉE AUX FINS DE LA CERTIFICATION

[72] La demanderesse a proposé que les trois questions en litige dans la présente affaire soient certifiées à titre de questions graves de portée générale. Je suis d'avis que la première question, celle de savoir si l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient au paragraphe 12(1) de la LIPR, n'est pas une question grave de portée générale. Cette disposition réglementaire se rapporte manifestement à l'objet de la Loi et il n'y a pas de doutes que le pouvoir conféré par la loi à l'article 14 de la LIPR permet cette disposition réglementaire pour les motifs mentionnés.

[73] À l'égard de la deuxième question, celle de savoir si l'alinéa 117(9)d) du Règlement contrevient à l'alinéa

paragraph 3(3)(f) of IRPA as it does not comply with Canada's international human rights obligations, subsection 25(1) of IRPA directly complies with Canada's obligations in this regard. Subsection 25(1) of IRPA allows the applicant's two sons, with the support of the applicant, to seek exemption from paragraph 117(9)(d) of the Regulations on humanitarian and compassionate grounds, taking into account the best interests of the child. Accordingly, I am of the view that the second question does not raise a question of serious importance which ought to be certified.

[74] With respect to the third question, namely whether paragraph 117(9)(d) of the Regulations is contrary to section 7 of the Charter, I agree that this is a question of serious importance. Accordingly, the following question will be certified:

Is paragraph 117(9)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* invalid or inoperative because it is unconstitutional as it deprives the applicant of her right to liberty and/or her right to security of person, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to section 7 of the Charter?

#### APPENDIX A

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29

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.

3(3)(f) de la LIPR étant donné qu'il ne respecte pas les obligations internationales du Canada portant sur les droits de l'homme, le paragraphe 25(1) de la LIPR respecte directement les obligations du Canada à cet égard. Le paragraphe 25(1) de la LIPR permet aux deux fils de la demanderesse, avec l'appui de la demanderesse, de demander sur le fondement de considérations d'ordre humanitaire compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant une exemption de l'application de l'alinéa 117(9)(d) du Règlement. Par conséquent, je suis d'avis que la deuxième question ne soulève pas une question grave de portée générale qui devrait être certifiée.

[74] À l'égard de la troisième question, celle de savoir si l'alinéa 117(9)(d) du Règlement contrevient à l'article 7 de la Charte, je partage l'opinion selon laquelle il s'agit d'une question grave de portée générale. Par conséquent, la question suivante sera certifiée:

L'alinéa 117(9)(d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* est-il invalide ou inopérant du fait qu'il est inconstitutionnel étant donné qu'il prive la demanderesse de son droit à la liberté et de son droit à la sécurité de la personne d'une façon incompatible avec les principes de justice fondamentale, en contravention de l'article 7 de la Charte?

#### ANNEXE A

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29

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) 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

(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.

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

40. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible for misrepresentation

(a) for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of this Act;

(b) for being or having been sponsored by a person who is determined to be inadmissible for misrepresentation;

(c) on a final determination to vacate a decision to allow the claim for refugee protection by the permanent resident or the foreign national; or

(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) 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.

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

40. (1) Emportent interdiction de territoire pour fausses déclarations les faits suivants:

a) directement ou indirectement, faire une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi;

b) être ou avoir été parrainé par un répondant dont il a été statué qu'il est interdit de territoire pour fausses déclarations;

c) l'annulation en dernier ressort de la décision ayant accueilli la demande d'asile;

(d) on ceasing to be a citizen under paragraph 10(1)(a) of the *Citizenship Act*, in the circumstances set out in subsection 10(2) of that Act.

(2) The following provisions govern subsection (1):

(a) the permanent resident or the foreign national continues to be inadmissible for misrepresentation for a period of two years following, in the case of a determination outside Canada, a final determination of inadmissibility under subsection (1) or, in the case of a determination in Canada, the date the removal order is enforced; and

(b) paragraph (1)(b) does not apply unless the Minister is satisfied that the facts of the case justify the inadmissibility.

d) la perte de la citoyenneté au titre de l'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté* dans le cas visé au paragraphe 10(2) de cette loi.

(2) Les dispositions suivantes s'appliquent au paragraphe (1):

a) l'interdiction de territoire court pour les deux ans suivant la décision la constatant en dernier ressort, si le résident permanent ou l'étranger n'est pas au pays, ou suivant l'exécution de la mesure de renvoi;

b) l'alinéa (1)b) ne s'applique que si le ministre est convaincu que les faits en cause justifient l'interdiction.

A-570-03  
2004 FCA 352

A-570-03  
2004 CAF 352

**Arthur Froom** (*Appellant*)

**Arthur Froom** (*appelant*)

v.

c.

**Minister of Justice** (*Respondent*)

**Ministre de la Justice** (*intimé*)

**INDEXED AS: FROMM v. CANADA (MINISTER OF JUSTICE)**  
**(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: FROMM c. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)**  
**(C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Linden, Sexton and Sharlow  
J.J.A.—Toronto, October 18 and 21, 2004.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Sexton et Sharlow,  
J.C.A.—Toronto, 18 et 21 octobre 2004.

*Extradition — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision denying judicial review of Extradition Act, s. 15 authority to proceed — Relevant features of Act reviewed — Minister's position: F.C. should always decline Federal Courts Act, s. 18 jurisdiction to review authority to proceed, because Extradition Act providing adequate alternative remedy, and to avoid forum-shopping, other reprehensible conduct — Judge ruled Court would exercise jurisdiction in certain circumstances but rejected application on merits, Minister could delegate power to issue authority to proceed — Cross-appeal quashed as inappropriate, unnecessary — Attempt to challenge portion of reasons, not decision itself — Case law supporting proposition F.C. may decline jurisdiction where adequate alternative remedy — Need not be perfect remedy — Discretionary decision reversible on appeal only in limited circumstances — Judge below of view extradition judge lacking jurisdiction to review authority to proceed — Body of case law post-dating Judge's decision reveals extradition judges have broader powers than was supposed at that time — Relief available under Charter, superior court's inherent jurisdiction to prevent abuse of own process.*

*Extradition — Appel et appel incident à l'encontre d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance délivré en vertu de l'art. 15 de la Loi sur l'extradition — Examen des caractéristiques pertinentes de la Loi — Position du ministre: la Cour fédérale devrait toujours refuser d'exercer la compétence dont elle est investie en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance, parce que la Loi sur l'extradition prévoit un autre recours approprié et qu'il est souhaitable d'éviter le sondage de tribunaux et d'autres pratiques répréhensibles — La juge a statué que la Cour pouvait exercer sa compétence dans certaines circonstances, mais a rejeté la demande au fond au motif que le ministre pouvait déléguer le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance — Appel incident annulé au motif qu'il n'était ni approprié ni nécessaire — Tentative visant à contester une partie des motifs, mais non la décision elle-même — La jurisprudence appuie la proposition selon laquelle la C.F. peut refuser d'exercer sa compétence lorsqu'un autre recours approprié existe et il n'est pas nécessaire que ce recours soit parfait — Une décision discrétionnaire ne peut être infirmée en appel que dans des circonstances restreintes — La juge de première instance estimait que le juge d'extradition n'avait pas compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance — Un nombre important de décisions judiciaires rendues après celle de la juge de première instance indiquent que les juges d'extradition possèdent des pouvoirs plus larges que ce qui était supposé à l'époque — Une réparation peut être accordée en vertu de la Charte ou en vertu de la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures pour empêcher l'utilisation abusive de leurs procédures.*

*Federal Court Jurisdiction — Extradition Act, conferring jurisdiction on provincial superior, appellate courts — Whether F.C. should always decline Federal Courts Act, s. 18*

*Compétence de la Cour fédérale — La Loi sur l'extradition accorde compétence aux cours d'appel et aux cours supérieures provinciales — La question est de savoir si la C.F.*

*jurisdiction to review authority to proceed as Extradition Act provides adequate alternative remedy — Avoidance of forum-shopping — As decision to decline jurisdiction discretionary, not reversible on appeal except in limited circumstances — Whether extradition judge has jurisdiction to review authority to proceed — Relief under Charter available — Recent case law is to effect extradition judge's power to grant remedies broader than previously thought.*

This was an appeal and cross-appeal from the Federal Court's dismissal of an application for judicial review of an *Extradition Act*, section 15 authority to proceed.

Under the Act, only a provincial superior court judge may act as an extradition (or "committal") judge and an appeal lies only to the provincial appellate court. Again, only the last-mentioned court may sit in judicial review of the Minister's surrender decision.

Upon judicial review, it was the Minister's position that the Federal Court should always decline to exercise its *Federal Courts Act*, section 18 jurisdiction to deal with an application for judicial review of an authority to proceed since the *Extradition Act* provides an adequate alternative remedy and also to avoid multiple proceedings, forum-shopping, inconsistent results and delay. The Judge, however, ruled that the Court does have review jurisdiction under section 15 where strong grounds exist for an argument that the Minister has acted arbitrarily, in bad faith or for improper motive but that review is unavailable if the issues fall squarely within the extradition judge's jurisdiction, or that of the Minister, or where the argument involves a point of law that is settled. Turning to the merits, the Judge concluded that the only ground raised by applicant (appellant herein) which met the threshold was that of improper delegation but she denied the application because it is permissible for the Minister to delegate authority to issue an authority to proceed.

By way of cross-appeal, the Crown sought a declaration that the Federal Court should decline to entertain this judicial review application, although no such declaration was sought

*devrait toujours refuser d'exercer la compétence dont elle est investie en vertu de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance, au motif que la Loi sur l'extradition prévoit un autre recours approprié — Éviter le sondage de tribunaux — La décision de la Cour de refuser d'exercer sa compétence est une décision discrétionnaire qui ne peut être infirmée en appel, sauf dans des circonstances restreintes — La question est de savoir si le juge d'extradition a compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance — Une réparation peut être accordée en vertu de la Charte — De récentes décisions judiciaires indiquent que le pouvoir du juge d'extradition en matière de réparation est plus large que ce qui était présumé précédemment.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident à l'égard du rejet par la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance délivré en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*.

En vertu de la Loi, seul un juge d'une cour supérieure provinciale peut agir en qualité de juge d'extradition (ou juge d'incarcération) et seule une cour d'appel provinciale peut entendre un appel de la décision du juge d'extradition et une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision du ministre de livrer la personne visée.

Au cours du contrôle judiciaire, le ministre a soutenu que la Cour fédérale devrait toujours refuser d'exercer la compétence dont elle est investie en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* pour statuer sur une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance, parce que la *Loi sur l'extradition* prévoit un autre recours approprié et parce qu'il est souhaitable d'éviter une avalanche de procédures, un sondage de tribunaux, des résultats contradictoires et des retards. Cependant, la juge a conclu que la Cour fédérale a compétence pour effectuer le contrôle en vertu de l'article 15 lorsqu'il existe des motifs sérieux de faire valoir que le ministre a agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi ou qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié, mais que la procédure de contrôle judiciaire ne peut être utilisée lorsque les questions en litige relèvent expressément de la compétence du juge d'extradition ou du ministre, ou lorsque les motifs traitent d'arguments portant sur des domaines où le droit est bien établi. Examinant le fond, la juge a conclu que le seul motif soulevé par le demandeur (l'appellant en appel) qui respectait le seuil était celui de la délégation non autorisée, mais elle a rejeté la demande au motif que le ministre peut déléguer le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance.

Dans son appel incident, Sa Majesté a sollicité un jugement déclaratoire portant que la Cour fédérale devrait refuser de statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire, bien

from the Judge hearing the application for judicial review.

*Held*, the appeal should be dismissed; the cross-appeal quashed.

The cross-appeal was an attempt to challenge part of the reasons for decision rather than the decision itself. A cross-appeal was both inappropriate and unnecessary herein since the Minister's argument could be raised in responding to the appeal.

It is settled law that the Federal Court has a discretion to decline jurisdiction where an adequate alternative remedy exists. It is not necessary that the alternative remedy be perfect. Since the decision to decline jurisdiction is discretionary, it is not open to reversal upon appeal unless irrelevant factors were taken into account, relevant factors disregarded or the conclusion was unreasonable.

The Judge below concluded that she had jurisdiction to review the authority to proceed because Parliament, while intending to streamline the extradition process, could not have meant to legislate that the decision to issue an authority to proceed would not be reviewable as that would violate the rule of law. The second reason for her decision was that an extradition judge lacks jurisdiction to review an authority to proceed. While agreeing with much of the Judge's reasons, this Court was unable to agree that an extradition judge lacks jurisdiction to provide an adequate remedy if issuance of the authority to proceed is tainted by a significant impropriety on the Minister's part. In such case, the extradition judge may grant relief under the Charter or pursuant to a superior court's inherent jurisdiction to control its own process and prevent the abuse thereof. A substantial body of authority has accumulated during the time since the impugned order was handed down and it reveals that the scope of remedies available to an extradition judge (and to provincial appellate courts sitting on appeal from extradition warrants and on judicial review of surrender decisions) is less narrow than it seemed when the Judge was considering the application herein. Had the Judge declined to deal with the issue of whether the Minister's discretion to issue an authority to proceed could be delegated, the extradition judge could have done so.

qu'aucun jugement de cette nature n'ait été demandé à la juge qui a entendu celle-ci.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté et l'appel incident, annulé.

L'appel incident visait à contester une partie des motifs de la décision de la juge, mais non la décision elle-même. L'appel incident n'était ni nécessaire ni approprié dans ces circonstances, parce que l'argument du ministre pouvait être soulevé en réponse à l'appel.

Il est bien reconnu en droit que la Cour fédérale possède le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence lorsqu'un autre recours approprié existe et il n'est pas nécessaire que ce recours soit parfait. Étant donné que la décision de la Cour de refuser d'exercer sa compétence est une décision discrétionnaire, elle ne peut être infirmée en appel, à moins que le juge n'ait tenu compte de facteurs non pertinents, qu'il n'ait omis de prendre en considération des facteurs pertinents ou qu'il n'ait tiré une conclusion déraisonnable.

La juge de première instance a conclu qu'elle avait compétence pour procéder au contrôle de l'arrêté introductif d'instance parce qu'à son avis, même si le législateur désirait simplifier le processus d'extradition, il ne pouvait avoir eu pour intention d'exclure du contrôle judiciaire la décision de délivrer un arrêté introductif d'instance, car cette exclusion contreviendrait à la règle de droit. La juge a invoqué comme second motif de sa décision le fait que le juge d'extradition n'a pas compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance. Même si elle était d'accord avec la plupart des motifs que la juge a invoqués, la Cour d'appel ne pouvait souscrire à l'avis de celle-ci selon lequel le juge d'extradition n'a pas compétence pour accorder une réparation adéquate lorsque la délivrance de l'arrêté introductif d'instance est entachée d'une irrégularité importante de la part du ministre. En pareil cas, le juge d'extradition peut accorder une réparation en vertu de la Charte ou en vertu de la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures pour contrôler leurs propres procédures et empêcher l'utilisation abusive de celles-ci. Un nombre important de décisions judiciaires ont été rendues depuis que l'ordonnance attaquée a été prononcée et indiquent que l'éventail des réparations que peuvent accorder les juges d'extradition (et les cours d'appel provinciales siégeant dans les appels relatifs aux mandats d'extradition et dans les demandes de contrôle judiciaire relatives aux décisions d'extradition du ministre) n'est pas aussi restreint qu'il semblait l'être lorsque la juge a été saisie de la demande en l'espèce. Si la juge avait refusé de statuer sur la question de savoir si le ministre pouvait déléguer son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance, le juge d'extradition aurait pu le faire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 24(1).  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 15.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 341(1)(b).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

*Zündel v. Canada* (2004), 241 D.L.R. (4th) 362; 186 O.A.C. 196 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed [2004] S.C.C.A. No. 316; affg *R. v. Zundel*, [2003] O.T.C. 1042 (S.C.J.).

CONSIDERED:

*Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; revg (1992), 11 O.R. (3d) 65; 98 D.L.R. (4th) 88; 9 Admin. L.R. (2d) 121; 11 C.R.R. (2d) 213; 58 O.A.C. 377 (C.A.); *United States of America v. Helfrich* (2004), 183 C.C.C. (3d) 565 (B.C.S.C.); *United States of America v. Sagarra* (2004), 233 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. C.A.); *United States of America v. Saad* (2004), 237 D.L.R. (4th) 623; 183 C.C.C. (3d) 97; 184 O.A.C. 282 (C.A.).

REFERRED TO:

*Roberts v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303; (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (F.C.A.); *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200; 217 F.T.R. 159; 288 N.R. 8 (F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. No. 2618 (S.C.J.) (QL); *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321; 117 C.C.C. (3d) 180 (Nfld. C.A.); *Thailand v. Karas*, 2001

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 24(1).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, art. 15.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 341(1)b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE:

*Zündel c. Canada* (2004), 241 D.L.R. (4th) 362; 186 O.A.C. 196 (C.A.); demande d'autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. rejetée [2004] S.C.C.A. n° 316; conf. *R. v. Zundel*, [2003] O.T.C. 1042 (C.S.J.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; inf. (1992), 11 O.R. (3d) 65; 98 D.L.R. (4th) 88; 9 Admin. L.R. (2d) 121; 11 C.R.R. (2d) 213; 58 O.A.C. 377 (C.A.); *United States of America v. Helfrich* (2004), 183 C.C.C. (3d) 565 (C.S.C.-B.); *United States of America v. Sagarra* (2004), 233 Nfld. & P.E.I.R. 181 (C.A.T.-N.); *United States of America v. Saad* (2004), 237 D.L.R. (4th) 623; 183 C.C.C. (3d) 97; 184 O.A.C. 282 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

*Roberts c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303; (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.F.); *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200; 217 F.T.R. 159; 288 N.R. 8 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; 26 Admin. L.R. (2d) 1; [1995] 2 C.N.L.R. 92; 177 N.R. 325; *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *Federal Republic of Germany v. Schreiber*, [2000] O.J. n° 2618 (C.S.J.) (QL); *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321; 117 C.C.C. (3d) 180 (C.A.T.-N.); *Thailand v. Karas*,

BCSC 72; [2001] B.C.J. No. 124 (QL); *United States of America v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587; (2001), 197 D.L.R. (4th) 46; 152 C.C.C. (3d) 270; 41 C.R. (5th) 81; 81 C.R.R. (2d) 226; 267 N.R. 203; 145 O.A.C. 3; 2001 SCC 19; *United States of America v. Gillingham* (2004), 239 D.L.R. (4th) 320; 201 B.C.A.C. 26; 184 C.C.C. (3d) 97 (C.A.); *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. No. 3805 (S.C.J.) (QL).

APPEAL and CROSS-APPEAL from Federal Court order rejecting application for judicial review of an *Extradition Act*, section 15 authority to proceed ([2004] 2 F.C.R. 154; (2003), 8 Admin. L.R. (4th) 1; 242 F.T.R. 1; 2003 FC 1299). Appeal dismissed: cross-appeal quashed.

## APPEARANCES:

*Gregory Lafontaine* for appellant.  
*Dale L. Yurka* and *Joseph Cheng* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Lafontaine & Associate*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: The appellant Arthur Froom has appealed, and the Minister of Justice has cross-appealed, an order of a judge of the Federal Court dated November 7, 2003, dismissing an application for judicial review of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. The Federal Court decision is reported as *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, [2004] 2 F.C.R. 154 (F.C.).

[2] Section 15 of the *Extradition Act* was enacted in 1999 as part of a complete revision of the extradition process, which was intended to make the procedure simpler and more expeditious. The *Extradition Act* and its history are well and fully described in the Judge's

2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. n° 124 (QL); *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587; (2001), 197 D.L.R. (4th) 46; 152 C.C.C. (3d) 270; 41 C.R. (5th) 81; 81 C.R.R. (2d) 226; 267 N.R. 203; 145 O.A.C. 3; 2001 CSC 19; *United States of America v. Gillingham* (2004), 239 D.L.R. (4th) 320; 201 B.C.A.C. 26; 184 C.C.C. (3d) 97 (C.A.); *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. n° 3805 (C.S.J.) (QL).

APPEL et APPEL INCIDENT à l'égard d'une ordonnance par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance délivré en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition* ([2004] 2 R.C.F. 154; (2003), 8 Admin. L.R. (4th) 1; 242 F.T.R. 1; 2003 CF 1299). Appel rejeté, appel incident annulé.

## ONT COMPARU:

*Gregory Lafontaine* pour l'appellant.  
*Dale L. Yurka* et *Joseph Cheng* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Lafontaine & Associate*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A.: L'appellant Arthur Froom a interjeté appel et le ministre de la Justice a interjeté un appel incident à l'égard d'une ordonnance en date du 7 novembre 2003 par laquelle un juge de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance délivré en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18. La décision de la Cour fédérale est publiée sous l'intitulé *Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2004] 2 R.C.F. 154 (C.F.).

[2] L'article 15 de la *Loi sur l'extradition* a été édicté en 1999 dans le cadre d'une révision complète de la procédure d'extradition, qui visait à simplifier et à accélérer celle-ci. La teneur et l'évolution de la *Loi sur l'extradition* sont décrites de façon exhaustive dans les

reasons. At this stage it is necessary to highlight only two of the characteristics of the statutory scheme.

[3] First, the new *Extradition Act*, like its statutory predecessors, gives the provincial superior and appellate courts jurisdiction over all judicial functions under the *Extradition Act*. That reflects a recognition of the experience and expertise of the judges of the provincial superior and appellate courts in matters of criminal law. Only a judge of a provincial superior court may act as an extradition judge (sometimes referred to as a committal judge). Only a provincial appellate court may hear an appeal from the decision of an extradition judge. Only a provincial appellate court may hear an application for judicial review of a decision of the Minister to surrender a person sought to be extradited.

[4] Second, section 15 of the *Extradition Act* makes the Minister responsible for identifying the equivalent Canadian offences, which must be named on the authority to proceed.

[5] The authority to proceed against Mr. Froom reads as follows:

The Minister of Justice authorizes the Attorney General of Canada to proceed before the Superior Court of Justice to seek an order for the committal of Arthur Kissel aka Arthur Froom who is being sought for prosecution by the UNITED STATES OF AMERICA. The Canadian offences which corresponds [sic] to the alleged conduct are:

- conspiracy to commit fraud contrary to sections 380(1) and 465(1)(c) of the *Criminal Code of Canada*;
- fraud contrary to section 380(1) of the *Criminal Code of Canada*;
- conspiracy to launder the proceeds of crime contrary to sections 462.31 and 465(1)(c) of the *Criminal Code of Canada*; and
- laundering the proceeds of crime contrary [sic] to section 462.31 of the *Criminal Code of Canada*.

motifs du jugement. Il convient à ce stade-ci de souligner uniquement deux des caractéristiques du régime législatif.

[3] D'abord, à l'instar des lois qu'elle remplace, la nouvelle *Loi sur l'extradition* accorde aux cours d'appel et aux cours supérieures provinciales compétence sur toutes les fonctions judiciaires qu'elle vise. Cette juridiction traduit une reconnaissance de l'expérience et de la compétence spécialisées des juges des cours supérieures et des cours d'appel provinciales en droit criminel. Seul un juge d'une cour supérieure provinciale peut agir en qualité de juge d'extradition (parfois appelé juge d'incarcération). Seule une cour d'appel provinciale peut entendre un appel de la décision du juge d'extradition et une demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision du ministre de livrer la personne visée à l'État requérant.

[4] En deuxième lieu, l'article 15 de la *Loi sur l'extradition* prévoit que le ministre est chargé de déterminer les infractions équivalentes au Canada, qui doivent être indiquées dans l'arrêté introductif d'instance.

[5] Voici le texte de l'arrêté introductif d'instance visant M. Froom:

[TRADUCTION]

Le ministre de la Justice autorise le procureur général du Canada à demander à la Cour supérieure de justice [de l'Ontario] la délivrance d'une ordonnance pour l'incarcération d'Arthur Kissel, alias Arthur Froom, recherché par les ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE pour subir son procès. Les infractions punissables au Canada qui correspondent à la conduite alléguée sont les suivantes:

- complot en vue de commettre une fraude, contrairement au paragraphe 380(1) et à l'alinéa 465(1)(c) du *Code criminel du Canada*;
- fraude, contrairement au paragraphe 380(1) du *Code criminel du Canada*;
- complot en vue de recycler les produits de la criminalité, contrairement à l'article 462.31 et à l'alinéa 465(1)(c) du *Code criminel du Canada*;
- recyclage des produits de la criminalité, contrairement à l'article 462.31 du *Code criminel du Canada*



Dated at Ottawa, Ontario this 3<sup>rd</sup> day of July, 2001

Fait à Ottawa (Ontario), le 3 juillet 2001

[Signature]

Barbara Kothe, Counsel  
International Assistance Group  
for the Minister of Justice of Canada

[Signature]

Barbara Kothe, avocate  
Groupe d'entraide internationale  
pour le ministre de la Justice du Canada

[6] The grounds for Mr. Froom's application for judicial review may be summarized as follows: (a) the Minister had not complied with the relevant extradition treaty; (b) the authority to proceed is a nullity because it lacks sufficient particulars; (c) the issuance of the authority to proceed is an abuse of process because of delay or because the Crown is also pursuing deportation proceedings; and (d) the issuance of an authority to proceed must be performed personally by the Minister and cannot be delegated.

[7] The Minister opposed Mr. Froom's application on the merits. The Minister also argued that, although section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], gives the Federal Court the jurisdiction to deal with an application for judicial review of an authority to proceed, the Federal Court should always decline to exercise that jurisdiction because the *Extradition Act* provides an adequate alternative remedy. Counsel for the Minister also points out the obvious, which is that if the Federal Court does not decline jurisdiction in such cases, the inevitable result will be multiple proceedings, forum-shopping, inconsistent results and delay.

[8] The conclusions of the Judge on the question of the jurisdiction of the Federal Court are set out in parts (a) and (b) of her "Summary of Conclusions" (paragraph 148 of her reasons):

(a) The Federal Court has jurisdiction to review the decision of the Minister of Justice to issue an authority to proceed under section 15 of the *Extradition Act*, at the outset of the extradition process, in circumstances where strong grounds exist for arguing that the Minister acted arbitrarily, in bad faith,

[6] Les motifs de la demande de contrôle judiciaire de M. Froom peuvent être résumés comme suit: a) le ministre ne s'est pas conformé au traité d'extradition pertinent; b) l'arrêté introductif d'instance est nul, parce qu'il n'est pas suffisamment détaillé; c) la délivrance de l'arrêté est une procédure abusive en raison du retard ou de la mesure d'expulsion déjà prise par Sa Majesté; et d) l'arrêté introductif d'instance doit être délivré par le ministre lui-même et cette fonction ne peut être déléguée.

[7] Le ministre s'est opposé à la demande de M. Froom sur le fond. Il a également soutenu que, même si la Cour fédérale est investie, en vertu de l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], de la compétence voulue pour statuer sur une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance, elle devrait toujours refuser d'exercer cette compétence, parce que la *Loi sur l'extradition* prévoit un autre recours approprié. L'avocat du ministre souligne également une réalité évidente, soit le fait que, si la Cour fédérale ne refuse pas d'exercer sa compétence dans les causes de cette nature, il en résultera inévitablement une avalanche de procédures, un sondage de tribunaux, des résultats contradictoires et des retards.

[8] Les conclusions de la juge sur la question de la compétence de la Cour fédérale sont énoncées aux parties a) et b) de son «Résumé des conclusions» (au paragraphe 148 de ses motifs):

a) la Cour fédérale a compétence pour effectuer le contrôle de la décision du ministre de la Justice de délivrer un arrêté introductif d'instance en vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*, au début du processus d'extradition, dans des circonstances où il existe des motifs sérieux de faire valoir que

or that the Minister was motivated by an improper motive, or motivated by irrelevant considerations;

(b) The mere characterization of an application for judicial review as one to quash the authority to proceed is not sufficient. Judicial review in the Federal Court will not be available where the underlying grounds of review disclose arguments that fall squarely within the jurisdiction of the extradition judge, or the Minister, or where the grounds deal with arguments in areas where the law is settled;

[9] The Judge went on to consider Mr. Froom's grounds for his application for judicial review. She found that none of the grounds, except the question of improper delegation, met the threshold in (a) and (b) above. She found that the question of delegation met that threshold, but that it is permissible for the Minister to delegate the authority to issue an authority to proceed. She therefore dismissed Mr. Froom's application for judicial review.

#### Motion to adjourn the appeal hearing

[10] The hearing of this appeal was scheduled for a full day on Monday, October 18, 2004 in Toronto. Mr. Froom sought an adjournment on short notice because of the illness of one of his counsel. As counsel for the Minister objected to the adjournment, Mr. Froom's other counsel appeared at the hearing to speak to the motion to adjourn. However, he indicated that he would be prepared to speak to Mr. Froom's motion to quash the cross-appeal, and also to make submissions on the issue of the jurisdiction of the Federal Court to deal with Mr. Froom's application for judicial review. The Court allowed the adjournment motion in part. Consideration of the merits of Mr. Froom's application for judicial review was deferred. Counsel were directed to make oral submissions on the motion to quash the cross-appeal and on the jurisdiction issue.

#### The motion to quash the cross-appeal

[11] In the cross-appeal, the Crown seeks a declaration that the Federal Court should decline to deal with this

le ministre a agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi, qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes;

b) la simple qualification d'une demande de contrôle judiciaire comme étant une demande visant à annuler l'arrêté introductif d'instance ne suffit pas. La procédure de contrôle judiciaire à la Cour fédérale ne peut être utilisée lorsque les motifs de contrôle révèlent des arguments qui relèvent expressément de la compétence du juge d'extradition, ou du ministre, ou lorsque les motifs traitent d'arguments portant sur des domaines où le droit est bien établi;

[9] Le juge a ensuite examiné les motifs que M. Froom a invoqués au soutien de sa demande de contrôle judiciaire et a conclu qu'aucun des motifs ne respectait le seuil énoncé aux alinéas a) et b) précités, sauf celui de la délégation non autorisée. Elle a également statué que ce dernier motif respectait ce seuil, mais que le ministre peut déléguer le pouvoir de délivrer un arrêté introductif d'instance. Elle a donc rejeté la demande de contrôle judiciaire de M. Froom.

#### Requête visant à ajourner l'audition de l'appel

[10] L'audition de l'appel a été fixée au lundi 18 octobre 2004, à Toronto, et devait durer une journée complète. M. Froom a sollicité un ajournement sur court préavis, parce que l'un de ses avocats était malade. Étant donné que l'avocat du ministre s'est opposé à l'ajournement, l'autre avocat de M. Froom a comparu à l'audience afin de présenter des observations au sujet de la demande d'ajournement. Cependant, il a précisé qu'il serait disposé à plaider la requête de M. Froom en vue d'annuler l'appel incident et à présenter des arguments sur la question de la compétence dont la Cour fédérale dispose pour examiner la demande de contrôle judiciaire de son client. La Cour a accueilli en partie la requête en ajournement. L'examen du fond de la demande de contrôle judiciaire de M. Froom a été reporté et la Cour a demandé aux avocats de présenter des observations verbales sur la requête en annulation de l'appel incident et sur la question de la compétence.

#### La requête en annulation de l'appel incident

[11] Dans l'appel incident, Sa Majesté sollicite un jugement déclaratoire portant que la Cour fédérale

application for judicial review, although no such declaration was sought from the Judge hearing the application. In my view, the Crown's cross-appeal is an attempt to challenge part of the reasons for her decision, not the decision itself. A cross-appeal is not necessary or appropriate in these circumstances because any argument in support of the order under appeal may be raised in response to the appeal (see, for example, *Roberts v. Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 303 (F.C.A.), at paragraph 147, and paragraph 341(1)(b) of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106). I would grant the motion to quash the Minister's cross-appeal.

Whether the Federal Court should decline to exercise its jurisdiction

[12] It is well established that the Federal Court has the discretion to decline to exercise its judicial review jurisdiction if the applicant has available an adequate alternative remedy: *Fast v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200 (F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3. In considering whether to decline jurisdiction, the test is whether the alternative remedy is adequate, not whether it is perfect. The decision to decline or refuse to decline jurisdiction is discretionary, and cannot be reversed on appeal unless the Judge has considered irrelevant factors, failed to consider relevant factors, or reached an unreasonable conclusion: *Canadian Pacific Ltd. v. Indian Band Matsqui*, [1995] 1 S.C.R. 3, at paragraph 39 (*per* Lamer C.J., on this point writing for the majority).

[13] *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394 is instructive on this point. In *Reza*, the issue was whether the Ontario Court of Appeal was correct in reversing the decision of Ferrier J., then a judge of the Ontario Court (General Division), to stay an application for a declaration that certain provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 were unconstitutional. At the time, the applicant was the subject of proceedings in the Federal Court dealing with those provisions. The Supreme Court of Canada reversed the decision of the

devrait refuser de statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire, bien qu'aucun jugement de cette nature n'ait été demandé à la juge qui a entendu celle-ci. À mon avis, l'appel incident de Sa Majesté vise à contester une partie des motifs de la décision de la juge, mais non la décision elle-même. L'appel incident n'est ni nécessaire ni approprié dans ces circonstances, parce que tout argument à l'appui de l'ordonnance portée en appel peut être soulevé en réponse à l'appel (voir, par exemple, *Roberts c. Canada*, [1999] 3 C.N.L.R. 303 (C.A.F.), au paragraphe 147, et l'alinéa 341(1)b des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106). J'accueillerais la requête en annulation de l'appel incident du ministre.

La question de savoir si la Cour fédérale devrait refuser d'exercer sa compétence

[12] Il est bien reconnu que la Cour fédérale possède le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence en matière de contrôle judiciaire lorsque le demandeur dispose d'un autre recours approprié: *Fast c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 41 Admin. L.R. (3d) 200 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3. Pour décider s'il y a lieu de refuser d'exercer sa compétence, la Cour doit se demander si le recours subsidiaire est adéquat et non s'il est parfait. La décision d'exercer ou de refuser d'exercer sa compétence est une décision discrétionnaire qui ne peut être infirmée en appel, à moins que le juge n'ait tenu compte de facteurs non pertinents, qu'il n'ait omis de prendre en considération des facteurs pertinents ou qu'il n'ait tiré une conclusion déraisonnable: *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 39 (motifs du juge en chef Lamer, qui a rédigé le jugement de la majorité sur cet aspect).

[13] L'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, est instructif à cet égard. Dans cet arrêt, la question en litige était de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison d'infirmar la décision du juge Ferrier, alors juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), de surseoir à une demande de jugement déclaratoire portant que certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, étaient inconstitutionnelles. À l'époque, le demandeur était poursuivi dans une instance engagée devant la Cour fédérale au sujet de ces dispositions. La

Ontario Court of Appeal [*Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65], substantially adopting the dissenting reasons of Abella J.A. (as she then was). The Court describes as follows the portion of her reasons dealing with the factors to be taken into account in considering the exercise of the discretion to stay proceedings (at page 403):

In her view there was no obligation on the part of the Ontario Court (General Division) to hear every case presented for adjudication in which there is a constitutional issue raised. She held that the discretion to decline to hear such a case surely exists when not only does the Federal Court have concurrent jurisdiction to deal with the matter, it also has expertise and experience in immigration law, administrative law and Federal Court procedure, the core issues of the respondent's application. She also found it significant that the Federal Court has an exclusive mandate over immigration matters and found the principles from *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (dealing with *habeas corpus*), were applicable. Abella J.A. noted that the failure to decline to exercise jurisdiction would raise concerns over forum-shopping, inconsistency and multiplicity of proceedings.

[14] A similar result was reached, for similar reasons, in *Zündel v. Canada* (2004), 241 D.L.R. (4th) 362 (Ont. C.A.) (application for leave to appeal to S.C.C. dismissed on October 21, 2004, [2004] S.C.C.A. No. 316 (QL)). In that case, the Ontario Court of Appeal dismissed an appeal of the decision of Senior Justice Benotto [[2003] O.T.C. 1042 (S.C.J.)] to stay proceedings in an application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* with *certiorari* in aid. At the time, the applicant was in detention under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, because he was the subject of a security certificate which, if found to be reasonable, could lead to his deportation. A designated judge of the Federal Court had commenced the statutory proceeding required to determine the reasonableness of the security certificate. Those proceedings included periodic review of the applicant's detention. The Ontario Court of Appeal concluded that, even though the Superior Court of Justice is the only court that can grant an application for *habeas corpus*, the statutory procedure under the *Immigration and Refugee Protection Act* is not

Cour suprême du Canada a infirmé le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario [*Reza v. Canada* (1992), 11 O.R. (3d) 65] et a adopté pour l'essentiel les motifs dissidents de la juge Abella (alors juge de la Cour d'appel). La Cour décrit comme suit la partie des motifs de celle-ci qui portent sur les facteurs à prendre en compte au cours de l'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de suspendre une instance (à la page 403):

À son avis, la Cour de l'Ontario (Division générale) n'était pas tenue d'entendre toutes les affaires dans lesquelles une question constitutionnelle est soulevée. Elle a conclu que le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une telle affaire existe sûrement lorsque la Cour fédérale a non seulement une compétence concurrente pour l'entendre, mais également l'expertise et l'expérience en droit de l'immigration, en droit administratif et quant à la procédure de la Cour fédérale, questions qui sont au cœur de la demande de l'intimé. Elle a également jugé important le fait que la Cour fédérale a un mandat exclusif en matière d'immigration et elle a conclu que les principes tirés de *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (portant sur l'*habeas corpus*), étaient applicables. Le juge Abella a souligné que le défaut de décliner compétence susciterait des préoccupations quant au manque d'uniformité, à la multiplicité des procédures et au magasinage de tribunaux.

[14] Un résultat similaire a été atteint pour des raisons semblables dans *Zündel v. Canada* (2004), 241 D.L.R. (4th) 362 (C.A. Ont.) (demande d'autorisation d'interjeter appel devant la C.S.C. rejetée le 21 octobre 2004, [2004] S.C.C.A. n° 316 (QL)). Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté un appel de la décision de la juge principale Benotto [[2003] O.T.C. 1042 (C.S.J.)] de surseoir à une demande de bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* ainsi que d'un bref de *certiorari* au soutien de cette demande. À l'époque, le demandeur était détenu conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, parce qu'il faisait l'objet d'un certificat de sécurité qui, s'il était jugé raisonnable, pouvait mener à son expulsion. Un juge désigné de la Cour fédérale avait entrepris la procédure exigée par la loi pour déterminer le caractère raisonnable du certificat de sécurité. Cette procédure comprenait un examen périodique de la détention du demandeur. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que, même si la Cour supérieure de justice est le seul tribunal pouvant faire droit à une demande d'*habeas*

inappropriate or less advantageous than the *habeas corpus* jurisdiction of the Ontario Court.

[15] In this case, the Judge concluded that she should exercise her jurisdiction to deal with Mr. Froom's application for judicial review, but only to the extent that there were strong grounds for arguing that the Minister acted arbitrarily or in bad faith, or that the Minister was motivated by an improper motive or irrelevant considerations. She reached that conclusion largely because of two considerations, stated at paragraph 58 of her reasons. The first consideration was her conclusion that Parliament could not have intended, even when streamlining and modernizing the extradition process, that the decision to issue an authority to proceed would not be reviewable, because if that were the intent, it would violate the rule of law.

[16] The second consideration was the Judge's conclusion that it is settled law that the extradition judge has no jurisdiction to review an authority to proceed. In support of that conclusion, she cites *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *Federal Republic of Germany v. Shreiber*, [2000] O.J. No. 2618 (QL); *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321 (Nfld. C.A.); *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. No. 124 (QL).

[17] I agree with the Judge that, in principle, the Federal Court should always decline jurisdiction to deal with an application for judicial review of an authority to proceed if the grounds for the application disclose arguments that are squarely within the jurisdiction of the extradition judge, because in such cases an adequate alternative remedy would be available from the extradition judge. The same is true of any matter that is within the jurisdiction of the Minister at the surrender stage, or the provincial appellate court on judicial review of the surrender decision, or any matter that, under the applicable extradition treaty or the *Extradition Act*, must be deferred to the foreign court if the person sought for extradition is surrendered.

*corpus*, la procédure prévue par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* n'est pas inappropriée ou moins avantageuse que la procédure d'*habeas corpus* pouvant être engagée devant la Cour de l'Ontario.

[15] Dans la présente affaire, la juge a conclu qu'elle devrait exercer sa compétence pour statuer sur la demande de contrôle judiciaire de M. Froom, mais uniquement s'il existait des motifs sérieux de soutenir que le ministre a agi de façon arbitraire ou de mauvaise foi ou qu'il s'est appuyé sur un motif non approprié ou sur des considérations non pertinentes. Elle en est arrivée à cette conclusion en se fondant principalement sur deux facteurs, précisés au paragraphe 58 de ses motifs. D'abord, selon la juge, le législateur ne peut avoir eu pour intention, même lorsqu'il a simplifié et modernisé le processus d'extradition, d'exclure du contrôle judiciaire la décision de délivrer un arrêté introductif d'instance; de plus, si telle avait été son intention, celle-ci contreviendrait à la règle de droit.

[16] La juge estime également qu'il est bien établi en droit que le juge d'extradition n'a pas compétence pour procéder au contrôle d'un arrêté introductif d'instance. Au soutien de cette conclusion, elle cite *United States of America v. Kucan* (2001), 151 O.A.C. 131 (C.A.); *Federal Republic of Germany v. Shreiber*, [2000] O.J. n° 2618 (QL); *United States of America v. Sagarra* (2003), 226 Nfld. & P.E.I.R. 321 (C.A. T.-N.); et *Thailand v. Karas*, 2001 BCSC 72; [2001] B.C.J. n° 124 (QL).

[17] Je conviens avec la juge qu'en principe, la Cour fédérale devrait dans tous les cas refuser d'exercer sa compétence pour statuer sur une demande de contrôle judiciaire relative à un arrêté introductif d'instance lorsque la demande est fondée sur des arguments qui relèvent carrément de la compétence du juge d'extradition car, en pareil cas, une réparation subsidiaire adéquate pourrait être obtenue de celui-ci. Il en va de même de toute question qui relève de la compétence du ministre à l'étape de la remise de la personne visée ou de la compétence de la cour d'appel provinciale lors du contrôle judiciaire de ladite remise ou encore de toute question qui, en vertu du traité d'extradition applicable ou de la *Loi sur l'extradition*, doit être déférée au tribunal étranger dans les cas où la

[18] I also agree that an extradition judge does not have the jurisdiction to conduct a judicial review of the authority to proceed, or to decide anew whether the Minister was correct to conclude that the statutory conditions for the issuance of an authority to proceed are met.

[19] However, I am unable to agree with the Judge that it necessarily follows that an extradition judge lacks the jurisdiction to provide an adequate remedy if the issuance of the authority to proceed is tainted by a significant impropriety on the part of the Minister in the issuance of the authority to proceed. On the contrary, it is my view that an extradition judge who is presented with evidence that the decision of the Minister to issue an authority to proceed was made arbitrarily or in bad faith, or was motivated by improper motives or irrelevant considerations, has the requisite jurisdiction to grant an appropriate remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] or under the inherent jurisdiction of the superior courts to control their own process and prevent its abuse: *U.S.A. v. Cobb*, [2001] 1 S.C.R. 587; *United States of America v. Gillingham* (2004), 239 D.L.R. (4th) 320 (B.C.C.A.).

[20] In fact, a review of the record of this case, the dozens of cases cited by both counsel, and the written and oral submissions of counsel, discloses not a single example of a potential challenge to the validity of an authority to proceed that could not be adequately remedied by an extradition judge or by a provincial appellate court, given the jurisprudence that has developed since the order under appeal was issued. The scope of remedies available to extradition judges, and provincial appellate courts sitting on appeal from extradition warrants or on judicial review from the Minister's surrender decisions, is not as narrow as it appeared to be when the Judge was dealing with Mr. Froom's application for judicial review.

personne en cause est remise entre les mains de l'État concerné.

[18] J'admets également que le juge d'extradition n'a pas compétence pour procéder au contrôle judiciaire de l'arrêté introductif d'instance ou pour décider à nouveau si le ministre a eu raison de conclure que les conditions législatives imposées relativement à la délivrance de l'arrêté en question sont respectées.

[19] Cependant, je ne puis souscrire à l'avis de la juge selon lequel il s'ensuit nécessairement que le juge d'extradition n'a pas compétence pour accorder une réparation adéquate lorsque la délivrance de l'arrêté introductif d'instance est entachée d'une irrégularité importante de la part du ministre. Bien au contraire, j'estime que le juge d'extradition qui a devant lui des éléments de preuve indiquant que le ministre a agi de manière arbitraire ou de mauvaise foi lorsqu'il a délivré l'arrêté introductif d'instance ou qu'il a été motivé par des raisons inappropriées ou des facteurs non pertinents possède la compétence nécessaire pour accorder une réparation adéquate en vertu 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]] ou en vertu de la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures pour contrôler leurs propres procédures et empêcher l'utilisation abusive de celles-ci: *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, [2001] 1 R.C.S. 587; *United States of America v. Gillingham* (2004), 239 D.L.R. (4th) 320 (C.A. C.-B.).

[20] En fait, un examen du dossier déposé en l'espèce, des douzaines de jugements cités par les deux avocats et des observations verbales et écrites de chacun d'eux ne révèle aucun exemple de contestation de la validité d'un arrêté introductif d'instance pour lequel le juge d'extradition ou la cour d'appel provinciale ne pourrait accorder de réparation adéquate, eu égard aux décisions judiciaires qui ont été rendues depuis l'ordonnance portée en appel en l'espèce. L'éventail de réparations que peuvent accorder les juges d'extradition, et les cours d'appel provinciales siégeant dans les appels relatifs aux mandats d'extradition ou dans les demandes de contrôle judiciaire relatives aux décisions d'extradition du ministre, n'est pas aussi restreint qu'il semblait l'être

[21] For example, in *United States of America v. Helfrich*, (2004) 183 C.C.C. (3d) 565 (B.C.S.C.), Groberman J. entertained an application to terminate extradition proceedings on the ground that the authority to proceed was signed by a person who was not authorized to sign it. He recognized the limitations on his statutory jurisdiction, but he reasoned that he would be acting within those limitations if, upon being satisfied that the authority to proceed was signed by someone without the requisite authority, he decided to terminate the proceedings on the basis that the authority to proceed was a nullity.

[22] In *United States of America v. Sagarra* (2004), 233 Nfld. & P.E.I.R. 181 (Nfld. C.A.), issues relating to the validity of the request for extradition, and thus the validity of the authority to proceed, were considered in the context of an application for judicial review of a surrender order.

[23] And it is suggested by way of *obiter dictum* in *United States of America v. Saad* (2004), 237 D.L.R. (4th) 623 (Ont. C.A.), that an authority to proceed may be quashed by an extradition judge as a remedy under subsection 24(1) of the Charter if it is insufficient to provide adequate notice of the case faced by the person sought to be extradited.

[24] I would add only one comment on whether, as a matter of law, the Minister's discretion to issue an authority to proceed can be delegated. The Judge concluded that it is open to the Minister to delegate that authority. I agree with her, substantially for the reasons she gave. I note, however, that if she had declined to deal with that point, the extradition judge could have done so: *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. No. 3805 (S.C.J.) (QL), and *United States of America v. Helfrich*.

[25] I conclude that the Judge should have declined to exercise her jurisdiction to consider Mr. Froom's application for judicial review of the authority to

lorsque la juge a été saisie de la demande de contrôle judiciaire de M. Froom.

[21] Ainsi, dans *United States of America v. Helfrich* (2004), 183 C.C.C. (3d) 565 (C.S.C.-B.), le juge Groberman a examiné une demande visant à mettre fin à une procédure d'extradition au motif que l'arrêté introductif d'instance a été signé par une personne qui n'était pas autorisée à le faire. Le juge Groberman a reconnu les restrictions inhérentes à sa compétence, mais il a statué qu'il ne dépasserait pas ces limites s'il décidait de mettre fin à la procédure en raison de la nullité de l'arrêté, si la preuve établissait selon lui que l'arrêté en question a été signé par une personne n'ayant pas l'autorisation nécessaire.

[22] Dans *United States of America v. Sagarra* (2004), 233 Nfld. & P.E.I.R. 181 (C.A.T.-N.), les questions liées à la validité de la demande d'extradition et, par conséquent, à la validité de l'arrêté introductif d'instance ont été examinées dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire relative à une ordonnance d'extradition.

[23] De plus, dans *United States of America v. Saad* (2004), 237 D.L.R. (4th) 623 (C.A. Ont.), la Cour souligne dans des remarques incidentes que le juge d'extradition peut annuler un arrêté introductif d'instance en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte si l'arrêté ne suffit pas pour fournir un avis satisfaisant de la preuve que doit réfuter la personne visée par la demande d'extradition.

[24] J'ajouterais simplement un commentaire sur la question de savoir si, en droit, le ministre peut déléguer son pouvoir discrétionnaire de délivrer un arrêté introductif d'instance. La juge a conclu qu'il est loisible au ministre de le faire. Je partage son avis, essentiellement pour les raisons qu'elle a invoquées. Cependant, je souligne que, si elle avait refusé de statuer sur cette question, le juge d'extradition aurait pu le faire: *United Kingdom v. Woolley*, [2003] O.J. n° 3805 (C.S.J.) (QL), et *United States of America v. Helfrich*.

[25] Je conclus que la juge aurait dû refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire quant à l'examen de la demande de contrôle judiciaire relative à l'arrêté

proceed, and should have dismissed his application on that ground.

Conclusion

[26] I would grant Mr. Froom's motion to quash the Minister's cross-appeal, and I would dismiss the appeal without reconvening the hearing to consider the merits of the application. I would grant the Crown the costs of the appeal, and I would grant Mr. Froom costs in respect of the motion to quash the cross-appeal.

LINDEN J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

introductif d'instance et qu'elle aurait dû rejeter la demande de M. Froom pour ce motif.

Conclusion

[26] J'accueillerais la requête de M. Froom visant à annuler l'appel incident du ministre et je rejetterais l'appel sans convoquer une nouvelle audience visant à examiner le fond de la demande. J'accorderais à Sa Majesté les dépens de l'appel et j'accorderais les dépens de M. Froom en ce qui concerne la requête en annulation de l'appel incident.

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

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



A-561-03

2004 FCA 285

A-561-03

2004 CAF 285

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*Respondent*)**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*défendeur*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (F.C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.F.)**Federal Court of Appeal, Décary, Létourneau and Sexton  
J.J.A.—Ottawa, August 31 and September 8, 2004.Cour d'appel fédérale, juges Décary, Létourneau et  
Sexton, J.C.A.—Ottawa, 31 août et 8 septembre 2004.

*Internal Trade — Judicial review of Canadian International Trade Tribunal's (CITT) refusal to grant Crown costs, though successful, in defence of procurement complaint — Tribunal's policy not to grant Crown costs based on power under Canadian International Trade Tribunal Act, s. 30.16 — Argued discouraging bidders from challenging procurement process would defeat NAFTA purpose of ensuring government gets best value for money — Also relied on American, Mexican practice — Applicable review standard — CITT lacking statutory authority to implement measures to encourage complaints — Not conferred by Act, s. 30.16 — NAFTA, Art. 1017 not providing Canada, CITT have duty to encourage complaints — American, Mexican practice not to be taken into account as their legislation different from Canadian — When appropriate to deny Crown costs in procurement matter considered — Matter referred back with direction CITT award applicant costs.*

*Commerce intérieur — Contrôle judiciaire du refus du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) d'accorder à l'État les frais découlant de la défense qu'il a opposée avec succès à une plainte concernant un marché public — Le Tribunal a pour politique de ne pas adjuger les frais à l'État en vertu du pouvoir qui lui est conféré par l'art. 30.16 de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur — Il a soutenu que le fait de décourager les soumissionnaires de contester la procédure de passation des marchés publics irait à l'encontre de l'intention de l'ALÉNA qui est d'assurer que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent — Il s'est également appuyé sur la pratique suivie aux États-Unis et au Mexique — Norme de contrôle applicable — Le TCCE n'est pas légalement habilité à mettre en œuvre des mesures pour encourager le dépôt de plaintes — Ce pouvoir n'est pas conféré par l'art. 30.16 de la Loi — L'art. 1017 de l'ALÉNA ne prévoit pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes — La pratique suivie aux États-Unis et au Mexique ne doit pas être prise en considération étant donné que leur législation est différente de la législation canadienne — Examen des circonstances particulières dans lesquelles il convient de refuser à l'État le remboursement de ses frais en matière de marchés publics — Affaire renvoyée au TCCE avec pour instruction d'accorder les frais au demandeur.*

This application for judicial review arose from the Canadian International Trade Tribunal's continuing refusal to award Human Resources Development Canada (HRDC) the costs of its successful defence to a procurement complaint brought by Georgian College of Applied Arts and Technology. This Court had previously set aside CITT's denial of a costs award and sent the matter back to the Tribunal to make a decision based on proper principles governing costs.

La présente demande de contrôle judiciaire découle du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur d'accorder à Développement des ressources humaines Canada (DRHC) les frais découlant de la défense qu'elle a opposée avec succès à une plainte déposée par Georgian College of Applied Arts and Technology concernant un marché public. La Cour avait déjà annulé la décision du TCCE de refuser d'accorder les frais et avait renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il traite la question des frais sur le fondement des principes appropriés.

The College had responded to HRDC's request for submissions for the provision of help to the unemployed. When its response was rejected, the College filed a subsection 30.11(1) *Canadian International Trade Tribunal Act* complaint. Its position was that the HRDC's Expression of Interest (EOI) was subject to the procurement provisions of both the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* (AIT). The CITT dismissed the complaint, holding the NAFTA and AIT procurement provisions inapplicable. The matter of costs was not addressed but the Attorney General subsequently requested an award of costs. This was denied for three reasons: (1) there was little purpose in awarding costs to the Crown, represented as it is by salaried Department of Justice counsel; (2) this would increase the burden on complainants to the CITT; and, (3) most complaints have some merit, and are pursued in a forthright, candid manner. The Federal Court of Appeal held that the CITT had fettered its discretion by adopting a general policy against awarding costs to the Crown. The Court also held that the matters taken into account were irrelevant, and rejected the submission that the CITT had a duty to encourage people to make complaints. The matter was referred back to the CITT for redetermination, and it again refused to award costs on policy grounds and on the facts. The Tribunal defended its policy of denying costs to the Crown by reference to its discretionary power under CITT Act, section 30.16. Its view was that discouraging potential bidders from full participation in the procurement process by imposing costs that would deter them from challenging that process would defeat a purpose of NAFTA: ensuring that government receives the best value for its money. The Tribunal explained that, while in the judicial system costs serve as a useful deterrent against the bringing of weak actions, there is no similar need in the procurement review context since the CITT does not even accept for inquiry any complaint which fails to disclose a reasonable indication that trade agreements have been breached. Less than half of all complaints have been accepted for inquiry. It also noted that under American legislation, only the complainant is allowed costs in a procurement inquiry before the federal government's bid challenge authority. In Mexico, costs are awarded against neither side in a procurement inquiry.

Georgian College avait répondu à une demande de soumissions de DRHC concernant la prestation de services d'aide aux personnes sans emploi. Sa soumission ayant été rejetée, Georgian College a déposé une plainte sur le fondement du paragraphe 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*. Il a allégué que l'expression d'intérêt (EDI) publiée par DRHC était soumise aux dispositions sur les marchés publics de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et de l'Accord sur le commerce intérieur (ACI). Le TCCE a rejeté la plainte sur le motif que les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI sur les marchés publics ne s'appliquaient pas. La question des frais n'a pas été abordée, mais le procureur général a plus tard demandé que les frais lui soient adjugés. La demande de frais a été rejetée pour trois motifs: 1) il était inutile d'adjuger des frais à l'État parce qu'il était représenté par des conseillers juridiques salariés du ministère de la Justice; 2) cela ne servirait qu'à accroître le fardeau déjà lourd des parties qui portent plainte devant le TCCE; et 3) la plupart des plaintes portées ont un certain fondement et sont déposées de manière franche et honnête. La Cour d'appel fédérale a statué que le TCCE avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique générale consistant à refuser d'adjuger les frais à l'État. La Cour a également conclu que les facteurs dont il a été tenu compte n'étaient pas pertinents et elle a rejeté l'argument suivant lequel le TCCE avait le devoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes. L'affaire a été renvoyée au TCCE afin qu'il rende une nouvelle décision et celui-ci a encore une fois rejeté la demande de frais en se fondant sur la politique applicable et sur les faits particuliers de l'affaire. Le Tribunal a défendu sa politique de refuser les frais à l'État en invoquant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE. Il a estimé que le fait de décourager les soumissionnaires potentiels de participer pleinement à la procédure de passation des marchés publics en imposant des frais qui ont pour effet de les dissuader de contester la procédure irait à l'encontre d'un objectif de l'ALÉNA: assurer que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent. Le Tribunal a expliqué qu'à la différence du système judiciaire où les frais servent de moyen de dissuasion pour éviter des procès pour des motifs faibles, cela n'est pas nécessaire dans le cadre de l'examen des marchés publics étant donné que le TCCE n'accepte même pas d'enquêter sur une plainte qui ne donne pas une indication raisonnable qu'une infraction a été commise aux accords commerciaux. Il n'a pas accepté d'enquêter sur la moitié de toutes les plaintes. Il a également souligné que, suivant la législation américaine, seule la partie plaignante peut se faire rembourser ses frais lors d'une enquête sur les marchés publics auprès de l'organisme fédéral chargé d'examiner les contestations des offres. Au Mexique, des frais ne sont pas accordés contre l'une ou l'autre des parties dans une enquête sur les marchés publics.

Turning to the facts, the CITT found that HRDC had induced the College to respond to the EOI on the basis that it was a public procurement subject to NAFTA and AIT provisions. The language in the EOI along with the absence of any indication in the EOI that it was not a procurement constituted the inducement.

*Held*, the application should be allowed.

In reviewing the CITT's exercise of discretion whether to award costs in a particular case, patent unreasonableness is the applicable review standard. But as to whether a practice or principle relied upon by the CITT is authorized by its Act, the review standard is reasonableness *simpliciter*.

On the policy issue, nothing in the Act justified the CITT in distinguishing between complainants and the Crown in the awarding of costs. This Court has already held that the CITT lacks any statutory authority to implement measures to encourage complainants to come forward. Certainly, it was not conferred by section 30.16, the only statutory reference in the Tribunal's reasons. There is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. As for the argument that section 30.16 should be interpreted in a manner consistent with NAFTA obligations, especially Article 1017, which requires each Party to adopt and maintain bid challenge procedures for procurements, that Article does not provide that either Canada or the CITT has a duty to encourage complaints. It simply provides that contracting states must allow the making of complaints, ensure complaints are dealt with fairly and in a timely manner and not prevent the initiating of challenges. Awarding the Crown costs is not inconsistent with NAFTA. The CITT also erred in considering the fact that both the U.S.A. and Mexico do not award costs to government when successful in a procurement complaint. The legislation in those countries is different. The broad policy principles advanced by the Tribunal in support of its decision failed to meet the reasonableness *simpliciter* review standard.

In *Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, Evans J.A. suggested circumstances in which it would be appropriate to deny the Crown costs, though successful, in procurement matters. The general principle of awarding a successful party costs could be departed from if the Crown is somehow responsible for complainant's failure to submit a compliant bid

Après avoir examiné les faits, le TCCE a conclu que DRHC avait incité Georgian College à répondre à l'EDI en se fondant sur le fait qu'il s'agissait d'un marché public pour lequel s'appliqueraient les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI. Le texte de l'EDI ainsi que l'absence de toute indication qu'il ne s'agissait pas d'un marché ont constitué une incitation à présenter des soumissions.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

Dans l'examen de l'exercice par le TCCE de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder les frais dans un cas donné, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, c'est la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* qui s'applique pour décider si une pratique ou un principe invoqué par le TCCE est permis par les dispositions de la Loi.

En ce qui concerne la question de la politique applicable, rien dans la Loi ne justifiait que le TCCE fasse une distinction entre les parties plaignantes et l'État lorsqu'il rend une décision sur les frais. Notre Cour a déjà statué que le TCCE n'est pas légalement habilité à mettre en œuvre des mesures visant à encourager les intéressés à déposer des plaintes. Ce pouvoir ne lui est certes pas conféré par l'article 30.16, la seule disposition législative citée dans les motifs du TCCE. Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Pour ce qui est de l'argument suivant lequel l'article 30.16 devrait être interprété d'une manière conciliable avec les obligations prévues par l'ALÉNA, notamment avec l'article 1017 qui exige que chacune des Parties adopte et maintienne des procédures de contestation des offres pour les marchés, cet article ne prévoit toutefois pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes. Il précise simplement que les États contractants doivent permettre le dépôt de plaintes, s'assurer que les plaintes sont examinées de façon impartiale et en temps opportun, et ne pas empêcher la présentation de contestations. L'adjudication de frais à l'État n'est pas incompatible avec l'ALÉNA. Le TCCE a également commis une erreur en tenant compte du fait que les É.-U. et le Mexique n'accordent pas le remboursement des frais aux gouvernements qui ont gain de cause à l'égard des plaintes portées en matière de passation des marchés. La législation dans ces pays est différente. Les principes de politique générale formulés par le TCCE au soutien de sa décision ne satisfont pas à la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, le juge Evans, J.C.A. a indiqué les circonstances dans lesquelles il conviendrait de refuser à l'État le remboursement de ses frais même s'il a obtenu gain de cause. Il est possible de s'écarter du principe général suivant lequel les dépens sont accordés à la partie qui a gain de cause si les agissements de

or for inducing the complainant to file a complaint with the Tribunal. It is not reasonable for anyone to suppose that whenever the word “contract” is used, that any agreement contemplated would be subject to international trade agreements. No blame could be assigned to HRDC for the College’s decision to persist with its complaint.

While, upon judicial review, the Court lacked power to order the College to pay costs, it could refer the matter back with a direction that CITT award costs to applicant in the amount of \$3,327.05.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I*, vol. 129, No. 17 (29 April 1995).  
*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.11 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44), 30.16 (as enacted *idem*).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1017.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, 2004 FCA 130; [2004] F.C.J. No. 574 (QL).

##### REFERRED TO:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 49 (QL); *Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 73 (QL).

APPLICATION for judicial review of the Canadian International Trade Tribunal’s continuing refusal to

l’État ont contribué jusqu’à un certain point au défaut du plaignant de présenter une soumission conforme ou s’ils ont incité celui-ci à porter plainte devant le Tribunal. Il n’est pas raisonnable de conclure que chaque fois que le mot «marché» est utilisé, l’entente envisagée sera assujettie aux accords commerciaux internationaux. On ne peut pas reprocher à DRHC la décision de Georgian College de poursuivre sa plainte.

Même si, dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour n’était pas habilitée à ordonner à Georgian College de payer les frais de l’appel, elle pouvait renvoyer l’affaire au TCCE et lui ordonner d’accorder au demandeur les frais qui s’élevaient à 3 327,05 \$.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1017.  
*Accord sur le commerce intérieur, Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995).  
*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 30.11 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44), 30.16 (édicte, *idem*).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525; (2003), 228 D.L.R. (4th) 201; 2 Admin. L.R. (4th) 24; 305 N.R. 275 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, 2004 CAF 130; [2004] A.C.F. n° 574 (QL).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 49 (QL); *Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 73 (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur d’accorder

award costs to the Crown, although successful, in a procurement complaint (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2003] C.I.T.T. No. 29 (QL)). Application allowed; CITT directed to pay Crown's costs of fixed amount.

le remboursement des frais à l'État même s'il a eu gain de cause dans une plainte concernant un marché public (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2003] T.C.C.E. n° 29 (QL)). Demande accueillie; il est ordonné au TCCE d'accorder le remboursement à l'État des frais dont le montant a été établi.

## APPEARANCES:

*Derek Rasmussen* for applicant.  
No one appearing for respondent.

## ONT COMPARU:

*Derek Rasmussen* pour le demandeur.  
Personne n'a comparu pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

No one appearing for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

Personne n'a comparu pour le défendeur.

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

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

SEXTON J.A.:

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

## INTRODUCTION

[1] This application for judicial review arises out of the continuing refusal by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) to award costs to Human Resources Development Canada (HRDC) arising out of its successful defence to a procurement complaint brought by Georgian College of Applied Arts and Technology (Georgian). This Court had earlier set aside the decision of the CITT refusing to award costs to HRDC and referred the matter back to the CITT so that it could address the issue of costs based upon proper principles. The issue in the application is whether the CITT has done so.

## INTRODUCTION

[1] La présente demande de contrôle judiciaire découle du refus persistant du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) d'accorder à Développement des ressources humaines Canada (DRHC) les frais découlant de la défense qu'elle a opposée avec succès à une plainte déposée par Georgian College of Applied Arts and Technology (Georgian College) concernant un marché public. Notre Cour avait déjà annulé la décision du TCCE de refuser d'accorder les frais à DRHC et avait renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il traite la question des frais sur le fondement des principes appropriés. La question en litige dans la présente demande est celle de savoir si le TCCE l'a fait.

## FACTS

[2] In 2001, Georgian responded to an Expression of Interest (EOI) published by HRDC which invited submissions regarding the provision of help to unemployed people. The approach by Georgian was rejected so it indicated it intended to file a complaint against HRDC pursuant to subsection 30.11(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian*

## FAITS

[2] En 2001, Georgian College a répondu à une expression d'intérêt (EDI) publiée par DRHC qui invitait à présenter des soumissions concernant la prestation de services d'aide aux personnes sans emploi. Sa soumission ayant été rejetée, Georgian College a indiqué qu'il avait l'intention de déposer une plainte contre DRHC sur le fondement du paragraphe 30.11(1)

*International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the Act) arguing that the EOI was subject to the procurement provisions of the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette, Part I*, Vol. 129, No. 17 (29 avril 1995)] (AIT) and that HRDC had failed to comply with these agreements.

[3] As a result, representatives of HRDC met with Georgian on January 9, 2002 and explained why Georgian was not the successful candidate.

[4] On February 14, 2002, HRDC wrote to Georgian advising that the EOI was not subject to trade agreements and that a competitive bid type process was not required. Nevertheless, Georgian persisted in pursuing its complaint, filing it on February 28, 2002.

[5] On May 29, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 49 (QL)], the CITT dismissed Georgian's complaint on the basis that the procurement provisions of NAFTA and AIT did not apply. The issue of costs was not addressed.

[6] On July 17, 2002, the Attorney General of Canada (AGC) requested the CITT award costs to it.

[7] On August 9, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)], the CITT denied the AGC's request for costs. Factors upon which the CITT relied in so deciding included:

(a) little purpose is served by awarding costs to the Crown because it is represented by salaried counsel from the Department of Justice;

(b) awarding costs to the Crown would increase the already significant burden on complainants to the CITT;

[édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47 (la Loi) alléguant que l'EDI était soumise aux dispositions sur les marchés publics de l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n<sup>o</sup> 2] (ALÉNA) et de l'*Accord sur le commerce intérieur* [*Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n<sup>o</sup> 17 (29 avril 1995)] (ACI) et que DRHC ne s'était pas conformé à ces accords.

[3] C'est pourquoi des représentants de DRHC ont rencontré des représentants de Georgian College le 9 janvier 2002 et leur ont expliqué pourquoi la soumission de Georgian College n'avait pas été retenue.

[4] Le 14 février 2002, DRHC a écrit à Georgian College pour l'informer que l'EDI n'était pas visée par les accords commerciaux et qu'un processus d'appel d'offres n'était pas nécessaire. Georgian College a néanmoins persisté dans son désir de déposer une plainte, ce qu'il a fait le 28 février 2002.

[5] Le 29 mai 2002 [[2002] T.C.C.E. n<sup>o</sup> 49 (QL)], le TCCE a rejeté la plainte de Georgian College pour le motif que les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI sur les marchés publics ne s'appliquaient pas. La question des frais n'a pas été abordée.

[6] Le 17 juillet 2002, le procureur général du Canada (PGC) a demandé au TCCE de lui adjuger les frais.

[7] Le 9 août 2002 [[2002] T.C.C.E. n<sup>o</sup> 73 (QL)], le TCCE a rejeté la demande de frais du procureur général du Canada. Les facteurs dont le TCCE a notamment tenu compte dans sa décision sont les suivants:

a) il est inutile d'adjuger des frais à l'État parce qu'il est représenté par des conseillers juridiques salariés du ministère de la Justice;

b) adjuger les frais à l'État ne servirait qu'à accroître le fardeau déjà lourd des parties qui portent plainte devant le TCCE;

(c) most complaints before the CITT have some merit and are pursued by complainants in a forthright and candid manner.

[8] On May 2, 2003, this Court allowed the application for judicial review by the AGC on the grounds that the CITT had fettered its discretion by adhering to a general policy against awarding costs to the Crown (*Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 F.C. 525 (C.A.)).

[9] The Court also found that the factors considered by the CITT were irrelevant and further the Court rejected submissions made to the Court that the CITT had a duty to ensure Canada's compliance with international obligations arising under NAFTA and AIT relating to procurement matters, and that such duty entailed encouraging people to make complaints.

[10] The Court referred the matter back to the CITT for redetermination in accordance with proper principles governing costs. In particular, the Court alluded to the principle that, in the absence of exceptional circumstances, costs are normally awarded to the successful party.

[11] On November 3, 2003 [[2003] C.I.T.T. No. 29 (QL)], the CITT, upon reconsidering the issue of costs, again rejected the claim for costs by the AGC. The CITT based its decision on two main grounds, the first on the basis of policy and the second on the basis of the particular facts of this case.

#### A. Policy Grounds

[12] The Tribunal said [at paragraphs 11-15]:

In its decision, the Court concluded that the Tribunal had fettered its discretion, in this instance, by adhering to a predetermined practice of denying costs to the Crown in procurement inquiries despite the latter's success. The Tribunal's discretionary authority is derived from section 30.16 of the CITT Act, which reads as follows:

30.16(1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceedings before

c) la plupart des plaintes portées devant le TCCE ont un certain fondement et sont présentées par les plaignants de manière franche et honnête.

[8] Le 2 mai 2003, notre Cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le PGC pour le motif que le TCCE avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant une politique générale de ne pas adjuger les frais à l'État (*Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, [2003] 4 C.F. 525 (C.A.)).

[9] La Cour a également conclu que les facteurs dont a tenu compte le TCCE n'étaient pas pertinents et elle a en outre rejeté les arguments qui lui avaient été soumis et selon lesquels le TCCE avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l'ALÉNA et de l'ACI en matière de marchés publics et qu'un tel devoir comportait celui d'encourager les intéressés à déposer des plaintes.

[10] La Cour a renvoyé l'affaire au TCCE afin qu'il rende une nouvelle décision en se conformant aux principes appropriés concernant les frais. Elle a notamment rappelé le principe suivant lequel en l'absence de circonstances exceptionnelles, les frais sont habituellement accordés à la partie qui a gain de cause.

[11] Le 3 novembre 2003 [[2003] T.C.C.E. n° 29 (QL)], après avoir réexaminé la question des frais, le TCCE a encore une fois rejeté la demande de frais du PGC. Il a fondé sa décision sur deux principaux motifs, le premier étant la politique applicable et le deuxième, les faits particuliers de l'affaire.

#### A. Motif fondé sur la politique applicable

[12] Le tribunal a dit [aux paragraphes 11 à 15]:

Dans sa décision, la Cour a conclu qu'en l'espèce, le Tribunal avait entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant une pratique préétablie de refuser le remboursement de frais à l'État en matière de marché public malgré le fait qu'il ait gain de cause. Le pouvoir discrétionnaire du Tribunal découle de l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE, qui stipule ce qui suit:

30.16(1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés

it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed.

The above provision was added by the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, which came into effect on January 1, 1994. Before that time, the Tribunal's predecessor, the Procurement Review Board, had no discretion to award costs against a complainant, even when the complainant acted in a way that amounted to an abuse of the complaint process.

The above-quoted provision, which corrected the last-mentioned defect, must be interpreted in its proper context, i.e. the establishment of a bid challenge system that would promote "fair, open and impartial procurement procedures", in accordance with Canada's NAFTA obligations. The Tribunal believes that the intent of the above provision was to ensure that Canada's bid challenge authority would act as a "court" of easy access for the purpose of assuring, via the trade agreements, the integrity of the public procurement process.

Transparency and efficiency in the procurement process are advanced when there is a bid challenge system in place that allows suppliers to question procurement decisions that were made *sub rosa* or otherwise unfairly. Such a system makes a large pool of competitive bidders available to government buyers, thereby ensuring that the government receives the best value for its money. To discourage potential bidders from full participation in the procurement process by imposing costs that would deter them from challenging that process would defeat the above purpose of the NAFTA chapter on procurement.

Unlike the judicial system, where costs serve as a deterrent against bringing actions based on weak or incredible grounds, there is no need for costs to serve as such a deterrent in procurement review. Under section 30.13 of the CITT Act, upon receipt of a complaint, the Tribunal has discretion to conduct an inquiry. Moreover, it cannot accept for inquiry any complaint that fails to disclose a reasonable indication of a breach of the trade agreements. Historically, the Tribunal has not accepted half of all complaints for inquiry. Adding a further deterrent in the form of costs where cases have already passed this vetting procedure would risk creating an access

à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation.

Cette disposition a été ajoutée par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. Avant cette date, le prédécesseur du Tribunal, la Commission de révision des marchés publics, n'avait pas le pouvoir d'accorder le remboursement des frais contre une partie plaignante, même quand le comportement de la partie plaignante équivalait à un abus de la procédure de plainte.

La disposition citée ci-dessus, qui corrigeait le défaut mentionné en dernier, doit être interprétée dans son propre contexte, c'est-à-dire l'établissement d'un système de contestation des offres qui favoriserait des «procédures équitables, ouvertes et impartiales» conformément aux obligations du Canada découlant de l'ALÉNA. Selon le Tribunal, la disposition ci-dessus avait pour but d'assurer que l'organisme canadien chargé d'examiner les contestations des offres agirait en tant que «cour» facilement accessible afin d'assurer, par l'intermédiaire des accords commerciaux, l'intégrité de la procédure de passation des marchés publics.

La transparence et l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics sont servies lorsqu'il existe un système de contestation des offres qui permet aux fournisseurs de contester les décisions en matière de marchés publics qui ont été prises *sub rosa* ou d'une façon autrement injuste. Un tel système met à la disposition des acheteurs du gouvernement un vaste réservoir de soumissionnaires concurrentiels, assurant ainsi que le gouvernement reçoit la meilleure valeur pour son argent. Le fait de décourager les soumissionnaires potentiels de participer pleinement à la procédure de passation des marchés publics en imposant des frais qui ont pour effet de les dissuader de contester la procédure irait à l'encontre de l'intention susmentionnée du chapitre de l'ALÉNA sur les marchés publics.

À la différence du système judiciaire, où les frais servent de moyens de dissuasion pour éviter des procès pour des motifs faibles ou non crédibles, il n'est pas nécessaire que les frais servent ainsi de moyens de dissuasion dans le cadre de l'examen de marchés publics. Aux termes de l'article 30.13 de la Loi sur le TCCE, le Tribunal peut, à la réception d'une plainte, décider d'enquêter sur cette plainte. De plus, il ne peut pas accepter d'enquêter sur toute plainte qui ne donne pas une indication raisonnable d'une infraction aux accords commerciaux. Par le passé, le Tribunal n'a pas accepté d'enquêter sur la moitié de toutes les plaintes. Le fait d'ajouter



barrier to procurement review.

It further said [at paragraphs 20-25]:

In the Tribunal's opinion, section 30.16 of the CITT Act is similar to SIMA in this respect, in that the Tribunal must give consideration to the terms of Canada's obligations under the AGP, the AIT, and NAFTA in interpreting the procurement provisions of the CITT Act. As mentioned, this section was part of the NAFTA implementation legislation and should be interpreted with this context in mind.

Such an approach would indicate that the Tribunal's discretion to award costs against complainants should be exercised sparingly in the course of a dispute. As stated previously, the express purpose of the trade agreements is to promote the transparency and efficiency of the procurement process by, among other things, making independent bid challenge available and accessible. This approach has been consistent with the practice of the other parties to NAFTA.

Under U.S. legislation, only the complainant is allowed its costs in a procurement inquiry before the federal government's bid challenge authority, i.e. the General Accounting Office (GAO). As stated in relevant U.S. legislation:

#### 21.8 Remedies.

...

(d) if GAO determines that a solicitation, proposed award, or award does not comply with statute or regulation, it may recommend that the contracting agency pay the protester the costs of:

(1) Filing and pursuing the protest, including attorneys' fees and consultant and expert witness fees; and

(2) Bid and proposal preparation.

(e) If the contracting agency decides to take corrective action in response to a protest, GAO may recommend that the agency pay the protester the reasonable costs of filing and pursuing the protest, including attorneys' fees and consultant and expert witness fees.

un moyen de dissuasion supplémentaire sous la forme de frais, alors que ces cas ont déjà passé cette procédure de validation, risquerait de créer un obstacle à l'examen des marchés publics.

Il a ajouté [aux paragraphes 20 à 25]:

De l'avis du Tribunal, l'article 30.16 de la Loi sur le TCCE est semblable à la LMSI à cet égard, du fait que le Tribunal doit tenir compte des termes des obligations du Canada découlant de l'AMP, de l'ACI et de l'ALÉNA pour interpréter les dispositions sur les marchés publics de la Loi sur le TCCE. Comme il a été indiqué, cet article faisait partie de la loi de mise en œuvre de l'ALÉNA et doit être interprété en tenant compte de ce contexte.

Une telle approche indiquerait que le pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder le remboursement des frais contre les parties plaignantes doit être utilisé avec modération durant un conflit. Comme indiqué précédemment, l'intention expresse des accords commerciaux est, entre autres choses, de faciliter la transparence et l'efficacité de la procédure de passation des marchés publics, rendant la contestation indépendante des offres disponible et accessible. Cette approche correspond à la pratique des autres parties de l'ALÉNA.

Dans la législation des États-Unis, seule la partie plaignante peut se faire rembourser ses frais lors d'une enquête sur les marchés publics auprès de l'organisme fédéral chargé d'examiner les contestations des offres, c.-à-d. le General Accounting Office (GAO). Les dispositions législatives pertinentes des États-Unis se lisent ainsi:

#### 21.8 Recours.

[...]

d) Si le GAO décide qu'une invitation, une adjudication proposée ou une adjudication n'est pas conforme à la loi ou au règlement, il peut recommander que l'organisme contractant rembourse au contestataire les frais:

(1) de dépôt et de traitement de la plainte, y compris les honoraires d'avocat et les frais de consultants et de témoins experts;

(2) de préparation de la soumission et de la proposition.

e) Si l'organisme contractant décide de prendre des mesures correctives en réponse à la contestation, le GAO peut recommander que cet organisme verse au contestataire les frais raisonnables de dépôt et de traitement de la plainte, y compris les honoraires d'avocat et les frais des consultants et des témoins experts.

Similarly, in Mexico, according to the Secretaría de la Función Pública (formerly Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), the national bid challenge authority, consistent with Mexican civil law of not imposing costs against either party in a procurement inquiry, the practice is followed.

The fact that all three NAFTA bid challenge authorities have followed a similar practice, in the sense of not imposing costs on complainants, is no accident. All three member states have an obligation to make a bid challenge mechanism accessible to suppliers from each other's territories.

The Tribunal does not read the Court's decision as prohibiting it from having regard to these broader trade policy concerns when exercising its discretion in individual procurement inquiries, provided that the discretion is actively exercised each time and not merely pre-empted by a predetermined outcome through some policy or practice. [Emphasis added.]

## B. Factual Grounds

[13] The CITT found that HRDC had induced Georgian to reply to the EOI on the basis that it was a public procurement subject to the provisions of NAFTA and AIT. In reaching this conclusion, the CITT relied on the fact that the final sentence of the EOI stated as follows: "Not all submissions will proceed to the proposal or contract stage". The CITT found that this language in the EOI and the lack of any indication in the EOI that it was not a procurement constituted the inducement. Accordingly, it found that the EOI was misleading to Georgian and that even HRDC was not completely certain that it had followed the appropriate process for the EOI. Given this lack of clarity, it was reasonable for Georgian to infer that the EOI was subject to the trade agreements.

[14] The applicant sought judicial review of the second decision denying costs arguing that the decision does not accord with the directive given by this Court on the first judicial review application. The applicant argues

## [TRADUCTION]

De même, au Mexique, selon la Secretaría de la Función Pública (auparavant le Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), l'organisme national chargé d'examiner les contestations des offres, conformément au droit civil mexicain de ne pas imposer de frais contre l'une ou l'autre des parties dans une enquête sur les marchés publics, cette pratique est suivie.

Le fait que tous les trois organismes chargés d'examiner les contestations des offres de l'ALÉNA ont suivi une pratique semblable, dans le sens de ne pas imposer de frais aux parties plaignantes, n'est pas accidentel. Les trois états membres ont une obligation de rendre le mécanisme de contestation des offres accessible aux fournisseurs sur les territoires respectifs, entre eux.

Le Tribunal n'interprète pas la décision de la Cour comme lui interdisant de tenir compte de ces grandes considérations de politiques commerciales lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire lors d'une enquête individuelle sur les marchés publics, à condition que son pouvoir discrétionnaire soit exercé activement chaque fois, et non pas simplement écarté par un résultat préétabli du fait d'une politique ou d'une pratique quelconque.

## B. Motif fondé sur les faits particuliers de l'affaire

[13] Le TCCE a conclu que DRHC avait incité Georgian College à répondre à l'EDI en se fondant sur le fait qu'il s'agissait d'un marché public pour lequel s'appliqueraient les dispositions de l'ALÉNA et de l'ACI. Pour tirer cette conclusion, le TCCE s'est appuyé sur la dernière phrase de l'EDI: «les soumissions ne se rendront pas toutes à l'étape de la proposition ou du marché». Le TCCE a estimé que cette phrase dans l'EDI ainsi que l'absence de toute indication qu'il ne s'agissait pas d'un marché avaient constitué une incitation à présenter des soumissions. Il a donc conclu que l'EDI avait induit Georgian College en erreur et que même DRHC n'était pas tout à fait certain d'avoir suivi la bonne procédure pour l'EDI. Étant donné ce manque de clarté, il était raisonnable pour Georgian College de conclure que les règles des accords commerciaux s'appliquaient à l'EDI.

[14] Le demandeur a sollicité le contrôle judiciaire de la deuxième décision lui refusant les frais en faisant valoir que cette décision n'est pas conforme à la directive donnée par notre Cour lors de la première

that the broad policy grounds on which the CITT relied to again deny costs were specifically found by this Court not to justify such a denial and that the facts do not justify a denial either.

#### STANDARD OF REVIEW

[15] In *Georgian College*, this Court articulated two different standards to apply when reviewing a decision of the CITT regarding costs. When reviewing the CITT's simple exercise of discretion whether or not to award costs in a particular case, the standard of review is patent unreasonableness. However, when the Court is deciding whether a practice or principle relied upon by the CITT is authorized by the provisions of the Act, the standard of review is reasonableness *simpliciter*.

[16] Accordingly, the CITT's consideration of the particular facts of this case and its decision whether or not to award costs based on these facts should be reviewed on the standard of patent unreasonableness. However, to the extent that the CITT relied on general principles applicable to all costs decisions, these principles should be reviewed on the reasonableness standard.

#### POLICY ANALYSIS

[17] In my view, there is nothing in the Act which would justify the CITT in distinguishing between complainants and the Crown when making costs awards. Section 30.16 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] provides as follows:

**30.16 (1)** Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceedings before it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed. [Emphasis added.]

[18] The CITT has a practice of awarding costs to successful complainants. There is no justification for

demande de contrôle judiciaire. Il prétend que notre Cour a conclu que les raisons de principe invoquées par le TCCE pour refuser encore une fois le remboursement des frais ne justifiaient pas un tel refus, pas plus que les faits d'ailleurs.

#### NORME DE CONTRÔLE

[15] Dans la décision *Georgian College*, notre Cour a formulé deux normes différentes applicables au contrôle d'une décision du TCCE concernant les frais. Dans l'examen du simple exercice par le TCCE de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder les frais dans un cas donné, la norme de contrôle est celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, lorsque la Cour décide si une pratique ou un principe invoqué par le TCCE est permis par les dispositions de la Loi, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[16] Par conséquent, il convient d'appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'examen par le TCCE des faits particuliers de la présente espèce ainsi qu'à sa décision quant à savoir si, compte tenu de ces faits, il y avait lieu ou non d'accorder des frais. Toutefois, dans la mesure où le TCCE s'est appuyé sur des principes généraux applicables à toutes les décisions portant sur les frais, il convient d'examiner ces principes eu égard à la norme de la décision raisonnable.

#### ANALYSE DE LA POLITIQUE APPLICABLE

[17] À mon avis, rien dans la Loi ne justifierait que le TCCE fasse une distinction entre les parties plaignantes et l'État lorsqu'il rend une décision sur les frais. L'article 30.16 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] prévoit ce qui suit:

**30.16 (1)** Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation. [Non souligné dans l'original.]

[18] Le TCCE a pour pratique d'accorder les frais aux parties plaignantes qui ont gain de cause. Rien ne justifie

adopting a policy of depriving the Crown of costs when it is successful.

[19] Furthermore, in *Georgian College*, this Court expressly found that it was not appropriate for the CITT to refuse to award the Crown costs on the grounds that it wanted to encourage complaints in order to ensure Canada's compliance with international obligations arising under trade agreements. Noël J.A. stated at paragraphs 36-37:

Although it seems clear that the practice of denying costs to the Crown despite its success has the effect of encouraging complaints to come forward, the Tribunal has alluded to no provision which would authorize it to implement measures towards that end. Indeed, the only statutory reference contained in the reasons is to section 30.16 which, as we have seen, provides for no such authority. The respondent has been unable to point to any other provision which could be construed as authorizing the Tribunal to assume a pro-active role in encouraging complaints.

I accept that Parliament has designated the Tribunal as the competent forum for adjudicating procurement complaints and that, in fulfilling this function, the Tribunal is called upon to give effect to the international obligations which bind Canada in relation to procurement matters. But there is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. I can find nothing in the Act which would give the Tribunal authority to encourage or invite litigation in the area of procurement by adhering to a practice of denying costs to the Crown despite its success. [Emphasis added.]

Accordingly, it was inappropriate for the CITT to consider this principle when deciding whether to award costs in this case. The CITT did not point to any provision of the Act which would give it the authority to refuse costs in order to encourage complaints.

[20] The CITT did, however, try to argue that section 30.16 of the Act should be interpreted in a way that is consistent with its obligations under NAFTA, and in particular Article 1017. The relevant portions of 1017 provide:

#### Article 1017: Bid Challenge

1. In order to promote fair, open and impartial procurement procedures, each Party shall adopt and maintain bid challenge

d'adopter une politique consistant à priver l'État des frais lorsqu'il a gain de cause.

[19] De plus, dans l'arrêt *Georgian College*, notre Cour a expressément conclu qu'il ne convenait pas pour le TCCE de refuser les frais à l'État parce qu'il souhaitait encourager ainsi le dépôt de plaintes afin d'assurer que le Canada se conforme aux obligations internationales découlant des accords commerciaux. Le juge Noël, J.C.A. a dit aux paragraphes 36 et 37:

S'il semble clair que la pratique de refuser les frais à l'État malgré qu'il ait gain de cause a l'effet d'encourager les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à mettre en œuvre des mesures à cette fin. En fait, la seule disposition législative citée dans les motifs est l'article 30.16, lequel, comme nous l'avons vu, ne confère pas un tel pouvoir. Le défendeur n'a cité aucune autre disposition que l'on pourrait interpréter comme conférant au Tribunal le pouvoir de jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

J'accepte que le législateur a désigné le Tribunal comme la juridiction compétente pour juger les plaintes relatives aux marchés publics et que le Tribunal, en s'acquittant de cette fonction, est appelé à donner effet aux obligations internationales qui lient le Canada en matière de marchés publics. Mais il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Je ne trouve aucune disposition dans la Loi qui donnerait au Tribunal le pouvoir d'encourager ou d'inviter les litiges en matière de marchés publics en suivant une pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause. [Non souligné dans l'original.]

Par conséquent, le TCCE ne peut pas légitimement examiner ce principe lorsqu'il a décidé s'il y avait lieu d'accorder des frais en l'espèce. Il n'a invoqué aucune disposition de la Loi qui lui conférerait le pouvoir de refuser des frais afin d'encourager le dépôt de plaintes.

[20] Le TCCE a toutefois tenté de faire valoir que l'article 30.16 de la Loi devrait être interprété d'une manière conciliable avec ses obligations en vertu de l'ALÉNA, notamment avec l'article 1017. Les dispositions pertinentes de l'article 1017 sont les suivantes:

#### Article 1017: Contestation des offres

1. Afin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, chacune des Parties

procedures for procurements covered by this Chapter in accordance with the following:

(a) each Party shall allow suppliers to submit bid challenges concerning any aspect of the procurement process, which for purposes of this Article begins after an entity has decided on its procurement requirement, leading up to and including the contract award;

...

(c) each Party shall ensure that its entities accord fair and timely consideration to any complaint regarding procurement covered by this Chapter;

(d) whether or not a supplier has attempted to resolve its complaint with the entity, or upon an unsuccessful attempt at such a resolution, no Party shall prevent the supplier from initiating a bid challenge or seeking any other relief available to such supplier;

Article 1017, however, does not provide that Canada or the CITT have a duty to encourage complaints. It simply provides that contracting states must allow people to make complaints regarding the procurement process, must ensure that complaints are treated on a fair and timely basis, and must not prevent persons from initiating challenges. Awarding costs to the Crown when it successfully defends against a complaint does not constitute preventing a supplier from initiating a complaint. Accordingly, awarding costs to the Crown is not inconsistent with NAFTA. Suppliers are free to initiate complaints; however, if a complaint is ultimately unsuccessful, the Crown should be compensated for its costs. Overall, the fact that Canada has a duty to allow people to make certain complaints does not mean that it has a duty to encourage those complaints by refusing to award costs to the Crown when it is successful.

[21] It was also clearly an error for the CITT to consider the fact that the United States and Mexico do not award costs to successful governments in procurement complaints. The legislation in these countries is different, and accordingly, is not relevant to the CITT. In Canada—unlike the U.S. and Mexico—the Act contemplates that costs may be

adoptera et maintiendra des procédures de contestation des offres pour les marchés visés par le présent chapitre, en conformité avec les points suivants:

a) chacune des Parties permettra aux fournisseurs de présenter des contestations des offres portant sur tout aspect du processus de passation des marchés, lequel, pour l'application du présent article, débutera au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir et se poursuivra jusqu'à l'adjudication du marché;

[...]

c) chaque Partie fera en sorte que ses entités examinent de façon impartiale et en temps opportun toute plainte relative à un marché visé par le présent chapitre;

d) qu'un fournisseur ait ou non cherché à régler sa plainte à l'amiable avec l'entité, ou que sa tentative se soit soldée par un échec, aucune des Parties ne pourra empêcher ledit fournisseur de présenter une contestation des offres ou d'utiliser toute autre voie de recours possible;

L'article 1017 ne prévoit toutefois pas que le Canada ou le TCCE ont l'obligation d'encourager les plaintes. Il précise simplement que les États contractants doivent permettre le dépôt de plaintes concernant le processus de passation des marchés, s'assurer que les plaintes soient examinées de façon impartiale et en temps opportun, et ne pas empêcher des personnes de présenter une contestation. Accorder des frais à l'État lorsqu'il conteste une plainte avec succès n'empêche pas un fournisseur de présenter une plainte. Par conséquent, l'adjudication de frais à l'État n'est pas incompatible avec l'ALÉNA. Les fournisseurs sont libres de présenter des plaintes; toutefois, si une plainte est finalement rejetée, l'État devrait avoir droit au remboursement de ses frais. Dans l'ensemble, le fait que le Canada a l'obligation de permettre à des personnes de déposer des plaintes ne signifie pas qu'il est tenu d'encourager le dépôt de ces plaintes en refusant d'accorder à l'État le remboursement de ses frais lorsqu'il a gain de cause.

[21] Il était également clair que le TCCE a commis une erreur en tenant compte du fait que les États-Unis et le Mexique n'accordent pas le remboursement des frais aux gouvernements qui ont gain de cause à l'égard des plaintes portées en matière de passation des marchés. La législation dans ces pays est différente et, par conséquent, elle n'est pas pertinente pour le TCCE. Au

awarded to any person.

[22] The reasonableness *simpliciter* standard of review requires a determination as to whether the reasons provided by the decision maker are capable of supporting the decision. In my view the broad policy principles articulated by the CITT in support of its decision do not meet this criteria. They are not supported by the legislation and they conflict with the general principle that costs should be awarded to the successful party absent exceptional circumstances.

#### FACTUAL ANALYSIS

[23] In *Canada (Attorney General) v. Educom TS Inc.*, 2004 FCA 130; [2004] F.C.J. No. 574 (QL) (*Educom*), Evans J.A. elucidated some of the particular circumstances in which it would be appropriate to deny the Crown costs in cases when it is successful. He stated at paragraph 11:

The general principle that costs follow the event applies to the Tribunal's discretion over costs conferred by subsection 30.16(1). The Tribunal may depart from the general principle if the conduct of the successful party was in some way responsible for the failure of the complainant to submit a compliant bid or for inducing the complainant to file a complaint with the Tribunal. However, there must be some evidence rationally capable of supporting such findings: speculation is not sufficient. Merely to identify a minor error in the procurement documentation or process is not sufficient to deny the Crown its costs when a complaint is rejected.

[24] There was no finding by the CITT that Georgian was induced by HRDC to lodge a complaint. Instead the CITT found that the lack of clarity in the EOI induced Georgian to reply to the EOI. Apparently the CITT concluded that because the word "contract" was used in the EOI it was reasonable for Georgian to infer that it was subject to NAFTA. However, not all government contracts are subject to NAFTA and, in any event, it is not reasonable for anyone to conclude that because the word "contract" is used, somehow any agreement

Canada—contrairement aux États-Unis et au Mexique—la Loi prévoit que des frais peuvent être accordés à toute personne.

[22] La norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* suppose que l'on doit déterminer si les motifs fournis par le décideur peuvent justifier la décision. À mon avis, les principes de politique générale formulés par le TCCE au soutien de sa décision ne satisfont pas à ce critère. Ils ne sont pas étayés par la législation et ils contredisent le principe général suivant lequel, en l'absence de circonstances exceptionnelles, les frais devraient être accordés à la partie qui a gain de cause.

#### ANALYSE DES FAITS

[23] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Educom TS Inc.*, 2004 CAF 130; [2004] A.C.F. n° 574 (QL) (*Educom*), le juge Evans, J.C.A. a précisé les circonstances particulières dans lesquelles il conviendrait de refuser à l'État le remboursement de ses frais quand il a obtenu gain de cause. Il a dit au paragraphe 11:

Le principe général suivant lequel les dépens suivent le sort du principal s'applique au pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 30.16(1) confère au Tribunal en matière d'attribution de frais. Le Tribunal peut s'écarter de ce principe général si les agissements de la partie qui obtient gain de cause ont contribué jusqu'à un certain point au défaut du plaignant de présenter une soumission conforme ou s'ils ont incité le plaignant à porter plainte devant le Tribunal. Il doit toutefois exister des éléments de preuve qui sont logiquement susceptibles d'appuyer une telle conclusion; de simples spéculations ne suffisent pas. Il ne suffit pas de relever une erreur mineure dans le dossier ou la procédure de passation du marché pour refuser les frais à l'État en cas de rejet de la plainte.

[24] Le TCCE n'a pas conclu que DRHC avait incité Georgian College à déposer une plainte. Au contraire, il a jugé que le manque de clarté de l'EDI avait amené Georgian College à répondre à l'EDI. Apparemment, le TCCE a conclu qu'en raison de la présence du mot «marché» dans l'EDI, il était raisonnable que Georgian College en déduise que l'ALÉNA s'appliquait. Toutefois, ce ne sont pas tous les marchés du gouvernement qui sont assujettis à l'ALÉNA et, de toute façon, il n'est pas raisonnable de conclure qu'en raison

contemplated will be subject to international trade agreements. Such a leap in logic cannot be justified.

[25] In any event, Georgian was told by HRDC that the EOI was not subject to the trade agreements, and Georgian plunged ahead undeterred. No blame can be attached to HRDC for Georgian's actions and there is no causal link between HRDC's action and Georgian's decision to persist with its complaint.

## CONCLUSION

[26] The AGC requested this Court to award costs in its favour in defending the complaint. On application for judicial review this Court's powers are set forth in subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

### 18.1 . . .

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

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

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

[27] Thus the Court does not have the power to directly order Georgian to pay the costs of the appeal. However, this Court does have the power to refer the matter back to the CITT with a direction that it award costs to the applicant.

[28] Counsel for the applicant has submitted that a reasonable award for its costs for the first CITT hearing would be \$3,327.05. Counsel explained that this figure includes an amount of \$3,182.75 for counsel fees and \$144.30 for disbursements. We were advised that 35.15 hours were spent by counsel for the applicant in

de la présence du mot «marché», toute entente envisagée sera assujettie aux accords commerciaux internationaux. Une telle entorse à la logique ne peut se justifier.

[25] Quoiqu'il en soit, DRHC a dit à Georgian College que l'EDI n'était pas visée par les accords commerciaux, ce qui n'a pas empêché Georgian College d'aller de l'avant. On ne peut pas reprocher à DRHC les actes de Georgian College et il n'y a aucun lien de causalité entre les actes de DRHC et la décision de Georgian College de poursuivre sa plainte.

## CONCLUSION

[26] Le procureur général du Canada a demandé à notre Cour de lui adjuger les frais engagés pour contester la plainte. Les pouvoirs de notre Cour en cas de demande de contrôle judiciaire sont énoncés au paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

### 18.1 [ . . ]

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

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

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

[27] Ainsi, la Cour n'est pas habilitée à ordonner directement à Georgian College de payer les frais de l'appel. Toutefois, elle peut renvoyer l'affaire au TCCE et lui ordonner d'accorder les frais au demandeur.

[28] L'avocat du demandeur a fait valoir que le montant raisonnable des frais pour la première audience devant le TCCE serait de 3 327,05 \$. Il a expliqué que ce montant inclut une somme de 3 182,75 \$ pour les honoraires de l'avocat et de 144,30 \$ pour les débours. Nous avons été informés que l'avocat du demandeur a

responding to the complaint. In my view this request is reasonable.

[29] Accordingly, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and refer the matter back to the Tribunal with the direction that the Tribunal award costs in favour of the applicant in the amount of \$33,27.05.

[30] On the hearing of this application, counsel for the applicant indicated that the applicant was not seeking costs against Georgian for the second hearing before the CITT nor the costs of this application because Georgian did not appear on either of those hearings and made no submissions.

DÉCARY J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

consacré 35,15 heures à la contestation de la plainte. À mon avis, cette demande est raisonnable.

[29] Par conséquent, je ferais droit à la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du Tribunal et je lui renverrais l'affaire en lui ordonnant d'accorder des frais de 3 327,05 \$ au demandeur.

[30] À l'audience portant sur la présente demande, l'avocat du demandeur a indiqué que le demandeur ne sollicitait pas les frais contre Georgian College lors de la deuxième audience devant le TCCE ni les frais de la présente demande parce que Georgian College n'a pas comparu à l'une ou l'autre de ces audiences et n'a pas non plus présenté d'observations.

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

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



T-1321-97  
2004 FC 1445

T-1321-97  
2004 CF 1445

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.**  
*(Plaintiffs) (Defendants by Counterclaim)*

**Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.**  
*(demanderesse) (défenderesses reconventionnelles)*

v.

c.

**Apotex Inc. (Defendant) (Plaintiff by Counterclaim)**

**Apotex Inc. (défenderesse) (demanderesse reconventionnelle)**

and

et

**Shionogi & Co. Ltd. (Defendant by Counterclaim)**

**Shionogi & Co. Ltd. (défenderesse reconventionnelle)**

*INDEXED AS: ELI LILLY AND CO. v. APOTEX (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: ELI LILLY AND CO. c. APOTEX (C.F.)*

Federal Court, Hugessen J.—Ottawa, October 13 and 20, 2004.

Cour fédérale, juge Hugessen—Ottawa, 13 et 20 octobre 2004.

*Patents — Inter-relationship between Patent Act, Competition Act — Plaintiffs commencing action against defendant for infringement of eight cefaclor processing patents, four of which assigned to them by defendant by counterclaim — Defendant alleging, in amended statement of defence and counterclaim, assignment resulting in undue lessening of competition contrary to Competition Act, s. 45, and thus entitled to Act, s. 36 damages — Plaintiffs seeking summary judgment dismissing paragraphs of statement of defence and counterclaim alleging anti-competitive agreement contrary to Act, s. 45 — Defendant by counterclaim seeking summary judgment dismissing counterclaim against it — Patent Act and Competition Act to be read together harmoniously — Meaning of “undue” in Act, s. 45 limited to restrictions on competition not specifically authorized by Patent Act — Assignment of patents in present instance authorized by Patent Act, s. 50 and as dealing with nothing other than permitted assignment of patents, not undue — Defendant’s suit having no foundation in law — Motions allowed.*

*Brevets — Lien entre la Loi sur les brevets et la Loi sur la concurrence — Les demanderesse ont intenté contre la défenderesse une poursuite en contrefaçon de huit brevets portant sur le conditionnement du céfador; quatre des huit brevets leur avaient été cédés par la défenderesse reconventionnelle — La défenderesse a allégué, dans les modifications apportées à sa défense et demande reconventionnelle, que les cessions avaient constitué un accord pour limiter indûment la concurrence, contrairement à l’art. 45 de la Loi sur la concurrence, ce qui lui avait donné droit à des dommages-intérêts en vertu de l’art. 36 — Les demanderesse ont demandé un jugement sommaire rejetant les paragraphes de la défense et demande reconventionnelle alléguant une entente anticoncurrentielle contraire à l’art. 45 de la Loi — La défenderesse reconventionnelle a demandé un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle qui la visait — Il faut faire une lecture harmonieuse de la Loi sur les brevets et de la Loi sur la concurrence — Le sens du terme «indûment» de l’art. 45 de la Loi ne vise que les restrictions à la concurrence qui ne sont pas autorisées expressément par la Loi sur les brevets — En l’espèce, la cession de brevets qui était autorisée par l’art. 50 de la Loi sur les brevets et qui ne visait que la cession autorisée de brevets, ne pouvait être indue — La poursuite de la défenderesse n’était pas fondée en droit — Requêtes accueillies.*

This was a rehearing of two motions for summary judgment against Apotex. In 1997, Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (collectively Lilly) commenced an action against Apotex Inc. (Apotex) for infringement of eight patents pertaining to the processing of the antibiotic cefaclor, four of which had been assigned to them by Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) in 1995. In its amended statement of defence and

Il s’agissait d’une nouvelle audience relativement à deux requêtes pour jugement sommaire contre Apotex. En 1997, Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (collectivement appelées Lilly) ont intenté une poursuite en contrefaçon de huit brevets portant sur le conditionnement de l’antibiotique céfador contre la société Apotex Inc. (Apotex); quatre des huit brevets leur avaient été cédés par Shionogi & Co. Ltd.

counterclaim, which included Shionogi as a defendant by counterclaim, Apotex alleged that the assignments to Lilly constituted an agreement that resulted in an undue lessening of competition contrary to section 45 of the *Competition Act* and thus entitled Apotex to damages under section 36 of the Act. Lilly sought summary judgment dismissing those paragraphs of the statement of defence and counterclaim that were based on an anti-competitive agreement between Lilly and Shionogi and dismissing the counterclaim against Shionogi. Shionogi sought summary judgment dismissing the counterclaim against it. The Motions Judge relied on the decision of the Federal Court of Appeal in *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* and granted both motions. That decision was appealed and the Federal Court of Appeal held that, although the Motions Judge had correctly concluded that he was bound by *Molnlycke*, he had overestimated the reach of that decision and he had not made a finding that it applied to the facts of this case as shown in the evidence. The motions for summary judgment were thus remitted for further consideration by the Motions Judge. The following issues were to be addressed: (1) Whether subsection 45(1) of the Act can apply to an agreement involving the exercise of patent rights; (2) if so, whether there were sufficient facts to prove that Lilly and Shionogi engaged in conduct contrary to section 45; and (3) whether Apotex was precluded from claiming damages.

*Held*, the motions should be allowed.

(1) The *Patent Act* does not insulate from liability under the *Competition Act* any and every agreement which may also have to do with the exercise of patent rights. However, the two statutes must be read together harmoniously. The meaning of the key word "undue" in section 45 is limited to restrictions on competition which are not specifically authorized by the *Patent Act*. An undue impairment of competition cannot be inferred from evidence of the existence of patent rights alone.

(2) It was not contested that the result of the assignment of Shionogi's patents to Lilly was to increase the latter's monopoly power. Apart from that assignment, there was no other agreement alleged or shown by the evidence which could be the basis of a section 45 offence. For Apotex' claim to succeed, it had to show that conduct contrary to the provisions of section 45, i.e. Apotex had to show the existence of an agreement the intent or effect of which was to unduly lessen competition. The assignment of a patent (monopoly right) is a transaction which has been specifically authorized by

(Shionogi) en 1995. Apotex a modifié sa défense et demande reconventionnelle de façon à inclure Shionogi parmi les défenderesses reconventionnelles et elle a allégué que les cessions à Lilly constituaient un accord pour limiter indûment la concurrence, contrairement à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, ce qui avait donné droit à Apotex à des dommages-intérêts en vertu de l'article 36 de la même Loi. Lilly a demandé un jugement sommaire rejetant les paragraphes de la défense et demande reconventionnelle d'Apotex qui étaient fondés sur une entente anticoncurrentielle entre Lilly et Shionogi et rejetant la demande reconventionnelle visant Shionogi. Shionogi a demandé un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle qui la visait. Le juge des requêtes s'est fondé sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* et il a fait droit aux deux requêtes. Cette décision a été portée en appel et la Cour d'appel fédérale a dit que, même si le juge des requêtes avait conclu, avec raison, que l'arrêt *Molnlycke* était d'application obligatoire, il avait surestimé la portée de l'arrêt et il n'avait pas tiré une conclusion selon laquelle l'arrêt s'appliquait aux faits en tenant compte de la preuve. Ainsi, les requêtes en jugement sommaire ont été renvoyées devant le juge des requêtes pour un nouvel examen. Le juge devait aborder les questions suivantes: 1) le paragraphe 45(1) de la Loi pouvait-il s'appliquer à une entente visant l'exercice des droits de brevets? 2) Le cas échéant, les faits de la cause permettaient-ils de démontrer que Lilly ou Shionogi avaient agi de manière contraire à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*? 3) Apotex était-elle forclosée de réclamer des dommages-intérêts?

*Jugement*: les requêtes doivent être accueillies.

1) La *Loi sur les brevets* n'a pas pour effet de protéger contre la responsabilité, en vertu de la *Loi sur la concurrence*, tout accord susceptible de porter également sur l'exercice de droits attachés aux brevets. Toutefois, il faut faire une lecture harmonieuse des deux lois. Le sens du mot le plus important de l'article 45, c'est-à-dire le terme «indûment», ne vise que les restraints à la concurrence qui ne sont pas autorisées expressément par la *Loi sur les brevets*. Il ne peut être déduit d'une preuve ne concernant que l'exercice de droits attachés aux brevets que la concurrence s'en trouve restreinte.

2) Il n'a pas été contesté que le résultat de la cession des brevets de Shionogi à Lilly avait été d'augmenter le pouvoir monopolistique de cette dernière. À l'exception de la cession, il n'y avait eu aucune autre entente alléguée ou établie par la preuve susceptible de constituer le fondement d'une infraction en vertu de l'article 45. Pour avoir gain de cause, Apotex devait prouver une conduite contraire à l'article 45, c.-à-d. qu'elle devait établir l'existence d'une entente qui visait à limiter indûment la concurrence ou qui avait pour effet de restreindre indûment la concurrence. La cession d'un brevet

Parliament in section 50 of the *Patent Act*. Since the agreement at issue here had been so authorized and dealt with nothing other than the permitted assignment of patents, its effects could not be undue and the number of patents involved or of other players in the market was irrelevant. Apotex' suit therefore had no foundation in law and was dismissed on summary judgment.

(3) Although it was not necessary to address the third question in light of its findings on the first two questions, the Court did indicate that it was not appropriate to give effect on summary judgment to the defences raised by Lilly and Shionogi (that Apotex was precluded from claiming damages).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 36 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 11), 45 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 47, s. 714).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, Tariff B, Column III.

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 50 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 20).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Molnycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493; 132 N.R. 315 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2003), 28 C.P.R. (4th) 37; 2003 FC 1171; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2004), 240 D.L.R. (4th) 679; 32 C.P.R. (4th) 195; 323 N.R. 180; 2004 FCA 232.

MOTIONS for summary judgment dismissing those paragraphs of the defendant's statement of defence and counterclaim that were based on an anti-competitive agreement between the plaintiffs and the defendant by counterclaim, and dismissing the counterclaim against the defendant by counterclaim. Motions allowed.

#### APPEARANCES:

*Anthony George Creber* and *John Norman* for plaintiffs (defendants by counterclaim).

(un intérêt monopolistique) est une transaction expressément autorisée par le législateur à l'article 50 de la *Loi sur les brevets*. Puisque l'entente en litige avait été autorisée et qu'elle ne visait que la cession autorisée de brevets, ses effets ne pouvaient être indus et le nombre de brevets visés et ceux d'autres joueurs n'était pas pertinent. Cette poursuite n'était pas fondée en droit et a été rejetée par jugement sommaire.

3) Bien qu'il n'était pas nécessaire que la Cour examine la troisième question, compte tenu de ses conclusions sur les deux premières questions, elle a indiqué qu'il n'était pas approprié de donner suite, par jugement sommaire, aux moyens de défense soulevés par Lilly et Shionogi (qu'Apotex était forclosé de réclamer des dommages-intérêts).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), 36 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11), 45 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 47, art. 714).

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 50 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 20).

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Molnycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493; 132 N.R. 315 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (2003), 28 C.P.R. (4th) 37; 2003 CF 1171; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (2004), 240 D.L.R. (4th) 679; 32 C.P.R. (4th) 195; 323 N.R. 180; 2004 CAF 232.

REQUÊTES pour jugement sommaire rejetant les paragraphes de la défense et demande reconventionnelle de la défenderesse qui étaient fondés sur une entente anticoncurrentielle entre les demanderesse et la défenderesse reconventionnelle et rejetant la demande reconventionnelle visant la défenderesse reconventionnelle. Requêtes accueillies.

#### ONT COMPARU:

*Anthony George Creber* et *John Norman* pour les demanderesse (défenderesse reconventionnelles).

Harry B. Radomski and David Scrimger for defendant Apotex (plaintiff by counterclaim).

A. David Morrow and Colin B. Ingram for defendant by counterclaim Shionogi.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for plaintiffs (defendants by counterclaim).

Goodmans LLP, Toronto, for defendant Apotex (plaintiff by counterclaim).

Smart & Biggar, Ottawa, for defendant by counterclaim Shionogi.

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

HUGESSEN J.:

Background

[1] In 1997, Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (collectively Lilly) commenced an action against Apotex Inc. (Apotex) for infringement of eight patents pertaining to the processing of the antibiotic cefaclor. Of the eight patents Lilly claimed were infringed by Apotex, four had been assigned to it by Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi) in 1995.

[2] By amendments to its statement of defence and by counterclaim made in 2001, Apotex alleged that certain conduct of Lilly violated section 45 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 30; S.C. 1991, c. 47, s. 714] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (*Competition Act*), thereby entitling Apotex to damages under section 36 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 1, s. 11] of that Act. In 2002, Apotex further amended its statement of defence and counterclaim to add Shionogi as a defendant by counterclaim in the proceedings as part of its claim for damages under the *Competition Act*. More precisely, Apotex asserts that the assignments to Lilly constituted an agreement that resulted in an undue lessening of competition contrary to section 45 of the *Competition Act*.

Harry B. Radomski et David Scrimger pour la défenderesse Apotex (demanderesse reconventionnelle).

A. David Morrow et Colin B. Ingram pour la défenderesse reconventionnelle Shionogi.

AVOCATS INCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les demandereses (défenderesses reconventionnelles).

Goodmans LLP, Toronto, pour la défenderesse Apotex (demanderesse reconventionnelle).

Smart & Biggar, Ottawa, pour la défenderesse reconventionnelle Shionogi.

*Voici la version française des motifs de l'ordonnance et ordonnance rendus par*

LE JUGE HUGESSEN:

Contexte

[1] En 1997, Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (collectivement appelées Lilly) ont intenté une poursuite en contrefaçon de huit brevets portant sur le conditionnement de l'antibiotique céfaclor contre la société Apotex Inc. (Apotex). Des huit brevets contrefaits par Apotex, selon Lilly, quatre lui avaient été cédés par Shionogi & Co. Ltd. (Shionogi), en 1995.

[2] Dans les modifications apportées à sa défense et demande reconventionnelle en 2001, Apotex a allégué qu'un certain comportement de Lilly contrevenait à l'article 45 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 30; L.C. 1991, ch. 47, art. 714] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [art.1 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19)] (*Loi sur la concurrence*), ce qui donnait droit à Apotex à des dommages-intérêts en vertu de l'article 36 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 11] de la même Loi. En 2002, Apotex a de nouveau modifié sa défense et demande reconventionnelle de façon à inclure Shionogi parmi les défenderesses reconventionnelles dans le cadre de sa demande en dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur la concurrence*. Plus précisément, Apotex affirme que les cessions à Lilly constituent un accord pour limiter indûment la concurrence, contrairement à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

[3] In October 2003, three motions were brought before me. In the first, Lilly sought summary judgment dismissing those paragraphs of Apotex' statement of defence and counterclaim that were based on an anti-competitive agreement between Lilly and Shionogi and dismissing the counterclaim against Shionogi. In the second motion, Shionogi sought summary judgment dismissing the counterclaim against it. The third motion, also brought by Shionogi, was an appeal from an order of Prothonotary Aronovitch in which she had refused to strike the Apotex counterclaim against Shionogi.

[4] I dealt with all three motions together. I considered as a preliminary question of law whether Apotex' allegations respecting conduct contrary to section 45 of the *Competition Act* by Eli Lilly and Shionogi disclosed a cause of action and found that they did not.

[5] In coming to that conclusion regarding the absence of a cause of action, I relied on the decision of the Federal Court of Appeal in *Molnlycke AB v. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493 (F.C.A.) (*Molnlycke*) which I considered to be a binding precedent and dispositive of the matter.

[6] Accordingly, I allowed the appeal from the Prothonotary and granted both motions for summary judgment [(2003), 28 C.P.R. (4th) 37 (F.C.)]. I struck out those paragraphs of Apotex' statement of defence and counterclaim that were based on allegations of an anti-competitive agreement between Lilly and Shionogi and dismissed the counterclaim against Shionogi. Apotex appealed that decision.

[7] In its reasons for order, the Federal Court of Appeal [(2004), 240 D.L.R. (4th) 679] stated that I correctly concluded that I was bound by *Molnlycke*. Nevertheless, the Court of Appeal was of the view that I had overestimated the reach of *Molnlycke* and that I had not made a finding that it applied to the facts of this case as shown in the evidence. Thus, while not overruling *Molnlycke*, the Court allowed the appeal on

[3] En octobre 2003, j'ai été saisi de trois requêtes. Dans la première requête, Lilly demandait un jugement sommaire rejetant les paragraphes de la défense et de la demande reconventionnelle d'Apotex qui étaient fondés sur une entente anticoncurrentielle entre Lilly et Shionogi et rejetant la demande reconventionnelle visant Shionogi. Dans la deuxième requête, Shionogi demandait un jugement sommaire rejetant la demande reconventionnelle qui la visait. La troisième requête, également présentée par Shionogi, était un appel de l'ordonnance de la protonotaire Aronovitch dans laquelle cette dernière avait refusé de radier la demande reconventionnelle à son égard.

[4] J'ai examiné les trois requêtes simultanément. J'ai examiné le point de droit préliminaire qui était de savoir si les allégations d'Apotex concernant le comportement contraire à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* de Lilly et de Shionogi révélaient une cause d'action valable. J'ai conclu que non.

[5] En tirant cette conclusion concernant l'absence d'une cause d'action valable, je me suis fondé sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Molnlycke AB c. Kimberly-Clark of Canada Ltd. et al.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 493 (C.A.F.) (*Molnlycke*). Selon moi, l'arrêt était un précédent d'application obligatoire déterminant pour l'affaire.

[6] J'ai donc accueilli la demande interjetée contre la décision de la protonotaire et j'ai fait droit aux deux requêtes en jugement sommaire [(2003), 28 C.P.R. (4th) 37 (C.F.)]. J'ai radié les paragraphes de la défense et demande reconventionnelle d'Apotex qui étaient fondés sur des allégations concernant l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre Lilly et Shionogi et j'ai rejeté la demande reconventionnelle contre Shionogi. Apotex a interjeté appel de cette décision.

[7] Dans ses motifs relatifs à l'ordonnance, la Cour d'appel fédérale [(2004), 240 D.L.R. (4th) 679] a dit que j'avais conclu, avec raison, que l'arrêt *Molnlycke* était d'application obligatoire. Toutefois, la Cour d'appel était d'avis que j'avais surestimé la portée de l'arrêt *Molnlycke* et que je n'avais pas tiré une conclusion selon laquelle l'arrêt s'appliquait aux faits, en tenant compte de la preuve. Ainsi, sans infirmer *Molnlycke*, la Cour a

the two motions for summary judgment and directed that they should be remitted for further consideration by me.

[8] Specifically, the Court of Appeal set out that at a minimum I would have to address:

- (1) Whether subsection 45(1) can ever apply to an agreement involving the exercise of patent rights;
- (2) If it can, whether the facts of this case are sufficient to prove that Lilly and Shionogi engaged in conduct that was contrary to section 45 of the *Competition Act*.
- (3) Finally, even if Apotex can establish that section 45 applies and that Lilly and Shionogi's conduct was contrary to section 45, I still have to determine if any of the other arguments raised by Lilly and Shionogi, which I did not originally consider, prevent Apotex from recovering damages under section 36 of the *Competition Act*. These include whether Apotex is precluded from claiming damages, because:

- The cause of action is statute-barred;
- Apotex has not suffered damages; and /or
- Eli Lilly and Shionogi are exempt under the research and development exemption.

#### Analysis

[9] On the first question, it appears to me to be undoubted that the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] does not have the effect of insulating from liability under the *Competition Act* any and every agreement which may also have to do with the exercise of patent rights. However, where an agreement deals only with patent rights and is itself specifically authorized by the *Patent Act*, any lessening of competition resulting therefrom, being authorized by Parliament, is not "undue" and is not an offence under section 45. The two statutes must be read together harmoniously and that can only be done if the meaning of the key word "undue" in section 45 is limited to restrictions on competition which are not

accueilli l'appel relatif aux deux requêtes en jugement sommaire et elle a ordonné que les deux requêtes soient renvoyées devant moi pour un nouvel examen.

[8] Plus précisément, la Cour d'appel a dit que je devrais, à tout le moins, examiner les questions suivantes:

- 1) Le paragraphe 45(1) peut-il s'appliquer à une entente visant l'exercice des droits de brevet?
- 2) Le cas échéant, les faits de la cause permettent-ils de démontrer que Lilly et Shionogi ont agi de manière contraire à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*?
- 3) Enfin, même si Apotex peut établir que l'article 45 s'applique et que Lilly ou Shionogi ont agi de manière contraire à l'article 45, je dois tout de même décider s'il y a, parmi les observations présentées par Lilly et Shionogi que je n'ai pas examinées initialement, des arguments qui empêchent Apotex d'obtenir des dommages-intérêts aux termes de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*. Ces arguments comprennent notamment la question de savoir si Apotex est forclosé de réclamer des dommages-intérêts parce que:

- la cause d'action est prescrite;
- Apotex n'a subi aucun préjudice;
- Eli Lilly et Shionogi sont exemptées en vertu de l'exemption relative à la recherche et au développement.

#### Analyse

[9] Concernant la première question, il me semble qu'il n'est pas contesté que la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] n'a pas pour effet de protéger contre la responsabilité, en vertu de la *Loi sur la concurrence*, tout accord susceptible de porter également sur l'exercice de droits attachés aux brevets. Toutefois, lorsqu'un accord ne vise que des droits de brevet et qu'il est autorisé expressément par la *Loi sur les brevets*, la diminution de la concurrence qui en résulte, parce qu'elle est autorisée par le législateur, n'est pas «indue» et n'est pas une infraction en vertu de l'article 45. Il faut faire une lecture harmonieuse des deux lois et cela n'est possible que si le sens du mot le plus important de l'article 45, c'est-à-dire

specifically authorized by the *Patent Act*.

[10] Thus, as *Molnlycke* makes clear, agreements involving the mere exercise of patent rights are exempt from subsection 45(1). The basic proposition of *Molnlycke*, which was accepted by the Court of Appeal in the present case, is that an undue impairment of competition cannot be inferred from evidence of the exercise of patent rights alone.

[11] The second question asks whether on the facts of this case there is evidence of an agreement between Lilly and Shionogi whose effect is to unduly lessen competition. The essentials of those facts are not in dispute. In the reasons for my earlier order in this case I said, among other things [at paragraph 14]:

There remains the fact that the assigned Shionogi Patents were for processes useful in the production of cefaclor, that the patent for the product cefaclor itself had expired, and that Lilly was the owner of the other process patents useful for the same purpose.

[12] That finding finds its echo in the reasons given in the Court of Appeal [at paragraph 17]:

In the present case, Apotex does not allege that it is the mere assignment of patent rights or the enforcement of those patent rights by Lilly that gave it a cause of action. Rather, Apotex says that the assignment in this case resulted in one company, Lilly, acquiring patent rights that allow it to control all of the commercially viable processes for making cefaclor where, before the agreement, those processes were controlled by two companies, Shionogi and Lilly.

[13] To avoid any possible doubt, what was stated by the Court of Appeal in the quoted passage to be an allegation of Apotex is a fact amply demonstrated by the evidence and not seriously contested by either Lilly or Shionogi.

[14] So, there is and never has been any doubt that the result of the assignment of Shionogi's patents to Lilly was to increase the latter's monopoly power. Where

le terme «indûment», ne vise que les restreintes à la concurrence qui ne sont pas autorisées expressément par la *Loi sur les brevets*.

[10] Ainsi, comme le dit clairement l'arrêt *Molnlycke*, les accords qui ne visent que le simple exercice de droits attachés aux brevets sont exemptés de l'application du paragraphe 45(1). La thèse principale de *Molnlycke*, qui a été acceptée par la Cour d'appel en l'espèce, c'est qu'il ne peut être déduit d'une preuve ne concernant que l'exercice de droits attachés aux brevets que la concurrence s'en trouve restreinte.

[11] La deuxième question est de savoir si, selon les faits en cause, il y a une preuve de l'existence d'une entente entre Lilly et Shionogi qui a pour effet de limiter indûment la concurrence. Les faits essentiels en cause ne sont pas contestés. Dans les motifs de l'ordonnance que j'ai rendue plus tôt dans la présente affaire, j'ai dit notamment [au paragraphe 14]:

Reste le fait que les brevets Shionogi cédés avaient pour objet des procédés utiles à la fabrication du cefaclor, que le brevet pour le produit cefaclor lui-même était expiré et que Lilly était titulaire des brevets se rapportant à l'autre procédé utile à la fabrication du cefaclor.

[12] Cette conclusion est reprise dans les motifs de la Cour d'appel [au paragraphe 17]:

Dans la présente affaire, Apotex n'allègue pas que c'est uniquement la cession des droits de brevet ou l'exercice de ces droits de brevet par Lilly qui justifiait une action. Apotex affirme plutôt que la cession a eu l'effet suivant dans la présente affaire: une compagnie, Lilly, a acquis les droits de brevets qui lui permettent de contrôler tous les procédés rentables de fabrication du cefaclor alors que, avant l'entente, ces procédés étaient entre les mains de deux compagnies, soit Shionogi et Lilly.

[13] Pour éviter tout doute possible, ce que la Cour d'appel a qualifié d'allégation de la part d'Apotex, dans la citation ci-dessus, est un fait qui a été amplement établi par la preuve et qui n'est pas réellement contesté ni par Lilly ni par Shionogi.

[14] Ainsi, il n'y a aucun doute et il n'y en a jamais eu que le résultat de la cession des brevets de Shionogi à Lilly a été d'augmenter le pouvoir monopolistique de

formerly it had held four process patents useful in the production of cefaclor, it now held eight and no one else held any. In a word, it had a monopoly of the known production processes. It may well have been in a position of market dominance.

[15] The agreement which constitutes the conspiracy alleged by Apotex, however, is solely and exclusively the assignment of the Shionogi patents and there is no other agreement alleged or shown by the evidence which could be the basis of a section 45 offence.

[16] But the assignment of a patent is a transaction which has been specifically authorized by Parliament. Section 50 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 20] of the *Patent Act* reads in relevant part:

50. (1) Every patent issued for an invention is assignable in law, either as to the whole interest or as to any part thereof, by an instrument in writing.

[17] This is no mere formal authorization, nor is it, as Apotex argues, the simple confirmation of the normal right of any owner of property to sell or assign it to another. What Parliament is dealing with here is a patent, a monopoly. The monopolist is given specific legal warrant to deal in his monopoly by transferring it to another. The provision would not be necessary if it did not go beyond the right of every proprietor to deal with his own as he or she sees fit.

[18] Section 36 of the *Competition Act*, which creates the right of action asserted by Apotex in its counterclaim against both Lilly and Shionogi reads in relevant part:

36. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or

(b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed

cette dernière. Alors qu'autrefois, elle ne possédait que quatre brevets de procédés utiles dans la fabrication du céfaclo, elle en possédait huit et personne d'autre n'en avait. Bref, elle avait le monopole des procédés connus de production. Elle était peut-être bien dans une position de domination du marché.

[15] Toutefois, l'entente qui constitue le complot allégué par Apotex est uniquement et exclusivement la cession des brevets de Shionogi et il n'y a aucune autre entente alléguée ou établie par la preuve susceptible de constituer le fondement d'une infraction en vertu de l'article 45.

[16] Mais la cession d'un brevet est une transaction que le législateur a expressément autorisée. La partie pertinente de l'article 50 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 20] de la *Loi sur les brevets* prévoit:

50. (1) Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l'intérêt, au moyen d'un acte par écrit.

[17] Il ne s'agit pas d'une simple autorisation officielle ni, comme le prétend Apotex, la simple confirmation du droit normal de tout propriétaire d'un bien de le vendre ou de le céder à une autre personne. Dans la disposition, le législateur s'intéresse à un brevet, un monopole. Le détenteur du monopole est justifié, de par la loi, de céder son monopole à une autre partie. La disposition ne serait pas nécessaire si elle n'accordait pas un droit plus large que celui de tout propriétaire de faire ce qu'il veut de son bien.

[18] L'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, qui crée le droit d'action revendiqué par Apotex dans sa demande reconventionnelle contre tant Lilly que Shionogi prévoit notamment:

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite:

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré



to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, . . .

[19] Since there is no question in the present action of Lilly or Shionogi disobeying any order of the Tribunal or of another court, and since the only relevant provision of Part VI is section 45, Apotex' claim must stand or fall on a showing of conduct contrary to the provisions of that section.

[20] The basic elements of the offence under section 45 of the *Competition Act* are first, an agreement, and, second, its intent or effect of unduly lessening competition. The relevant text reads:

45. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence . . .

[21] But as we have seen, in section 50 of the *Patent Act* Parliament specifically authorizes the agreement ("an instrument in writing") to assign a monopoly right. Assuming that the patent is for an invention that is useful and marketable, which in the present case it manifestly was, that agreement has for a necessary consequence an

à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[19] Puisqu'il n'est pas question, dans la présente poursuite, que Lilly ou Shionogi n'ait pas obtempéré à une ordonnance du Tribunal ou d'un autre tribunal, et puisque la seule disposition pertinente de la partie VI est l'article 45, la demande d'Apotex doit être accueillie ou rejetée selon qu'il est établi ou non que la société a eu un comportement interdit par cet article.

[20] Pour qu'il y ait infraction en vertu de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, il faut d'abord une entente et ensuite, il faut que l'entente vise à limiter indûment la concurrence ou qu'elle a pour effet de restreindre indûment la concurrence. Voici la disposition pertinente:

45. (1) Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne:

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

[21] Toutefois, nous l'avons vu, à l'article 50 de la *Loi sur les brevets*, le législateur autorise un accord («par écrit») de cession d'un intérêt monopolistique. Si on prend pour acquis que le brevet vise une invention qui est utile et commercialisable, et en l'espèce, elle l'est manifestement, l'entente a nécessairement pour

increase in the assignee's market power. But, since the agreement has been so authorized and deals with nothing other than the permitted assignment of patents, its effects cannot be undue and the number of patents involved or of other players in the market is irrelevant.

[22] Accordingly, my answer to the second question is that although there was an agreement between Lilly and Shionogi and although it had the effect of lessening competition, that lessening was not undue because it had been authorized by an Act of Parliament. It is possible, of course, that the agreement would be "reviewable" under the provisions of some Part of the *Competition Act* other than Part VI but that would not be enough to bring it within the ambit of section 45 and therefore to form the basis of Apotex' civil suit under section 36. That suit has no foundation in law and must be dismissed on summary judgment.

[23] I would add that this conclusion which flows from the very words of the relevant statutes is also in my view fully compatible with the "Intellectual Property Enforcement Guidelines" issued by the Competition Bureau.

[24] This brings me to the third question remitted to me. When these motions were previously before me I did not find it necessary to answer this question. In light of my present finding that is still the case. In my view, scarce judicial resources ought not to be spent unnecessarily. However, out of respect for the source of the question, I will indicate very briefly here why I would not give effect on summary judgment to any of the three defences raised by Lilly and Shionogi. The argument that Apotex has suffered no damage is based on the latter's admissions that it was not delayed in successfully bringing its version of cefaclor to market and that the measure of its damages will simply be the payments it will have to make to Lilly if the latter is successful in the present patent infringement action. While that appears to me to be a rather strange proposition in law, it is not clear that it cannot succeed and if Apotex were otherwise successful on its section 36 claim, I would not be prepared to dismiss it on that basis alone at the summary judgment stage.

conséquence une augmentation de l'emprise sur le marché du cessionnaire. Mais puisque l'entente est autorisée et qu'elle ne vise que la cession autorisée de brevets, ses effets ne peuvent être indus et le nombre de brevets visés ou ceux d'autres joueurs n'est pas pertinent.

[22] Par conséquent, ma réponse à la deuxième question c'est que même s'il y avait une entente entre Lilly et Shionogi et même si cette entente avait pour effet de limiter la concurrence, il ne s'agissait pas d'une limite indue puisqu'elle était autorisée par une loi du Parlement. Bien entendu, il est possible que l'entente soit susceptible de «contrôle» en vertu des dispositions d'une partie de la *Loi sur la concurrence* autre que la partie VI, mais cela ne suffirait pas pour qu'elle soit visée par l'article 45 et qu'elle forme, par voie de conséquence, le fondement de la poursuite civile intentée par Apotex en vertu de l'article 36. Cette poursuite n'est pas fondée en droit et doit être rejetée par jugement sommaire.

[23] J'ajouterais que cette conclusion qui découle des termes mêmes des lois pertinentes, est également tout à fait compatible avec le document: «Propriété intellectuelle—Lignes directrices pour l'application de la loi» publié par le Bureau de la concurrence.

[24] Cela m'amène à la troisième question. Lorsque j'ai été saisi de ces requêtes la dernière fois, je n'ai pas jugé nécessaire d'y répondre. Compte tenu de la conclusion à laquelle j'en arrive en l'espèce, la situation n'a pas changé. Selon moi, il ne faut pas dépenser inutilement les quelques ressources judiciaires dont nous disposons. Toutefois, par respect pour la source de la question, je vais indiquer très brièvement les raisons pour lesquelles je ne donnerai pas suite, par jugement sommaire, à l'un ou l'autre des moyens de défense soulevés par Lilly et Shionogi. L'argument selon lequel Apotex n'a subi aucun préjudice est fondé sur les admissions de cette dernière selon laquelle elle n'a subi aucun retard dans la mise en marché de sa propre version du cefaclor et que le seul préjudice qu'elle subira sera les sommes d'argent qu'elle devra verser à Lilly si cette dernière obtient gain de cause dans la présente action en contrefaçon de brevets. Il me semble qu'en droit, cette demande est étonnante, mais il n'est pas certain qu'elle ne sera pas accueillie et si Apotex avait gain de cause

[25] As to both Lilly's and Shionogi's arguments that the Apotex claim is either prescribed or is saved by the research and development defence, there is sufficient conflict and lack of clarity in the relevant evidence on the questions of foreseeability and the reach of the 1975 research and development agreement between Lilly and Shionogi that those questions are not suitable for summary judgment and should only be resolved after a full trial.

#### Conclusion

[26] In summary, the answer to the first question is yes, to the second no, and while the third question does not arise, it too would receive a negative answer.

[27] The motions for summary judgment will be allowed, the relevant paragraphs of Apotex' defence and counterclaim against Lilly will be struck out and the claim against Shionogi will be dismissed. Lilly and Shionogi will each have their costs to be assessed in the normal way.

#### ORDER

The motions are allowed with costs. Paragraphs 18 to 22 and 26 of the statement of defence and paragraphs 105 to 112(b) of the counterclaim against Lilly are struck out; the counterclaim against Shionogi is dismissed with costs. Lilly and Shionogi shall each have their costs to be assessed under Tariff B, Column III [*Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106*].

relativement à sa demande en vertu de l'article 36, je ne serais pas disposé à la rejeter pour ce seul motif à l'étape du jugement sommaire.

[25] Quant aux arguments tant de Lilly que de Shionogi selon lesquels la demande d'Apotex est prescrite ou que le moyen de défense fondé sur la recherche et le développement s'applique, les contradictions et l'imprécision des preuves sont suffisamment importantes pour ce qui touche la prévisibilité et la portée de l'entente de 1975 sur la recherche et le développement entre Lilly et Shionogi que ces questions ne sont pas opportunes dans le cadre d'un jugement sommaire et qu'elles ne devraient être tranchées qu'après un procès.

#### Conclusion

[26] En résumé, la réponse à la première question est oui et, pour la seconde, la réponse est non, et même si la troisième question ne se pose pas, la réponse serait également négative.

[27] Les requêtes en jugement sommaire seront accueillies, les paragraphes pertinents de la défense et demande reconventionnelle d'Apotex contre Lilly seront radiés et la demande contre Shionogi sera rejetée. Les dépens seront accordés à Lilly et Shionogi et seront taxés en la manière habituelle.

#### ORDONNANCE

Les requêtes en jugement sommaire sont accueillies avec dépens. Les paragraphes 18 à 22 et 26 de la défense et le paragraphe 105 jusqu'à l'alinéa 112b) de la demande reconventionnelle contre Lilly sont radiés; la demande reconventionnelle contre Shionogi est rejetée avec dépens. Lilly et Shionogi ont droit aux dépens, lesquels dépens seront taxés selon la colonne III du tarif B [*Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106*].

T-1372-03  
2004 FC 1165

T-1372-03  
2004 CF 1165

**Magic Sportswear Corp. and Blue Banana (Plaintiffs)**

**Magic Sportswear Corp. et Blue Banana  
(demanderesses)**

v.

c.

**OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, and the Owners  
and Charters and all others interested in the Ship  
“Mathilde Maersk” and in the Ship “Suzanne  
Delmas” (Defendants)**

**OT Africa Line Ltd., OT Africa Line, et les  
propriétaires et les affrêteurs du «Mathilde Maersk»  
et du «Suzanne Delmas» (défenderesses)**

**INDEXED AS: MAGIC SPORTSWEAR CORP. v. MATHILDE  
MAERSK (THE) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: MAGIC SPORTSWEAR CORP. c. MATHILDE  
MAERSK (LE) (C.F.)**

Federal Court, O’Keefe J.—Toronto, February 23;  
Halifax, August 23, 2004.

Cour fédérale, juge O’Keefe—Toronto, 23 février;  
Halifax, 23 août 2004.

*Federal Court Jurisdiction — Admiralty action in rem for loss of cargo — Defendants moved for stay, relying on bill of lading’s forum selection clause, forum non conveniens doctrine — Plaintiffs cited Marine Liability Act, s. 46 as supporting F.C. jurisdiction — Defendants obtained, ex parte, anti-suit injunction from English High Court of Justice (H.C.J.), restraining action in F.C. — Stay refused by Prothonotary — Correctly held plaintiffs not having attorned to jurisdiction of H.C.J. — Contract of carriage provided any claim to be tried by H.C.J. in London — Whether s. 46 precludes Court from forum non conveniens analysis — S.C.C. decision in Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., that of F.C.A. in Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The) narrowly construed — S. 46(1) gave F.C. jurisdiction, forum selection clause notwithstanding, if statutory condition met — Reference of House of Commons Debates as to why s. 46(1) adopted — As to whether F.C. most convenient forum, Prothonotary correctly noted factors to be considered in exercising stay granting discretion.*

*Compétence de la Cour fédérale — Action réelle en amirauté pour perte de cargaison — Les défenderesses ont demandé une suspension en s’appuyant sur la clause d’élection de for du connaissement et sur la doctrine du forum non conveniens — Les demanderesses ont soutenu que l’art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime étayait la compétence de la C.F. — Les défenderesses ont obtenu ex parte de la Haute Cour de justice de l’Angleterre (H.C.J.) une injonction empêchant l’action devant la C.F. — La protonotaire a refusé la suspension — Elle a correctement conclu que les demanderesses n’ont pas acquiescé à la compétence de la H.C.J. — Le contrat de transport prévoyait que les différends étaient soumis à la H.C.J. à Londres — L’art. 46 empêche-t-il la Cour d’examiner quel est le tribunal approprié? — Les arrêts Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., de la C.S.C., et Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le), de la C.A.F., ont reçu une interprétation restrictive — L’art. 46(1) confère compétence à la C.F., en dépit de la clause d’élection de for, lorsque les conditions prévues sont remplies — Mention de l’explication donnée à l’adoption de l’art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes — Relativement à la question de savoir si la C.F. est le tribunal approprié, la protonotaire a correctement retenu les facteurs à prendre en considération dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’ordonner une suspension.*

*Maritime Law — Carriage of Goods — American Company shipped 170 cartons from New York City to Liberia but on arrival container 99 cartons short — Bill of lading issued at Toronto, ocean freight there payable — Defendant had Toronto office — Subrogated claim by Toronto insurer —*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Une société américaine a expédié 170 caisses de New York au Libéria, mais il manquait 99 caisses dans le conteneur à l’arrivée — Le connaissement a été délivré à Toronto et le fret maritime y était payable — Les défenderesses avaient un*

*Motion to set aside Prothonotary's refusal of stay — On issue of jurisdiction, plaintiffs relied on Marine Liability Act, s. 46; defendants on bill of lading's forum selection clause, forum non conveniens doctrine — Reference to House of Commons Debates as to reason s. 46(1) enacted: small Canadian exporters outclassed when confronting "big boys" in British boardrooms, courts — Inconvenience, disproportionate cost of litigating smaller claims abroad — High rates charged by British barristers, solicitors — Prothonotary correctly refused stay.*

*Judges and Courts — Prothonotaries — Motion to set aside Prothonotary's refusal to stay F.C. action involving carriage of goods by sea — Applicable review standard — Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd. test applied — S.C.C. decision in Z.I. Pompey Industrie v. Ecu-Line N.V. considered, scope limited — Impugned decision not vital to final issue of case — Prothonotary did not err in conclusion plaintiffs had not attorned to jurisdiction of English High Court of Justice — Narrowly construed F.C.A. decision in Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The) — Correctly noted relevant factors in deciding whether to grant stay.*

This was a motion to set aside an order made by a Prothonotary in an admiralty action *in rem* arising out of a claim for the partial loss of a cargo shipped in a container by sea. Plaintiff, Magic Sportswear, was the shipper, Blue Banana was consignee of the goods. Defendants had moved for a stay, relying upon a forum selection clause in the bill of lading and the *forum non conveniens* doctrine. Plaintiffs argued for Federal Court jurisdiction and made reference to *Marine Liability Act*, section 46, which permits the institution of proceedings in a competent Canadian court, even if the contract provides for adjudication elsewhere, if the port of loading or discharge is in Canada, the defendant has a place of business in Canada, or the contract was made in Canada.

The plaintiff, an American company, shipped 170 cartons of merchandise from New York City to Blue Banana in Liberia. Plaintiffs claimed that upon arrival, the cargo was

*bureau à Toronto — Demande en subrogation d'une société d'assurance de Toronto — Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension — Relativement à la question de la compétence, les demanderesse ont invoqué l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime et les défenderesses, la clause d'élection de for du connaissement et la doctrine du forum non conveniens — Mention de l'explication donnée à l'adoption de l'art. 46(1) dans les Débats de la Chambre des communes: les petits exportateurs canadiens sont nettement désavantagés face aux grandes lignes de navigation dans les salles de conseil ou les tribunaux britanniques — Il est difficile et exorbitant de s'adresser à une juridiction étrangère pour le règlement d'une créance peu importante — Les honoraires des avoués et avocats britanniques sont très élevés — La protonotaire a refusé la suspension à bon droit.*

*Juges et tribunaux — Protonotaires — Requête en annulation de la décision de la protonotaire de refuser la suspension dans une instance intéressant le transport maritime de marchandises — Norme de contrôle applicable — Application du critère formulé dans Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd. — Examen de l'arrêt Z.I. Pompey Industrie c. Ecu-Line N.V. de la C.S.C., portée limitée — La décision attaquée n'avait pas une influence déterminante sur l'issue du principal — La protonotaire n'a pas commis d'erreur en concluant que les demanderesse n'avaient pas acquiescé à la compétence de la H.C.J. — Elle a interprété restrictivement l'arrêt Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le) de la C.A.F. — Elle a correctement retenu les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a lieu d'accorder une suspension.*

Il s'agit d'une requête en annulation de l'ordonnance rendue par une protonotaire dans une action réelle en amirauté intentée par suite de la perte partielle d'une cargaison expédiée en conteneur par voie maritime. Les demanderesse, Magic Sportswear Corp. et Blue Banana, étaient respectivement chargeur et consignataire des marchandises. Les défenderesses avaient présenté une requête pour suspension de l'action en se fondant sur la clause d'élection de for figurant dans le connaissement et sur la doctrine du *forum non conveniens*. Les demanderesse ont soutenu que la Cour fédérale avait compétence en invoquant l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, en vertu duquel un tribunal canadien compétent peut être saisi d'une action, même lorsque le contrat de transport prévoit le renvoi devant une autre juridiction, si le port de chargement ou de déchargement est situé au Canada, si le défendeur a un établissement au Canada ou si le contrat a été conclu au Canada.

La demanderesse Magic Sportswear, une société américaine, a expédié de New York 170 caisses de marchandise à Blue Banana au Libéria. Les demanderesse ont

short by 99 cartons. Plaintiffs' witnesses are mostly in Liberia although some may be in New York. Defendant, OT Africa Line, issued the bill of lading at Toronto and it was there that the ocean freight was payable. Defendant has offices and a call centre in the Toronto area. The \$30,000 damages action was a subrogated claim by a Toronto insurance company. Defendants commenced proceedings in the English High Court of Justice seeking a non-liability determination but plaintiffs filed notice they would be contesting jurisdiction. Defendants, however, secured, by *ex parte* motion, an "anti-suit injunction" restraining plaintiffs from proceeding in the Federal Court of Canada following which defendants moved to stay these proceedings. The Prothonotary refused to stay the proceedings. The issues before the Court were: (1) applicable review standard; and (2) whether the Prothonotary's decision should be set aside.

*Held*, the motion should be denied.

Discretionary orders of prothonotaries should not be disturbed on appeal unless clearly wrong, that is, based upon wrong principle or misapprehension of the facts or raising questions vital to the final issue of the case, in which case a reviewing judge should exercise his own discretion *de novo*. Prothonotary's decision herein was not vital to the final issue of the case. Rather than exercising discretion *de novo*, the Court's duty was to determine whether the Prothonotary had been clearly wrong, basing her decision on a wrong principle or misapprehension of the facts.

The defendants submitted that the Prothonotary erred in concluding that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the Court in England and in finding Canada to be a convenient forum. The contract of carriage provided that any claim would be governed by English law and determined by the High Court at London but that if the transportation of goods involved American or Canadian ports, the bill of lading would be subject to the United States *Carriage of Goods by Sea Act 1936* and/or the *Carriage of Goods by Water Act 1936*, a statute of Canada.

Plaintiffs pointed to *Marine Liability Act*, section 46 as conferring jurisdiction and depriving the Court of discretion to grant a *Federal Courts Act*, section 50 stay. Defendants argued that section 46 does not preclude this Court from undertaking

prétendu qu'il manquait 99 caisses à l'arrivée. Leurs témoins sont presque tous au Libéria, mais quelques-uns peuvent se trouver à New York. La défenderesse OT Africa Line a délivré le connaissement à Toronto et c'est là que le fret maritime était payable. Les défenderesses ont des bureaux et un centre d'appel dans la région de Toronto. L'action en dommages-intérêts de 30 000 \$ était une demande en subrogation d'une compagnie d'assurance établie à Toronto. Les défenderesses se sont adressées à la Haute Cour de justice, en Angleterre, pour être exonérées de toute responsabilité, mais les demanderesses ont indiqué qu'elles contesteraient la compétence de ce tribunal. Toutefois, les défenderesses ont obtenu, à la suite d'une requête *ex parte*, une «injonction interdisant les poursuites» empêchant les demanderesses d'aller de l'avant devant la Cour fédérale, puis elles ont présenté leur requête visant la suspension de l'instance canadienne. La protonotaire a refusé la suspension. La Cour devait déterminer 1) quelle était la norme de contrôle applicable et 2) s'il y avait lieu d'annuler la décision de la protonotaire.

*Jugement*: la requête doit être rejetée.

Il ne convient pas de modifier en appel les ordonnances discrétionnaires rendues par les protonotaires, sauf si elles sont entachées d'erreur flagrante parce qu'elles sont fondées sur un mauvais principe ou qu'elles découlent d'une mauvaise appréciation des faits ou si elles portent sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, auquel cas le juge siégeant en appel doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*. La décision de la protonotaire n'avait pas une influence déterminante sur la décision finale quant au fond. Plutôt que d'exercer son propre pouvoir discrétionnaire *de novo*, la Cour doit établir si la décision de la protonotaire était entachée d'erreur flagrante parce qu'elle était fondée sur un mauvais principe ou découlait d'une mauvaise appréciation des faits.

Selon les défenderesses, la protonotaire a commis une erreur en concluant que les demanderesses n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de Londres et que le Canada était un for approprié. Le contrat de transport prévoyait que tout différend ressortissait au droit anglais et à la Haute Cour de Londres, mais que si le transport faisait intervenir des ports canadiens ou américains le connaissement serait assujéti à la *Carriage of Goods by Sea Act 1936* des États-Unis ou à la *Loi sur le transport des marchandises par eau* du Canada (1936).

Les demanderesses ont soutenu que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* confère compétence à la Cour et la prive du pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension sous le régime de l'article 50 de la *Loi sur les*

a *forum non conveniens* analysis. The Prothonotary had referred to *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, a Supreme Court of Canada decision in which it was held that the effect of section 46 was to remove from this Court the *Federal Courts Act*, section 50 discretion to stay proceedings because of a forum selection clause if section 46 requirements were met. A further authority considered by the Prothonotary as supporting the conclusion that section 46 negates the determinative effect of a forum selection clause was the Federal Court of Appeal judgment in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*. But the Prothonotary concluded that section 46 did not deprive the Court of the power to take into account the *forum non conveniens* doctrine and order a stay in appropriate circumstances. That reasoning limited the scope of the Supreme Court's *Z.I. Pompey Industrie* decision in which it was said that Parliament had apparently deemed it appropriate that in select circumstances forum selection clauses should be restricted to facilitate litigation in Canada of carriage of goods by water claims that had a minimum level of connection to this country. Also narrowly construed was *Incremona-Salerno*, the Prothonotary ruling that this Court should still order a stay on *forum non conveniens* grounds.

The Prothonotary's decision was agreed with. Subsection 46(1) gives this Court jurisdiction *simpliciter* to hear a case if any condition mentioned in paragraph 46(1)(a), (b) or (c) is met, a forum selection clause notwithstanding. In addition to the *Z.I. Pompey Industrie* decision, reference was made to what the Member for St. John's East is reported in the *House of Commons Debates* for May 9, 2001 as having said regarding the purpose of paragraph 46(1): "a culture has grown up that sees most of these disputes resolved in British boardrooms and British courts. That suits the big shipping lines and the British legal profession just fine. However, I would submit that a small Canadian exporter would be badly outclassed going up against the big boys in that kind of a setting, so we are supportive of asserting Canadian jurisdiction". This view was echoed, before the House of Commons Standing Committee on Transport, by the then-President of the Canadian Maritime Law Association: "advancing low or medium-sized claims can be subject to very significant inconvenience and disproportionate cost if one is forced to litigate or arbitrate in a foreign jurisdiction".

Even so, the Court would not read *Z.I. Pompey* or the Parliamentary debates as broadly as urged by plaintiffs. While

*Cours fédérales*. Les défenderesses ont fait valoir que l'article 46 n'empêche pas la Cour d'effectuer une analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*. La protonotaire avait cité l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, dans lequel la Cour suprême du Canada a statué que l'article 46 prive la Cour fédérale du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre une instance en raison de l'existence d'une clause d'élection de for, si les exigences de l'article 46 sont remplies. La protonotaire a également considéré que la décision de la Cour d'appel fédérale, *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)* appuyait la conclusion que l'article 46 annule l'effet déterminant des clauses d'élection de for, mais elle a conclu qu'il ne la prive pas du pouvoir de tenir compte de la doctrine du *forum non conveniens* et d'ordonner une suspension dans les circonstances appropriées. Ce raisonnement limitait la portée de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie*, dans lequel la Cour suprême a statué que le législateur semble avoir jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d'élection de for pour faciliter l'instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. La protonotaire a aussi donné une interprétation restrictive à l'arrêt *Incremona-Salerno* en concluant que la Cour devrait quand même ordonner une suspension en application de la doctrine du *forum non conveniens*.

La Cour a approuvé la décision de la protonotaire. Le paragraphe 46(1) investit la Cour de la compétence *simpliciter* d'examiner une créance dans le cas où se trouve remplie l'une ou l'autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), malgré les stipulations contraires d'une clause d'élection de for. En plus de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie*, la Cour a cité les propos du député de St. John's East rapportés dans les *Débats de la Chambre des communes* du 9 mai 2001, selon lesquels «une culture s'est installée selon laquelle la plupart des différends sont réglés dans des salles de conseil et des tribunaux britanniques. Cela fait l'affaire des grandes lignes de navigation et des gens de robe britanniques. Cependant, je suis d'avis que, dans un tel contexte, un petit exportateur canadien serait nettement désavantagé face aux grandes lignes de navigation, de sorte que nous sommes favorables à l'affirmation de la compétence canadienne». Le président de l'Association canadienne de droit maritime à l'époque a fait écho à ces propos en affirmant devant le Comité permanent des transports que «le règlement de créances peu élevées peut être source de nombreux problèmes et entraîner des coûts exorbitants si on est obligé d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger».

Toutefois, la Cour n'est pas disposée à donner à l'arrêt *Z.I. Pompey* ou aux débats parlementaires une interprétation aussi

this Court is a competent forum to hear this matter, the question was whether it is the most convenient forum. The Prothonotary correctly noted the factors to be considered in deciding whether to exercise her discretion to grant a stay. She took into account the value of goods, that the true plaintiffs are in Canada, and that the defendants have business interests here. That most witnesses are in Monrovia and New York favoured neither England nor Canada.

Nor did she err in concluding that plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the English High Court of Justice. While they failed to file materials contesting jurisdiction within the 28-day period specified in the Notice of Acknowledgment they filed with the High Court, annotations to the English Rules of Procedure indicate that this issue may be determined at a later date.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 51.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 50 (as am. *idem*, s. 46), 57.  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 46.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1.

##### CONSIDERED:

*Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220; (2002), 297 N.R. 151 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 3 S.C.R. vi.

large que le proposent les demandereses. La Cour est sans aucun doute un for compétent pour examiner la question considérée, mais il reste à établir si elle est le for le plus approprié. La protonotaire a correctement relevé les facteurs à prendre en considération pour décider si elle devait ou non exercer le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une suspension. Elle a tenu compte de la valeur des marchandises et du fait que les véritables demandereses se trouvaient au Canada et que les défenderesses y avaient des intérêts commerciaux. Le fait que la plupart des témoins se trouvaient à Monrovia et à New York ne favorisait ni l'Angleterre ni le Canada.

Elle n'a pas commis d'erreur non plus en concluant que les demandereses n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de justice anglaise. Bien qu'elles n'aient pas déposé de documents en vue de contester la compétence du tribunal dans le délai de 28 jours suivant le dépôt indiqué dans l'avis d'accusé de réception déposé devant la Haute Cour, les commentaires accompagnant les Règles de procédure anglaises indiquent que la question peut être tranchée à une date ultérieure.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 50 (mod., *idem*, art. 46), 57.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 51.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220; (2002), 297 N.R. 151 (C.A.).

##### DÉCISION CITÉE:

*Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418; (1998), 225 N.R. 140 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 3 R.C.S. vi.



## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Transport and Government Operations. *Evidence*, 1st Session, 37th Parliament (27 March 2001).  
*House of Commons Debates*, No. 058, 1st Session, 37th Parliament (9 May 2001).

MOTION for an order setting aside the order of a prothonotary refusing to stay Federal Court proceedings in a carriage of goods by sea action (*Magic Sportswear Corp. v. OT Africa Line Ltd.*, 2003 FC 1513; [2003] F.C.J. No. 1933 (QL)). Motion denied.

## APPEARANCES:

*Marc D. Isaacs* for plaintiffs.  
*C. William Hourigan* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Strathy & Associates*, Toronto, for plaintiffs.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, for defendants.

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

[1] O'KEEFE J.: This is a motion by the defendants, OT Africa Line Ltd. and OT Africa Line, pursuant to rule 51 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, for:

1. An order to set aside the order of Prothonotary Milczynski of December 22, 2003;
2. An order granting the motion of the defendants, OT Africa Line and OT Africa Line Ltd., to stay this action;
3. Costs of this motion and of the motion before Prothonotary Milczynski on a solicitor-client basis; and

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales. *Témoignages*, 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (27 mars 2001).  
*Débats de la Chambre des communes*, n° 058, 1<sup>re</sup> session, 37<sup>e</sup> législature (9 mai 2001).

REQUÊTE en vue de l'obtention d'une ordonnance visant à faire annuler l'ordonnance d'un protonotaire ayant refusé la suspension d'une action se rapportant au transport de marchandises par voie maritime intentée devant la Cour fédérale (*Magic Sportswear Corp. c. OT Africa Line Ltd.*, 2003 CF 1513; [2003] A.C.F. n° 1933 (QL)). Requête rejetée.

## ONT COMPARU:

*Marc D. Isaacs* pour les demandereses.  
*C. William Hourigan* pour les défenderesses.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Strathy & Associates*, Toronto, pour les demandereses.  
*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, pour les défenderesses.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une requête présentée par les défenderesses, OT Africa Line Ltd. et OT Africa Line, sous le régime de la règle 51 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS 98-106, par laquelle elles sollicitent:

1. une ordonnance d'annulation de l'ordonnance de la protonotaire Milczynski en date du 22 décembre 2003;
2. une ordonnance accueillant la requête des défenderesses, OT Africa Line et OT Africa Line Ltd., en suspension de l'action considérée;
3. les dépens afférents à la présente requête et à la requête instruite par la protonotaire Milczynski, sur une base procureur-client;

4. Such further and other relief as counsel may advise and this honourable Court deems just.

[2] Prothonotary stated the background and facts as follows (reported as 2003 FC 1513; [2003] F.C.J. No. 1933 (QL)) [at paragraphs 2-9]:

This action arises out of a claim for the partial loss of a cargo of goods that were shipped in a container by sea. The Plaintiffs, Magic Sportswear Corp., and Blue Banana, were the shipper and consignee of the goods respectively. The Defendants, OT Africa Line Ltd., and OT Africa Line were the carriers of the goods.

This motion is brought by the Defendants, who seek a stay of the action on the basis of the forum selection clause contained in the bill of lading for the shipment of the goods, and on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. The Plaintiffs argue that they are entitled, as of right, to have their claim adjudicated by this Court on the basis of section 46 of the *Marine Liability Act* or alternatively, also on the basis of *forum non conveniens*.

#### Facts

The Plaintiff, Magic Sportswear Corp., is a company incorporated in the United States that shipped 170 cartons of merchandise by container from New York City to the Plaintiff company Blue Banana in Monrovia, Liberia. The Plaintiffs claim that when the container arrived in Monrovia, 99 of the 170 cartons were missing.

The resolution of any factual dispute regarding the missing cargo will depend upon the evidence of witnesses present when the container was opened in Monrovia. The Plaintiffs state that all of these witnesses are located in Liberia. Other Plaintiffs' witnesses may be called from New York.

The Defendant, OT Africa Line issued the bill of lading for the shipment on February 5, 2002 at Toronto, Canada. The ocean freight payable for the shipment was payable at Toronto, Canada. There is also evidence, and I find as a fact, that the Defendant OT Africa Line has offices, maintains a call centre and conducts business from offices in the Toronto area and conducts business through an agency (Seabridge International Shipping Inc., or OTAL North America) in the greater Toronto area.

4. toute autre réparation que les avocats recommanderont et que la Cour jugera adéquate.

[2] La protonotaire a exposé comme suit le contexte et les faits pertinents dans sa décision, qu'on trouvera à la référence 2003 CF 1513; [2003] A.C.F. n° 1933 (QL) [aux paragraphes 2 à 9]:

La présente action découle d'une demande se rapportant à la perte partielle d'une cargaison de marchandises qui avaient été expédiées par mer dans un conteneur. Les demanderesse, Magic Sportswear Corp. et Blue Banana, étaient respectivement chargeur et consignataire des marchandises. Les défenderesses, OT Africa Line Ltd. et OT Africa Line, étaient les transporteurs.

Cette requête a été présentée par les défenderesses, qui cherchaient à faire suspendre l'action en se fondant sur la clause d'élection de for figurant dans le connaissement se rapportant à l'expédition des marchandises ainsi que sur la doctrine du forum non approprié. Les demanderesse affirment qu'elles ont droit à ce que leur demande soit tranchée par la présente cour compte tenu de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ou, subsidiairement, compte tenu de la doctrine du forum non approprié.

#### Les faits

La demanderesse Magic Sportswear Corp. est une société constituée aux États-Unis qui a expédié 170 caisses de marchandises par conteneur de la ville de New York à la société demanderesse Blue Banana, à Monrovia, Libéria. Les demanderesse affirment que, lorsque le conteneur est arrivé à Monrovia, 99 des 170 caisses manquaient.

La résolution d'un litige factuel concernant la cargaison manquante dépend de la preuve soumise par les témoins présents lorsqu'on a ouvert le conteneur, à Monrovia. Les demanderesse affirment que tous ces témoins sont au Libéria. D'autres témoins des demanderesse, venant de New York, peuvent être cités.

La défenderesse OT Africa Line a délivré un connaissement en vue de l'expédition le 5 février 2002, à Toronto, Canada. Le fret maritime était payable à Toronto, Canada. Compte tenu de certains éléments de preuve, je conclus qu'en fait, la défenderesse OT Africa Line a des bureaux, maintient un centre téléphonique et exploite son entreprise depuis des bureaux situés dans la région de Toronto et exploite cette entreprise par l'entremise d'une agence (Seabridge International Shipping Inc., ou OTAL North America) dans la Région du Grand Toronto.

The Plaintiffs commenced their action for damages in the amount of \$30,000.00 in this Court on August 1, 2003, and served OT Africa Line at their Toronto area office on August 15, 2003. The claim is actually a subrogated claim by a Toronto based insurance company that paid out under its policy with the Plaintiffs for the loss of goods.

On September 3, 2003, OT Africa Line commenced proceedings in the High Court of Justice in England for a determination that it was not liable for the Plaintiffs' loss. Notice of these proceedings was served on the Plaintiffs, who, on October 28, 2003, filed an Acknowledgment of Service form that indicated that the [*sic*] they would be contesting the jurisdiction of the English courts. The Plaintiffs have not, however, taken any further steps in that regard, but submit that they were awaiting the outcome of this motion.

On September 8, 2003, on a motion made *ex parte* to the English court, the Defendants obtained an "anti-suit injunction" restraining the Plaintiffs from proceeding with this action, and then, on September 9, 2003, the Defendants filed this motion for a stay of the Canadian proceedings.

### Relevant Statutory Provisions and Rules

[3] Subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, states:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

- (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;
- (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or
- (c) the contract was made in Canada.

[4] Subsection 50(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as

Les demandereses ont intenté leur action en dommages-intérêts, d'un montant de 30 000 \$, devant la présente cour le 1<sup>er</sup> août 2003 et ont signifié un avis à OT Africa Line, à son bureau de la région de Toronto, le 15 août 2003. La demande est en fait une demande en subrogation d'une compagnie d'assurance établie à Toronto, qui avait versé une indemnité aux demandereses pour la perte des marchandises conformément à leur police.

Le 3 septembre 2003, OT Africa Line a engagé des procédures devant la Haute cour de justice, en Angleterre, en vue d'obtenir une décision l'exonérant de toute responsabilité à l'égard de la perte subie par les demandereses. L'avis y afférent a été signifié aux demandereses qui, le 28 octobre 2003, ont déposé un accusé de réception de la signification indiquant qu'elles contesteraient la compétence des tribunaux anglais. Toutefois, les demandereses n'ont pas pris d'autres mesures à cet égard; elles soutiennent qu'elles attendaient le résultat de la présente requête.

Le 8 septembre 2003, à la suite de la présentation d'une requête *ex parte* devant le tribunal anglais, les défendeurs ont obtenu une [TRADUCTION] «injonction interdisant les poursuites» empêchant les demandereses d'aller de l'avant dans la présente action et, le 9 septembre 2003, les défendeurs ont présenté la requête ici en cause visant la suspension des procédures canadiennes.

### Les dispositions et règles applicables

[3] Le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, dispose ce qui suit:

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe:

- a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;
- b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;
- c) le contrat a été conclu au Canada.

[4] Le paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985),

am. *idem*, s. 14)] states:

**50.** (1) The Federal Court of Appeal or the Federal Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[5] Subsection 51(1) of the *Federal Court Rules, 1998* states:

**51.** (1) An order of a prothonotary may be appealed by a motion to a judge of the Trial Division.

#### Issues

[6] The two issues in this matter are:

1. What is the applicable standard of review?
2. Should the Prothonotary's decision be set aside?

#### Analysis and Decision

[7] Issue 1

##### What is the applicable standard of review?

MacGuigan J.A. of the Federal Court of Appeal stated the following, with respect to the standard of review to be applied to an appeal of a prothonotary's decision, in *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 [at pages 462-463]:

I also agree with the Chief Justice in part as to the standard of review to be applied by a motions judge to a discretionary decision of a prothonotary. Following in particular Lord Wright in *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) at page 484, and Lacourcière J.A. in *Stoicewski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (Div. Ct.), discretionary orders of prothonotaries ought not to be disturbed on appeal to a judge unless:

ch. F-7 [art. 1 (mod. *idem*, art. 14)], porte les dispositions suivantes:

**50.** (1) La Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

[5] Le paragraphe 51(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* est libellé comme suit:

**51.** (1) L'ordonnance du protonotaire peut être portée en appel par voie de requête présentée à un juge de la Section de première instance.

#### Les questions en litige

[6] Les deux questions en litige dans la présente espèce sont les suivantes:

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. La décision de la protonotaire devrait-elle être annulée?

#### Analyse et décision

[7] La première question en litige

##### Quelle est la norme de contrôle applicable?

Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale a formulé les observations suivantes concernant la norme de contrôle à appliquer à l'appel d'une décision de protonotaire dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 [aux pages 462 et 463]:

Je souscris aussi en partie à l'avis du juge en chef au sujet de la norme de révision à appliquer par le juge des requêtes à l'égard des décisions discrétionnaires de protonotaire. Selon en particulier la conclusion tirée par lord Wright dans *Evans v. Bartlam*, [1937] A.C. 473 (H.L.) à la page 484, et par le juge Lacourcière, J.C.A., dans *Stoicewski v. Casement* (1983), 43 O.R. (2d) 436 (C. div.), le juge saisi de l'appel contre

(a) they are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts, or

(b) they raise questions vital to the final issue of the case.

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

And at pages 464-465:

The question before the prothonotary in the case at bar can be considered interlocutory only because the prothonotary decided it in favour of the appellants. If he had decided it for the respondent, it would itself have been a final decision of the case: *A-G of Canada v. S.F. Enterprises Inc. et al.* (1990), 90 DTC 6195 (F.C.A.) at pages 6197-6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). It seems to me that a decision which can thus be either interlocutory or final depending on how it is decided, even if interlocutory because of the result, must nevertheless be considered vital to the final resolution of the case. Another way of putting the matter would be to say that for the test as to relevance to the final issue of the case, the issue to be decided should be looked to before the question is answered by the prothonotary, whereas that as to whether it is interlocutory or final (which is purely a *pro forma* matter) should be put after the prothonotary's decision. Any other approach, it seems to me, would reduce the more substantial question of "vital to the issue of the case" to the merely procedural issue of interlocutory or final, and preserve all interlocutory rulings from attack (except in relation to errors of law).

[8] This same approach was adopted by the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450, at paragraph 18:

Discretionary orders of prothonotaries ought to be disturbed by a motions judge only where (a) they are clearly

l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants:

a) l'ordonnance est entachée d'erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe ou d'une mauvaise appréciation des faits,

b) l'ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal.

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

Il poursuit son raisonnement, aux pages 464 et 465 dans les termes suivants:

La matière soumise en l'espèce au protonotaire peut être considérée comme interlocutoire seulement parce qu'il a prononcé en faveur de l'appelante. Eût-il prononcé en faveur de l'intimée, sa décision aurait résolu définitivement la cause; voir *P-G du Canada c. S.F. Enterprises Inc. et autre* (1990), 90 DTC 6195 (C.A.F.) aux pages 6197 et 6198; *Ainsworth v. Bickersteth et al.*, [1947] O.R. 525 (C.A.). Il me semble qu'une décision qui peut être ainsi soit interlocutoire soit définitive selon la manière dont elle est rendue, même si elle est interlocutoire en raison du résultat, doit néanmoins être considérée comme déterminante pour la solution définitive de la cause principale. Autrement dit, pour savoir si le résultat de la procédure est un facteur déterminant de l'issue du principal, il faut examiner le point à trancher avant que le protonotaire ne réponde à la question, alors que pour savoir si la décision est interlocutoire ou définitive (ce qui est purement une question de forme), la question doit se poser après la décision du protonotaire. Il me semble que toute autre approche réduirait la question de fond de «l'influence déterminante sur l'issue du principal» à une question purement procédurale de distinction entre décision interlocutoire et décision définitive, et protégerait toutes les décisions interlocutoires contre les attaques (sauf le cas d'erreur de droit).

[8] La Cour suprême du Canada a adopté la même approche dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450, au paragraphe 18:

Le juge des requêtes ne doit modifier l'ordonnance discrétionnaire d'un protonotaire que dans les cas suivants: a)

wrong, in the sense that the exercise of discretion was based upon a wrong principle or a misapprehension of the facts, or (b) in making them, the prothonotary improperly exercised his or her discretion on a question vital to the final issue of the case: *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425 (C.A.), *per* MacGuigan J.A., at pp. 462-63.

[9] In the present case, the Prothonotary exercised her discretion to refuse a stay of proceedings, which is not a question vital to the final issue of the case: *Jian Sheng Co. v. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 F.C. 418 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1998] 3 S.C.R. vi. Consequently, I should not exercise my discretion *de novo*, instead I must now determine whether the Prothonotary was “clearly wrong in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts”.

[10] Issue 2

Should the Prothonotary’s decision be set aside?

The defendants submit that the Prothonotary erred by concluding that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the High Court of London and further, that the Prothonotary erred in finding that Canada was a convenient forum for the hearing of the matter.

[11] The contract of carriage between the parties contained the following forum selection clause:

25. LAW AND JURISDICTION

(1) Any claim or dispute whatsoever arising in connection with the carriage under the Bill of Lading shall exclusively be governed by English law and determined by the High Court of London.

(2) In the event that anything herein contained is inconsistent with any applicable international convention or national law

l’ordonnance est entachée d’une erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits, ou b) le protonotaire a mal exercé son pouvoir discrétionnaire relativement à une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond: *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425 (C.A.), le juge MacGuigan, p. 462-463.

[9] Dans la présente espèce, la protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser une suspension des procédures, ce qui n’est pas une question ayant une influence déterminante sur la décision finale quant au fond: *Jian Sheng Co. c. Great Tempo S.A.*, [1998] 3 C.F. 418 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 3 R.C.S. vi. Par conséquent, je ne dois pas exercer mon pouvoir discrétionnaire pour reprendre l’affaire depuis le début, mais il m’incombe plutôt d’établir maintenant si l’ordonnance de la protonotaire «est entachée d’une erreur flagrante, en ce sens [qu’elle] a exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits».

[10] La seconde question en litige

La décision de la protonotaire devrait-elle être annulée?

Les défenderesses soutiennent que la protonotaire a commis une erreur en concluant que les demanderesses n’avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de Londres et qu’elle a commis une autre erreur en posant que le Canada était un for approprié à l’instruction de l’affaire.

[11] Le contrat de transport passé entre les parties contenait une clause d’élection de for ainsi libellée:

[TRADUCTION]

25. DROIT ET COMPÉTENCE

1) Tout différend qui s’élèverait entre les parties relativement à l’exécution du connaissance ressortit exclusivement au droit anglais et à la Haute Cour de Londres.

2) Toute stipulation du présent contrat qui serait incompatible avec une convention internationale ou une loi nationale

which cannot be departed for private contract the provisions hereof shall to the extent of such inconsistency but no further be null and void.

[12] Clause 24 states:

#### 24. U.S.A./CANADA CLAUSE

If the Bill of Lading covers the transportation of the goods to or from ports of the United States of America or Canada this Bill of Lading shall be subject to United States Carriage of Goods by Sea Act 1936 and/or subject to Carriage of Goods by Water Act 1936 of Canada which shall be incorporated herein and the provisions of said act shall govern before loading and after discharge and throughout the entire time the goods are in the custody of the Carrier. If anything herein contained to be invalid or unenforceable under the provisions of said act such circumstances shall not affect the validity or enforceability of any other part or term of this Bill of Lading. The Carrier shall not be liable in any capacity whatsoever for loss, damage or delay of goods while the goods are not in his actual custody.

[13] Effect of the *Marine Liability Act*

For ease of reference, section 46 of the *Marine Liability Act*, is reproduced:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

- (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;
- (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or
- (c) the contract was made in Canada.

[14] The plaintiffs claim that this clause has the effect of granting the Federal Court jurisdiction to hear the

applicables auxquelles il ne peut être dérogé par contrat privé est nulle et de nul effet dans la seule mesure de cette incompatibilité.

[12] La clause 24 est rédigée comme suit:

[TRADUCTION]

#### 24. ÉTATS-UNIS ET CANADA

S'il s'applique au transport des marchandises vers des ports, ou en provenance de ports, des États-Unis d'Amérique ou du Canada, le connaissement relève de la United States Carriage of Goods by Sea Act 1936 et/ou de la Loi sur le transport de marchandises par eau (Canada, 1936), lesquelles sont incorporées dans le présent contrat, et leurs dispositions sont d'application avant le chargement, après le déchargement et durant tout le temps où les marchandises sont sous la garde du transporteur. Toute disposition de ces lois qui invaliderait ou priverait de force exécutoire une clause du présent contrat n'influe sur la validité ou la force exécutoire d'aucune autre de ses clauses. Le transporteur n'est responsable à aucun titre des pertes, avaries ou retards de transport qui surviendraient pendant que les marchandises ne sont pas sous sa garde effective.

[13] L'effet de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*

Nous reproduisons ci-dessous, pour la commodité du lecteur, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*:

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe:

- a) le port de chargement ou de déchargement—prévu au contrat ou effectif—est situé au Canada;
- b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;
- c) le contrat a été conclu au Canada.

[14] Les demanderesse soutiennent que cet article a pour effet d'investir la Cour fédérale de la compétence

present claim for loss of cargo and deprives the Court of the discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*. The defendants, on the other hand, argue that this clause only grants this Court jurisdiction *simpliciter* and still allows the Court to take the next step of conducting a *forum non conveniens* analysis.

[15] The Prothonotary, at paragraphs 15 and 16 of her decision, stated:

At paragraph 37 of *Z.I. Pompey*, the Supreme Court states that “section 46(1) of the *Marine Liability Act* . . . has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b) or (c) are met” (emphasis added). Likewise, at paragraph 13 of the *Incremona-Salerno*, the Federal Court of Appeal states:

The effect of the subsection is to remove from this Court its discretion under section 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings on the ground of a jurisdiction or arbitration clause where the requirements of paragraphs 46(1)(a), (b) or (c) are met. In the case at bar, if the Motion Judge is correct in his view of the matter, paragraph 46(1)(a) would prevent the appellants from obtaining a stay based on clause 25 of the bill of lading [which provided for disputes to be adjudicated in Hamburg, Germany], since the port of discharge was the port of Halifax. Consequently, if subsection 46(1) applies to these proceedings, the appellants’ stay applications will likely be dismissed. [Emphasis added.]

These passages make clear that section 46 of the *Marine Liability Act* negates the determinative effect of forum selection clauses that would otherwise require adjudication in a jurisdiction other than Canada. They do not displace the jurisdiction of this Court under section 50 of the *Federal Court Act* to exercise its discretion in the appropriate circumstances to order a stay of proceedings, including consideration of the doctrine of *forum non conveniens*.

[16] The Prothonotary adopted the approach that section 46 of the *Marine Liability Act*, only removed

pour entendre l’action considérée relative à la perte de leurs marchandises et la prive du pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension sous le régime de l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les défenderesses, quant à elles, font valoir que cet article ne fait que conférer une compétence *simpliciter* et laisse à la Cour la possibilité de passer à l’étape suivante consistant à effectuer une analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*.

[15] La protonotaire formule les observations suivantes aux paragraphes 15 et 16 de sa décision:

Au paragraphe 37 de l’arrêt *Z.I. Pompey*, la Cour suprême dit que «le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l’une ou l’autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d’élection de for» (non souligné dans l’original). De même, au paragraphe 13 de l’arrêt *Incremona-Salerno*, la Cour d’appel fédérale dit ce qui suit:

Cette disposition a pour effet de retirer à la présente Cour le pouvoir discrétionnaire conféré à l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsqu’il s’agit de suspendre les procédures en raison de l’existence d’une clause de compétence ou d’arbitrage s’il est satisfait aux exigences des alinéas 46(1)a), b) ou c). En l’espèce, si l’avis exprimé par le juge des requêtes est exact, l’alinéa 46(1)a) empêcherait les appelants d’obtenir une suspension fondée sur la clause 25 du connaissement [qui prévoyait que tout litige serait tranché à Hambourg, en Allemagne] étant donné que le déchargement a eu lieu au port de Halifax. Par conséquent, si le paragraphe 46(1) s’applique à l’instance ici en cause, les demandes de suspension présentées par les appelants seront probablement rejetées. [Non souligné dans l’original.]

Ces passages montrent clairement que l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* annule l’effet déterminant des clauses d’élection de for en vertu desquelles une décision devrait être rendue dans un ressort autre que le Canada. Cela n’écarte pas la compétence qui est conférée à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour pouvant exercer son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, en vue d’ordonner la suspension des procédures et tenir notamment compte de la doctrine du *forum non approprié*.

[16] Selon l’approche adoptée par la protonotaire, l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière*



from the Court its discretion under section 50 of the *Federal Courts Act* to stay proceedings based on a forum selection clause and not its “jurisdiction . . . under section 50 of the *Federal Court[s] Act* to exercise its discretion in appropriate circumstances to order a stay of proceedings, including consideration of the doctrine of *forum non conveniens*.”

[17] The Prothonotary’s reasoning limited the scope of the decision of the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey Industrie*, which reads at paragraphs 37 and 38:

Section 46(1) of the *Marine Liability Act*, which entered into force on August 8, 2001, has the effect of removing from the Federal Court its discretion under s. 50 of the *Federal Court Act* to stay proceedings because of a forum selection clause where the requirements of s. 46(1)(a), (b), or (c) are met. This includes where the actual port of loading or discharge is in Canada. In this case, there would be no question that the Federal Court is an appropriate forum to hear the respondents’ claim but for the fact that s. 46 does not apply to judicial proceedings commenced prior to its coming into force: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Ship Castor* (2002), 297 N.R. 151, 2002 FCA 479, at paras. 13-24. Section 46 of the *Marine Liability Act* is therefore irrelevant in this appeal.

Indeed, s. 46(1) would appear to establish that, in select circumstances, Parliament has deemed it appropriate to limit the scope of forum selection clauses by facilitating the litigation in Canada of claims related to the carriage of goods by water having a minimum level of connection to this country. Such a legislative development does not, however, provide support for the fundamental jurisprudential shift made by the Court of Appeal in the case at bar. To the contrary, s. 46(1) indicates Parliament’s intent to broaden the jurisdiction of the Federal Court only in very particular instances that [page 473] can easily be ascertained by a prothonotary called upon to grant a stay of proceedings pursuant to the forum selection clause of a bill of lading. Section 46(1) in no way mandates a prothonotary to consider the merits of the case, an approach in line with the general objectives of certainty and efficiency, which underlie this area of the law.

The Prothonotary also narrowly construed the Federal Court of Appeal’s decision in *Incremona-Salerno Marmi*

*maritime* ne fait que priver la Cour du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d’élection de for, et non de «la compétence qui est conférée à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur [les] Cour[s] fédérale[s]*, la Cour pouvant exercer son pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, en vue d’ordonner la suspension des procédures et tenir notamment compte de la doctrine du forum non approprié».

[17] Le raisonnement de la protonotaire limite la portée de l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie* de la Cour suprême du Canada, dont les paragraphes 37 et 38 portent les observations suivantes:

Entré en vigueur le 8 août 2001, le par. 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* prive la Cour fédérale, en présence de l’une ou l’autre des conditions énoncées aux al. 46(1)a), b) ou c), du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* de suspendre les procédures pour donner effet à une clause d’élection de for. Le fait que le port de chargement ou de déchargement effectif est situé au Canada fait partie des conditions énoncées. Dans la présente affaire, nul ne contesterait que la Cour fédérale a compétence pour connaître de la demande des intimées si ce n’était que l’art. 46 ne s’applique pas aux procédures engagées avant son entrée en vigueur: *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2002] A.C.F. n° 1699 (QL), 2002 CAF 479, par. 13-24. L’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n’est donc pas pertinent en l’espèce.

En fait, il semblerait, à la lecture du par. 46(1), que le législateur a jugé opportun, dans des circonstances bien précises, de limiter la portée des clauses d’élection de for en facilitant l’instruction au Canada des demandes se rapportant au transport maritime de marchandises et ayant un lien minimal avec notre pays. Cette mesure législative ne justifie cependant pas le revirement jurisprudentiel fondamental de la Cour d’appel en l’espèce. Au contraire, le par. 46(1) témoigne de l’intention du législateur de n’élargir la compétence de la Cour fédérale que dans des cas bien particuliers que pourra facilement identifier le protonotaire saisi d’une demande de suspension fondée sur la clause d’élection de for d’un connaissance. Le paragraphe 46(1) n’oblige aucunement le protonotaire à examiner le bien-fondé de l’instance, une démarche conforme aux objectifs généraux de certitude et d’efficacité sous-jacents à ce domaine du droit.

La protonotaire propose aussi une interprétation restrictive de l’arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini*

*Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220 in deciding that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act*, did not displace the jurisdiction of this Court to order a stay of proceedings on the basis of Canada being a *forum non conveniens*.

[18] I have reviewed the Prothonotary's decision and I would come to the same conclusion as the Prothonotary.

[19] Firstly, I agree that subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* grants this Court jurisdiction *simpliciter* to hear a claim if any of the conditions contained in paragraph 46(1)(a), (b) or (c) are met despite a forum selection clause that states otherwise. I am supported in this conclusion by *Z.I. Pompey Industrie*, at paragraph 38 and the discussions of the context of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* contained in the *House of Commons Debates*, No. 058, 1st Sess., 37th Parl. (9 May 2001), at page 1645 where Mr. Norman Doyle, the Member for St. John's East, stated in part:

One change that sparked debate in committee was the provision of clause 46 that would extend Canada's legal jurisdiction to deal with the cargo claims of Canada's importers and exporters. Representatives of the shipping lines did not want Canadian jurisdiction specified, preferring instead to have clauses on arbitration and judicial proceedings in their contracts of carriage.

Indeed a culture has grown up that sees most of these disputes resolved in British boardrooms and British courts. That suits the big shipping lines and the British legal profession just fine. However I would submit that a small Canadian exporter would be badly outclassed going up against the big boys in that kind of a setting, so we are supportive of asserting Canadian jurisdiction.

[20] Also of interest are the remarks of Mr. James Gould, the then-President of the Canadian Maritime Law Association when he appeared before the House of

*Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220, en concluant que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'écarte pas la compétence de la Cour pour ordonner une suspension des procédures au motif que le Canada ne serait pas un for approprié.

[18] Après examen de la décision de la protonotaire, je ne peux qu'approuver sa conclusion.

[19] Premièrement, je souscris à l'idée que le paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* investit la Cour de la compétence *simpliciter* pour examiner une créance dans le cas où se trouve remplie l'une ou l'autre des conditions énoncées aux alinéas 46(1)a), b) ou c), malgré les stipulations contraires d'une clause d'élection de for. Je suis conforté dans cette conclusion par le paragraphe 38 de l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie* ainsi que par les discussions éclairant le contexte du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* dont il est rendu compte dans les *Débats de la Chambre des communes*, n° 058, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 9 mai 2001, à la page 1645, et dont j'extrais le passage suivant de l'intervention du député de St. John's-Est, M. Norman Doyle:

Une modification qui a soulevé un débat au comité porte sur les dispositions prévues à l'article 46 et qui vise à étendre la compétence des tribunaux canadiens pour qu'ils puissent traiter les créances liées au transport des importateurs et des exportateurs du Canada. Les représentants des lignes de navigation ne voulaient pas que la compétence canadienne soit précisée, préférant que des dispositions sur la procédure judiciaire ou arbitrale soient inscrites dans leurs contrats de transport.

D'ailleurs, une culture s'est installée selon laquelle la plupart des différends sont réglés dans des salles de conseil et des tribunaux britanniques. Cela fait l'affaire des grandes lignes de navigation et des gens de robe britanniques. Cependant, je suis d'avis que, dans un tel contexte, un petit exportateur canadien serait nettement désavantagé face aux grandes lignes de navigation, de sorte que nous sommes favorables à l'affirmation de la compétence canadienne.

[20] Il convient de retenir aussi à ce propos les observations qu'a formulées M. James Gould, alors président de l'Association canadienne de droit maritime,

Commons Standing Committee on Transport and Government Operations (Canada, House of Commons, Standing Committee on Transport and Government Operations *Evidence*, (27 March 2001), pages 1205 and 1210). Mr. Gould stated in part as follows:

The CMLA strongly supports the adoption of the jurisdiction clause set out in clause 46 of Bill S-2. In a way, it reflects the provisions of articles 21 and 22 of the Hamburg Rules, which, as you know, are already part of our law, since they're already a schedule to our existing *Carriage of Goods by Water Act*. They just haven't been proclaimed in force.

Our valued constituent member, the Shipping Federation of Canada, and another one, the Chamber of Shipping of British Columbia, while otherwise supportive of the bill, have spoken here against the jurisdiction clause. Our reasons for supporting the jurisdiction clause, in summary, are that it provides Canadian claimants with an option—and it's just that, an option—to sue or arbitrate in Canada in circumstances in which there is a substantial connection with Canada. It would provide an advantage to Canadian exporters and importers whose only other option might be to abandon their claims or sue or arbitrate claims in a foreign jurisdiction.

Particularly, advancing low or medium-sized claims can be subject to very significant inconvenience and disproportionate cost if one is forced to litigate or arbitrate in a foreign jurisdiction. In England, for example, you may have to hire a solicitor. It makes one a bit envious, but it could be from £250 to £300 or more per hour. If you require a barrister, that's additional, and they're the same or even higher. Even the hotel costs there are higher than here, so it can be very expensive.

I also understand that in Japan, for example, even though the contract may be made in English amongst or with Japanese parties, all documents have to be translated into the Japanese language before proceeding, which in itself can be quite a burden.

Furthermore, Canada would not be alone in adopting such legislation. On the contrary, as already mentioned this morning, there are a number of very important countries that have already enacted provisions similar to clause 46. They include Australia and New Zealand, which bluntly say you can litigate or arbitrate there, and that any provision to the contrary is void. I think that's the way it's put.

You also have the four Nordic countries of Sweden, Denmark, Finland, and Norway—all shipowning countries, which is of

devant le Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales (Canada, Chambre des communes, Comité permanent des transports et des opérations gouvernementales, *Témoignages*, 27 mars 2001, pages 1205 et 1210). Je citerai le passage suivant du témoignage de M. Gould:

L'ACDM est favorable à l'adoption de la clause de juridiction énoncée à l'article 46 du projet de loi S-2. Elle reflète, dans une certaine mesure, les dispositions des articles 21 et 22 des règles de Hambourg qui, comme vous le savez, ont été annexées à notre *Loi sur le transport des marchandises par eau*. Elles n'ont toutefois pas encore été promulguées.

La Fédération maritime du Canada, membre prisé de notre association, et la Chamber of Shipping of British Columbia appuient le projet de loi, mais se sont prononcées contre la clause de juridiction. Or, nous sommes en faveur de cette clause parce qu'elle permet à un réclamant canadien—et il s'agit bien d'un choix qu'on lui offre—d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada, dans les cas où le lien avec le Canada est clairement établi. Elle fournirait un avantage aux exportateurs et importateurs canadiens dont le seul choix serait d'abandonner leur demande de réclamation ou d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger.

De manière plus précise, le règlement de créances peu élevées peut être source de nombreux problèmes et entraîner des coûts exorbitants si on est obligé d'intenter une procédure judiciaire ou arbitrale dans un pays étranger. En Angleterre, par exemple, il faudra peut-être faire appel à un avoué, qui peut commander entre 250 et 300 livres, ou plus, l'heure, et aussi à un avocat, ce qui fera augmenter les coûts, leurs honoraires étant identiques ou plus élevés. Même les hôtels coûtent cher là-bas. L'expérience peut donc s'avérer fort coûteuse.

Je crois également comprendre qu'au Japon, par exemple, même si le contrat est conclu en anglais entre des Japonais, ou avec des Japonais, tous les documents doivent être traduits en japonais avant qu'une poursuite ne puisse être intentée, ce qui peut constituer tout un fardeau.

Par ailleurs, le Canada ne serait pas le seul à adopter une telle clause. Comme on l'a mentionné ce matin, plusieurs pays très importants ont déjà adopté des dispositions similaires à l'article 46. Parmi ceux-ci figurent l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui exigent que le réclamant intente une procédure judiciaire ou arbitrale dans ce pays, tout autre recours étant jugé nul. C'est ce que dit la disposition.

Cette clause a également été reprise par les quatre pays nordiques, soit la Suède, le Danemark, la Finlande et la

some significance—the Republic of South Africa, and the People’s Republic of China, which is a huge market.

[21] While these comments of a witness before a standing committee are not determinative this context supports my interpretation of subsection 46(1) of the *Marine Liability Act* and is consistent with the reasoning contained in paragraph 37 of the Supreme Court of Canada’s decision in *Z.I. Pompey Industrie*. While the *Marine Liability Act* clearly denies this Court discretion to grant a stay based on a forum selection clause (a jurisdiction *simpliciter* issue), I do not read the *Z.I. Pompey* decision or the debates in Parliament as broadly as the interpretation urged by the plaintiffs. While this Court is undoubtedly a competent forum to hear this matter, it still remains to be determined whether it is the most convenient forum.

[22] As well, I am of the view that the Prothonotary’s analysis of *forum non conveniens* was not clearly wrong nor did she exercise her discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts. The Prothonotary correctly noted the factors to be considered when deciding whether or not to exercise her discretion to grant a stay of the action filed in this Court (at paragraph 18):

In this case, taking into account all of the facts and surrounding circumstances relating to the shipment of goods from New York to Monrovia, including the value of the goods, the fact that the true Plaintiffs are in Canada, the Defendants have business interests in Canada, and most particularly the fact that most if not all of the material witnesses will come from Monrovia and/or New York, (which factor favours neither England nor Canada), I find that the most convenient and appropriate forum for the determination of the Plaintiffs’ claim, including the interpretation and application of English law, is this Court.

Norvège—des pays qui possèdent tous des navires, ce qui est significatif—et aussi par l’Afrique du Sud et la République populaire de Chine, qui représente un vaste marché.

[21] S’il est vrai que ces remarques tirées d’un témoignage devant un comité permanent de la Chambre des communes ne peuvent avoir d’effet déterminant sur ma décision, le contexte qu’elles illustrent étaye mon interprétation du paragraphe 46(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* et est compatible avec le raisonnement formulé par la Cour suprême du Canada au paragraphe 37 de l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie*. S’il est vrai que la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* refuse manifestement à la Cour la compétence pour ordonner une suspension des procédures sur la base d’une clause d’élection de for (ce qui est une question de compétence *simpliciter*), je ne puis donner à l’arrêt *Z.I. Pompey* ou aux débats du Parlement une interprétation aussi large que celle que les demandresses me pressent d’adopter. La Cour est sans aucun doute un for compétent pour examiner la question considérée, mais il reste à établir si elle est le for le plus approprié.

[22] En outre, j’estime que l’analyse proposée par la protonotaire sur la base de la doctrine du *forum non conveniens* n’est pas entachée d’une erreur flagrante et qu’elle n’a pas exercé son pouvoir discrétionnaire sur le fondement d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits. Elle a correctement relevé (au paragraphe 18) les facteurs à prendre en considération pour décider si elle devait ou non exercer le pouvoir discrétionnaire d’ordonner une suspension de l’action portée devant la Cour:

En l’espèce, compte tenu des faits dans l’ensemble et des circonstances relatives à l’expédition des marchandises de New York à Monrovia, y compris la valeur des marchandises, le fait que les véritables demandresses sont au Canada, que les défendeurs ont des intérêts commerciaux au Canada, et plus particulièrement, que presque tous les témoins importants, sinon tous, doivent venir de Monrovia ou de New York (facteur ne favorisant ni l’Angleterre ni le Canada), je conclus que la présente cour est le forum le plus commode et le plus approprié aux fins de la détermination de la demande des demandresses, y compris l’interprétation et l’application du droit anglais.

[23] As part of the *forum non conveniens* analysis, the Prothonotary held that the plaintiffs had not attorned to the jurisdiction of the High Court of Justice in England (at paragraph 19 of her decision):

With respect to the Defendants' argument that the Plaintiffs have attorned to the jurisdiction of the High Court of Justice in England, I do not accept such argument. Although the Notice of Acknowledgement signed and fled by the Plaintiffs with the High Court required them to file materials to contest jurisdiction within 28 days of filing, the annotations to the English Rules of Procedure indicate that the determination of the issue may be made at a later date. There may also be a practical reason for the Plaintiffs' failure to defend in the English courts, and that is simply the cost associated with pursuing a \$30,000.00 claim in that jurisdiction outweighing the benefit of even a successful result.

[24] I am of the opinion that the Prothonotary did not make an error in the *Aqua-Gem* sense in this respect. In my view, the Prothonotary correctly applied the factors to find that the most appropriate forum for the determination of the plaintiffs' claims is this Court.

[25] The defendants' motion (appeal) is therefore dismissed.

[26] The plaintiffs shall have their costs of the motion.

#### ORDER

[27] IT IS ORDERED that:

1. The defendants' motion (appeal) is dismissed.
2. The plaintiffs shall have their costs of the motion.

[23] Dans le cadre de son analyse fondée sur la doctrine du *forum non conveniens*, la protonotaire a conclu (au paragraphe 19 de sa décision) que les demanderessees n'avaient pas acquiescé à la compétence de la Haute Cour de justice anglaise:

Quant à l'argument des défendeurs selon lequel les demanderessees s'en sont remises à la compétence de la Haute cour de justice en Angleterre, je ne retiens pas cet argument. L'avis d'accusé de réception qui a été signé et déposé par les demanderessees devant la Haute cour exigeait qu'elles déposent les documents en vue de contester la compétence dans les 28 jours suivant le dépôt, mais les commentaires accompagnant les Règles de procédure anglaises indiquent que la question peut être tranchée à une date ultérieure. Il peut également y avoir une raison pratique pour laquelle les demanderessees ne se défendent pas devant les tribunaux anglais, à savoir que le coût associé à la poursuite d'une demande de 30 000 \$ dans ce ressort l'emporte sur l'avantage que comporterait un résultat fructueux.

[24] À mon sens, la protonotaire n'a pas à cet égard commis d'erreur au sens de l'arrêt *Aqua-Gem*. Il me paraît qu'elle a correctement pris en considération les facteurs nécessaires pour conclure que la Cour est le for le plus approprié pour examiner la créance des demanderessees.

[25] La requête en appel des défenderessees est en conséquence rejetée.

[26] Les dépens afférents à la présente requête sont adjugés aux demanderessees.

#### ORDONNANCE

[27] LA COUR ORDONNE:

1. La requête en appel des défenderessees est rejetée.
2. Les dépens afférents à la requête sont adjugés aux demanderessees.

A-39-04  
2004 FCA 339

A-39-04  
2004 CAF 339

**Symbol Technologies Canada ULC (Appellant)**  
**(Respondent)**

**Symbol Technologies Canada ULC (appelante)**  
**(défenderesse)**

v.

c.

**Barcode Systems Inc. (Respondent) (Applicant)**

**Barcode Systems Inc. (intimée) (demanderesse)**

**INDEXED AS: SYMBOL TECHNOLOGIES CANADA ULC v.**  
**BARCODE SYSTEMS INC. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: SYMBOL TECHNOLOGIES CANADA ULC c.**  
**BARCODE SYSTEMS INC. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Rothstein J.J.A.—Winnipeg, September 28; Ottawa, October 7, 2004.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Létourneau et Rothstein, J.C.A.—Winnipeg, 28 septembre; Ottawa, 7 octobre 2004.

*Competition — Appeal from Competition Tribunal decision granting respondent leave to make Competition Act, s. 75 application for order requiring appellant to accept respondent as customer against appellant — Appellant, Canadian subsidiary of bar code equipment manufacturer, sells, distributes products in Canada — Respondent taking over distribution in Western Canada in about 1994 — Since 2003, appellant refusing to deal with respondent — Respondent bringing leave application pursuant to Act, s. 103.1(1), alleging appellant engaged in restrictive trade practice of “refusal to deal” within meaning of Act, s. 75 — Tribunal granting leave under Act, s. 103.1(7) — Appellant arguing Tribunal erred in granting leave because not taking into account all elements of refusal to deal set out in Act, s. 75(1) — As question of law not engaging particular expertise of Tribunal, correctness appropriate standard of review — Test for granting leave in s. 103.1(7) application set out in National Capital News Canada v. Canada (Speaker of the House of Commons) applied: whether sufficient credible evidence of what is alleged to give rise to bona fide belief by Tribunal that applicant directly, substantially affected in its business by reviewable restrictive trade practice that could be subject of Tribunal order under Act, s. 75 or 77 — That threshold for obtaining leave lower than balance of probabilities — All elements of reviewable practice of refusal to deal, set out in Act, s. 75(1), need to be addressed by Tribunal on leave application in order for it to reach conclusion as to whether practice alleged could be subject to order — Court resolving matter without remitting it to Tribunal — Evidence that respondent substantially affected in its business — Real controversy whether evidence refusal to deal likely to have adverse effect on competition in market (Act, s. 75(1)(e)) — Leave application not appropriate occasion to interpret Act, s. 75(1)(e) for first time — Benefit of any doubt working in favour of granting leave — Sufficient*

*Concurrence — Appel d'une décision du Tribunal de la concurrence accordant à l'intimée la permission de présenter contre l'appelante une demande fondée sur l'art. 75 de la Loi sur la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à celle-ci de l'accepter comme cliente — L'appelante, filiale canadienne d'un fabricant de lecteurs de codes à barres, vend et distribue des produits au Canada — Vers 1994, l'intimée a pris en charge la distribution dans l'Ouest canadien — Depuis 2003, l'appelante refuse de traiter avec l'intimée — L'intimée a présenté une demande de permission en vertu de l'art. 103.1(1) de la Loi, alléguant que l'appelante se livrait à une pratique restrictive du commerce, à savoir le refus de vendre au sens de l'art. 75 de la Loi — Le Tribunal a accordé la permission en vertu de l'art. 103.1(7) de la Loi — L'appelante soutient que le Tribunal a commis une erreur en accordant la permission parce qu'il n'a pas pris en considération tous les éléments du refus de vendre énoncés à l'art. 75(1) de la Loi — Comme les questions de droit ne font appel à aucune expertise particulière du Tribunal, la norme applicable est celle de la décision correcte — Le critère applicable pour faire droit à la demande de permission en vertu de l'art. 103.1(7), énoncé dans la décision National Capital News Canada c. Canada (Président de la Chambre des communes), s'appliquait: il faut se demander s'il existe suffisamment d'éléments de preuve crédibles établissant le bien-fondé des allégations pour que le Tribunal puisse croire de bonne foi que le demandeur a été directement et sensiblement gêné dans son entreprise à cause d'une pratique restrictive susceptible d'examen et que cette pratique pourrait faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal en vertu des art. 75 ou 77 — Cette charge qui incombe à l'auteur de la demande de permission est moins lourde que celle imposée par la norme de la prépondérance de la preuve — Tous les éléments de la pratique susceptible d'examen que constitue le refus de vendre, énoncés à l'art. 75(1), doivent être considérés*

*evidence constituting reasonable grounds for believing refusal to deal could be subject to order under Act — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal granting leave to the respondent to make an application against the appellant. The appellant is the Canadian subsidiary of Symbol Technologies Inc. (Symbol US), the largest single manufacturer of bar code equipment in the world. The appellant sells and distributes Symbol US products in Canada. In or about 1994, the respondent took over the appellant's distribution in Western Canada. Since May 1, 2003, the appellant refused to deal with the respondent. The respondent's application for leave to apply for an order under *Competition Act* subsection 75(1) requiring Symbol to accept Barcode as a customer before the Tribunal (brought pursuant to subsection 103.1(1) of the Act) alleged that Symbol was engaging in the reviewable restrictive trade practice of "refusal to deal" within the meaning of section 75 of the Act. Leave was granted and the present appeal ensued. The appellant argued that the Tribunal member who granted leave erred in law by refusing to take into account all of the elements of the reviewable practice of refusal to deal set out in subsection 75(1) and that the decision to grant leave should be quashed.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Subsection 103.1(7) of the Act provides that to grant leave, the Tribunal must have reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in its business by a reviewable restrictive trade practice that could be the subject of a Tribunal order under section 75 or 77 of the Act. The decision to grant leave is a discretionary one. However, the question at issue here whether the Tribunal is required to consider all the elements of the restrictive trade practice of refusal to deal was one of law. This question of statutory interpretation does not engage any particular expertise of the Tribunal. Thus, the standard of review was correctness.

*par le Tribunal qui se penche sur une demande de permission pour que celui-ci puisse se prononcer sur la question de savoir si la pratique alléguée pourrait faire l'objet d'une ordonnance — La Cour a tranché l'affaire sans la renvoyer au Tribunal — Preuve a été faite que l'intimée est sensiblement gênée dans son entreprise — Le point véritablement controversé est de savoir s'il y a preuve que le refus de vendre aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché (art. 75(1)e) de la Loi) — La demande de permission n'est pas l'occasion appropriée pour interpréter l'art. 75(1)e) de la Loi pour la première fois — Le bénéfice du doute devrait jouer en faveur de l'octroi de la permission — La preuve est suffisante pour fonder des motifs raisonnables de croire que le refus de vendre pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu de la Loi — Appel rejeté.*

Il s'agissait de l'appel d'une décision du Tribunal de la concurrence accordant à l'intimée la permission de présenter une demande à l'encontre de l'appelante. L'appelante est la filiale canadienne de Symbol Technologies Inc. (Symbol US), le principal fabricant de lecteurs de codes à barres au monde. L'appelante vend et distribue les produits Symbol US au Canada. Vers 1994, l'intimée a pris en charge le service de distribution de l'appelante dans l'Ouest canadien. Depuis le 1<sup>er</sup> mai 2003, l'appelante a refusé de traiter avec l'intimée. Dans sa demande présentée au Tribunal (en vertu du paragraphe 103.1(1) de la *Loi sur la concurrence*) en vue d'obtenir la permission de demander que soit prononcée, en vertu du paragraphe 75(1) de la Loi, une ordonnance enjoignant à Symbol de l'accepter comme cliente, l'intimée a allégué que Symbol se livrait à une pratique restrictive du commerce susceptible d'examen, à savoir le refus de vendre au sens de l'article 75 de la Loi. La permission a été accordée et le présent appel a été interjeté. L'appelante a soutenu que le membre du Tribunal qui a fait droit à la demande de permission a commis une erreur de droit en refusant de tenir compte de tous les éléments de la pratique susceptible d'examen que constitue le refus de vendre, énoncés au paragraphe 75(1) de la Loi, et que la décision d'accorder l'autorisation devrait être annulée.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 103.1(7) de la Loi prévoit que pour faire droit à la demande, le Tribunal doit avoir des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise par une pratique restrictive du commerce susceptible d'examen et pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu des articles 75 ou 77 de la Loi. La décision de faire droit ou non à la demande de permission est discrétionnaire. Toutefois, la question en litige en l'espèce, qui consistait à savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le Tribunal devait considérer tous les éléments de la pratique commerciale restrictive que constitue le refus de vendre, énoncés au paragraphe 75(1), en était une de droit.

Cette question d'interprétation législative ne fait appel à aucune expertise particulière du Tribunal. La norme applicable était donc celle de la décision correcte.

The test for granting leave in an application under subsection 103.1(7) found in *National Capital News Canada v. Canada (Speaker of the House of Commons)* was adopted. The application must be supported by sufficient credible evidence to give rise to a *bona fide* belief by the Tribunal that the applicant may have been directly and substantially affected in its business by a reviewable practice, and that the practice in question could be subject to an order. This threshold is lower than proof on a balance of probabilities. That said, the elements of the reviewable trade practice of refusal to deal set out in subsection 75(1) must all be shown and addressed by the Tribunal before it may make an order, not only the merits of the application, but also on an application for leave under subsection 103.1(7). As long as each element is considered, even summarily, the Tribunal's decision to grant or refuse leave will be treated with deference.

Use of essentially the same words in subsection 103.1(7) and paragraph 75(1)(a) "that the applicant is directly and substantially affected in the applicants' business", while there are no such similar words in paragraphs 75(1)(b) to (e) in subsection 103.1(7), does not imply that the statutory elements in paragraphs 75(1)(b) to (e) need not be considered on a leave application. To determine the leave application, the Tribunal must consider whether the practice that is alleged could be subject to an order under subsection 75(1); and it cannot reach such a conclusion without considering all the elements of refusal to deal set out in that subsection. Also, the purpose of the Act is to maintain and encourage competition in Canada, and so at the leave stage, there must be some evidence by the applicant and some consideration by the Tribunal of the effect of the refusal to deal on competition in a market (paragraph 75(1)(e) of Act).

It was deemed appropriate for the Court to resolve the matter instead of remitting the matter to the Tribunal for redetermination as leave applications were intended to be dealt with summarily. There was evidence that the respondent was substantially affected in its business due to its inability to obtain the appellant's products. The only real controversy was whether there was evidence that the appellant's refusal to deal was likely to have an adverse effect on competition in a

Le critère applicable pour faire droit à la demande de permission en vertu du paragraphe 103.1(7), énoncé dans la décision *National Capital News Canada c. Canada (Président de la Chambre des communes)*, a été adopté. La demande doit être appuyée par des éléments de preuve crédibles suffisants pour que le Tribunal puisse croire de bonne foi que le demandeur a pu être directement et sensiblement gêné dans son entreprise à cause d'une pratique susceptible d'examen et que cette pratique pourrait faire l'objet d'une ordonnance. Cette norme de preuve est moins élevée que la norme de la prépondérance de la preuve. Cela dit, les éléments de la pratique commerciale susceptible d'examen que constitue le refus de vendre, énoncés au paragraphe 75(1), doivent tous être prouvés et considérés par le Tribunal pour que celui-ci puisse rendre une ordonnance et ce, non seulement lorsqu'il examine l'affaire au fond, mais aussi lorsqu'il se penche sur une demande de permission selon le paragraphe 103.1(7). Pourvu que chaque élément soit pris en considération, même brièvement, la décision du Tribunal de faire droit ou non à la demande de permission sera traitée avec déférence.

Le fait que les termes employés au paragraphe 103.1(7), à savoir «que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise», soient essentiellement les mêmes que ceux utilisés à l'alinéa 75(1)a), alors que ce paragraphe ne comporte pas de termes similaires à ceux employés aux alinéas 75(1)b) à e), ne signifie pas que les éléments énoncés aux alinéas 75(1)b) à e) n'ont pas à être considérés au stade de la demande de permission. Pour se prononcer sur la demande de permission, le Tribunal doit se demander si la pratique alléguée pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1); et il ne peut tirer pareille conclusion sans considérer tous les éléments du refus de vendre, énoncés à ce même paragraphe. De plus, comme l'objet fondamental de la Loi est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada, l'auteur de la demande doit, au stade de la demande de permission, fournir certains éléments de preuve concernant l'effet du refus de vendre sur la concurrence dans un marché (alinéa 75(1)e) de la Loi), et le Tribunal doit prendre ces éléments en considération.

On a jugé qu'il était approprié pour la Cour de trancher l'affaire plutôt que de la renvoyer au Tribunal pour qu'il rende une nouvelle décision puisque les demandes de permission sont censées revêtir un caractère sommaire. Preuve a été faite que l'intimée a été sensiblement gênée dans son entreprise en raison de son incapacité à obtenir les produits de l'appelante. Le seul point véritablement controversé était de savoir s'il y avait preuve que le refus de vendre de l'appelante aurait



market. The relevant provision, paragraph 75(1)(e), has not been interpreted by the Tribunal or this Court, and a leave application was not considered the appropriate occasion to do so. Therefore, if there were facts in the respondent's affidavit that might meet the requirements of paragraph 75(1)(e), the benefit of any doubt was to work in favour of granting leave. Here, there was sufficient evidence to constitute reasonable grounds to believe that the appellant's alleged refusal to deal could be the subject of an order under subsection 75(1): the respondent had somewhat of a presence in the Western Canadian market, and its difficult financial situation could be likely to impede its ability to be an effective competitor in that market.

vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché. La disposition pertinente, l'alinéa 75(1)e, n'a jamais été interprétée par le Tribunal ou par la Cour, et une demande de permission n'était pas l'occasion appropriée pour le faire. Conséquemment, s'il y avait des faits énoncés dans la déclaration sous serment de l'intimée qui pouvaient satisfaire aux exigences de l'alinéa 75(1)e, le bénéfice du doute devait jouer en sa faveur. En l'espèce, la preuve était suffisante pour fonder des motifs raisonnables de croire que le refus de vendre allégué de l'appelante pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1): l'intimée avait une certaine présence dans le marché de l'Ouest canadien, et sa situation financière difficile pouvait vraisemblablement gêner sa capacité à se positionner comme un concurrent dynamique dans ce marché.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted *idem*), 75 (as am. *idem*, s. 45; 2002, c. 16, s. 11.1), 77 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 23; 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3), 103.1 (as enacted *idem*, s. 12).

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 130), (2).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*National Capital News Canada v. Canada (Speaker of the House of Commons)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 77 (Comp. Trib.).

##### REFERRED TO:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ([2004] C.C.T.D. No. 1 (Comp. Trib.) (QL)) granting leave to the respondent to make an application against the appellant. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES:

*Steven E. Field* and *David G. Hill* for appellant (respondent).

*Lindy J. R. Choy* for respondent (applicant).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1 (édicte, *idem*), 75 (mod., *idem*, art. 45; 2002, ch. 16, art. 11.1), 77 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23; ch. 31, art. 52; 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3), 103.1 (édicte, *idem*, art. 12).

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 130), (2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*National Capital News Canada c. Canada (Président de la Chambre des communes)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 77 (Trib. conc.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*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) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

APPEL d'une décision du Tribunal de la concurrence ([2004] D.T.C.C. n° 1 (Trib. conc.) (QL)) accordant à l'intimée la permission de présenter une demande à l'encontre de l'appelante. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU:

*Steven E. Field* et *David G. Hill* pour l'appelante (défenderesse).

*Lindy J. R. Choy* pour l'intimée (demanderesse).

## SOLICITORS OF RECORD:

*Hill Abra Dewar*, Winnipeg, for appellant (respondent).  
*Thompson Dorfman Sweatman LLP*, Winnipeg, for respondent (applicant).

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

ROTHSTEIN J.A.:

## INTRODUCTION

[1] This is an appeal by Symbol Technologies Canada ULC (Symbol) from a decision of the Competition Tribunal [*Barcode Systems Inc. v. Symbol Technologies Canada ULC*, [2004] C.C.T.D. No. 1 (QL)] under subsection 103.1(7) [as enacted by S.C. 2002, c. 16, s. 12] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] granting leave to the respondent Barcode Systems Inc. (Barcode) to make an application to the Tribunal against Symbol. In its leave application to the Tribunal, Barcode alleged that Symbol was engaging in the reviewable restrictive trade practice of “refusal to deal” within the meaning of section 75 [as am. *idem*, c. 19, s. 45; S.C. 2002, c. 16, s. 11.1] of the Act.

[2] Barcode’s application before the Tribunal is for an order under subsection 75(1) of the *Competition Act* requiring Symbol to accept Barcode as a customer.

[3] In this appeal, Symbol says that the Tribunal member who granted leave erred in law by refusing to take into account statutory requirements and that the decision to grant leave should be quashed by this Court.

## FACTS

[4] The facts are taken from the affidavit of David Sokolow, the President of Barcode. There has been no cross-examination on that affidavit. Symbol is the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Hill Abra Dewar*, Winnipeg, pour l’appelante (défenderesse).  
*Thompson Dorfman Sweatman LLP*, Winnipeg, pour l’intimée (demanderesse).

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

## INTRODUCTION

[1] Symbol Technologies Canada ULC (Symbol) interjette appel d’une décision du Tribunal de la concurrence [*Barcode Systems Inc. c. Symbol Technologies Canada ULC*, [2004] D.T.C.C. n° 1 (QL)] accordant à l’intimée Barcode Systems Inc. (Barcode), suivant le paragraphe 103.1(7) [édicte par L.C. 2002, ch. 16, art. 12] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 [art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2° suppl.), ch. 19, art. 19)], la permission de présenter une demande au Tribunal à l’encontre de Symbol. Dans sa demande de permission, Barcode a allégué que Symbol se livrait à une pratique restrictive du commerce susceptible d’examen, à savoir le refus de vendre au sens de l’article 75 [mod. *idem*, ch. 19, art. 45; L.C. 2002, ch. 16, art. 11.1] de la Loi.

[2] Dans sa demande présentée au Tribunal, Barcode demandait que soit prononcée, en vertu du paragraphe 75(1) de la *Loi sur la concurrence*, une ordonnance enjoignant à Symbol de l’accepter comme cliente.

[3] Dans le présent appel, Symbol déclare que le membre du Tribunal qui a fait droit à la demande de permission a commis une erreur de droit en refusant de tenir compte des exigences de la loi, et que la décision d’accorder l’autorisation devrait être annulée par la Cour.

## FAITS

[4] Les faits sont tirés de l’affidavit de David Sokolow, président de Barcode. Il n’y a pas eu de contre-interrogatoire relativement à cet affidavit. Symbol est la

Canadian subsidiary of Symbol Technologies Inc. (Symbol US). Symbol US is the largest single manufacturer of bar code equipment in the world. Symbol sells and distributes Symbol US products in Canada. In or about 1994, Barcode took over Symbol's distribution in Western Canada.

[5] In or about January 2003, Symbol informed Barcode that it could no longer buy parts for Symbol products. In April 2003, Symbol informed Barcode that it would not accept purchase orders from Barcode. Barcode says that since May 1, 2003, Symbol has refused to deal with Barcode.

#### RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[6] Until 2002, only the Commissioner of Competition could bring an application before the Competition Tribunal in respect of reviewable restrictive trade practices described in Part VIII of the *Competition Act*, e.g. refusal to deal (section 75) and tied selling (section 77 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 23; 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3]). By amendments to the *Competition Act*, S.C. 2002, c. 16, ss. 11.1 to 11.3, private applicants were given the opportunity to bring applications to the Tribunal, subject to the Tribunal granting them leave to do so. Subsection 103.1(1) [as enacted *idem*, s. 12] of the *Competition Act* provides:

**103.1 (1)** Any person may apply to the Tribunal for leave to make an application under section 75 or 77. The application for leave must be accompanied by an affidavit setting out the facts in support of the person's application under section 75 or 77.

[7] The considerations the Tribunal is to take into account in determining a leave application are set out in subsection 103.1(7). To grant leave, the Tribunal must have reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in its business by a reviewable restrictive trade practice that could be the subject of a Tribunal order under section 75 or 77 of the *Competition Act*. Subsection 103.1(7) provides:

**103.1 . . .**

filiale canadienne de Symbol Technologies Inc. (Symbol US). Symbol US est le principal fabricant de lecteurs de codes à barres au monde. Symbol vend et distribue les produits Symbol US au Canada. Vers 1994, Barcode a pris en charge le service de distribution de Symbol dans l'Ouest canadien.

[5] Vers janvier 2003, Symbol a informé Barcode qu'elle ne pourrait plus acheter les pièces destinées aux produits Symbol. En avril 2003, Symbol a informé Barcode qu'elle n'accepterait pas ses bons de commande. Barcode affirme que depuis le 1<sup>er</sup> mai 2003, Symbol a refusé de traiter avec elle.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[6] Jusqu'en 2002, seul le Commissaire de la concurrence pouvait présenter une demande au Tribunal en ce qui concerne les pratiques restrictives du commerce susceptibles d'examen, définies à la Partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, tels le refus de vendre (article 75) et les ventes liées (article 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23; ch. 31, art. 52; 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3]). À la suite de modifications à la *Loi sur la concurrence*, L.C. 2002, ch. 16, art. 11.1 à 11.3, les particuliers se sont vus accorder la possibilité de présenter des demandes au Tribunal à condition d'en obtenir la permission. Le paragraphe 103.1(1) [édicte, *idem*, art. 12] de la *Loi sur la concurrence* dispose:

**103.1 (1)** Toute personne peut demander au Tribunal la permission de présenter une demande en vertu des articles 75 ou 77. La demande doit être accompagnée d'une déclaration sous serment faisant état des faits sur lesquels elle se fonde.

[7] Le paragraphe 103.1(7) énonce les éléments que le Tribunal doit prendre en considération pour se prononcer sur une demande de permission. Pour faire droit à la demande, le Tribunal doit avoir des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise par une pratique restrictive du commerce susceptible d'examen et pouvant faire l'objet d'une ordonnance en vertu des articles 75 ou 77 de la *Loi sur la concurrence*. Le paragraphe 103.1(7) prévoit:

**103.1 [. . .]**

(7) The Tribunal may grant leave to make an application under section 75 or 77 if it has reason to believe that the applicant is directly and substantially affected in the applicants' business by any practice referred to in one of those sections that could be subject to an order under that section.

[8] The reviewable restrictive trade practice relied on by Barcode is refusal to deal. Subsection 75(1) provides:

75. (1) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that

(a) a person is substantially affected in his business or is precluded from carrying on business due to his inability to obtain adequate supplies of a product anywhere in a market on usual trade terms,

(b) the person referred to in paragraph (a) is unable to obtain adequate supplies of the product because of insufficient competition among suppliers of the product in the market,

(c) the person referred to in paragraph (a) is willing and able to meet the usual trade terms of the supplier or suppliers of the product,

(d) the product is in ample supply, and

(e) the refusal to deal is having or is likely to have an adverse effect on competition in a market,

the Tribunal may order that one or more suppliers of the product in the market accept the person as a customer within a specified time on usual trade terms unless, within the specified time, in the case of an article, any customs duties on the article are removed, reduced or remitted and the effect of the removal, reduction or remission is to place the person on an equal footing with other persons who are able to obtain adequate supplies of the article in Canada.

#### THE ALLEGED ERROR OF LAW

[9] Symbol submits that the Competition Tribunal member who granted leave refused to take account of all the elements of the reviewable practice of refusal to deal set out in subsection 75(1) and therefore erred in law by

(7) Le Tribunal peut faire droit à une demande de permission de présenter une demande en vertu des articles 75 ou 77 s'il a des raisons de croire que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise en raison de l'existence de l'une ou l'autre des pratiques qui pourraient faire l'objet d'une ordonnance en vertu de ces articles.

[8] La pratique commerciale restrictive d'examen sur laquelle se fonde Barcode est le refus de vendre. Le paragraphe 75(1) est ainsi rédigé:

75. (1) Lorsque, à la demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, le Tribunal conclut:

a) qu'une personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit de façon suffisante, où que ce soit sur un marché, aux conditions de commerce normales;

b) que la personne mentionnée à l'alinéa a) est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché;

c) que la personne mentionnée à l'alinéa a) accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par le ou les fournisseurs de ce produit;

d) que le produit est disponible en quantité amplement suffisante;

e) que le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut ordonner qu'un ou plusieurs fournisseurs de ce produit sur le marché en question acceptent cette personne comme client dans un délai déterminé aux conditions de commerce normales à moins que, au cours de ce délai, dans le cas d'un article, les droits de douane qui lui sont applicables ne soient supprimés, réduits ou remis de façon à mettre cette personne sur un pied d'égalité avec d'autres personnes qui sont capables de se procurer l'article en quantité suffisante au Canada.

#### L'ERREUR DE DROIT ALLÉGUÉE

[9] Symbol soutient que le membre du Tribunal qui a fait droit à la demande a refusé de prendre en considération tous les éléments du refus de vendre susceptible d'examen, énoncés au paragraphe 75(1), et

not taking account of statutory requirements. Symbol's main argument is that the member refused to consider whether Symbol's alleged refusal to deal was likely to have an adverse effect on competition in a market as required by paragraph 75(1)(e).

[10] Indeed, in his reasons, the member specifically finds that on an application for leave, the Tribunal is not to have regard to whether the refusal to deal is likely to have an adverse effect on competition in a market. At paragraphs 8 and 10, the member states:

What the Tribunal must have reason to believe is that Barcode is directly and substantially affected in its business by Symbol's refusal to sell. The Tribunal is not required to have reason to believe that Symbol's refusal to deal has or is likely to have an adverse effect on competition in a market at this stage.

...

As I read the Act, adverse effect on competition in a market is a necessary element to the Tribunal finding a breach of section 75 and a necessary condition in order that the Tribunal make a remedial order under that section. It is not, however, part of the test for the Tribunal's granting leave or not.

#### STANDARD OF REVIEW

[11] Subsection 13(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 130] of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985, (2nd Supp.), c. 19, provides for a statutory right of appeal to the Federal Court of Appeal from any decision or order whether final, interlocutory or interim of the Competition Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court. The unrestricted right of appeal (except in the case of appeals on questions of fact under subsection 13(2)) is an indication of a correctness standard of review.

[12] Whether to grant leave under subsection 103.1(7) is a discretionary decision of the Tribunal. However, the

qu'il a donc commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des exigences de la loi. Symbol soutient essentiellement que le membre a refusé de considérer la question de savoir si le refus de vendre reproché à Symbol aurait vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché, comme l'exige l'alinéa 75(1)e.

[10] De fait, dans ses motifs, le membre conclut précisément que, saisi d'une demande de permission, le Tribunal n'a pas à considérer la question de savoir si le refus de vendre aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché. Aux paragraphes 8 et 10, le membre affirme:

Le Tribunal doit avoir des raisons de croire que Barcode est directement et sensiblement gênée dans son entreprise par le refus de vendre de Symbol. À ce stade, il n'est pas nécessaire que le Tribunal ait des raisons de croire que ce refus a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

[...]

Selon mon interprétation de la Loi, il doit y avoir atteinte à la concurrence dans un marché pour que le Tribunal conclue à l'existence d'une contravention à l'article 75 et prononce l'ordonnance corrective prévue par cette disposition. Cette atteinte, toutefois n'est pas une exigence du critère appliqué par le Tribunal pour déterminer s'il accordera ou non une permission.

#### NORME DE CONTRÔLE

[11] Le paragraphe 13(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 130] de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, prévoit que les décisions ou ordonnances du Tribunal, que celles-ci soient définitives, interlocutoires ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel fédérale tout comme s'il s'agissait de jugements de la Cour fédérale. Le droit d'appel absolu (sauf en cas d'appels sur des questions de fait suivant le paragraphe 13(2)) est une indication que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[12] La décision de faire droit ou non à la demande de permission en vertu du paragraphe 103.1(7) relève du

question at issue here is whether, in exercising its discretion, the Tribunal is required to consider all the elements of the restrictive trade practice of refusal to deal set out in subsection 75(1). That is a question of law, a straight question of statutory interpretation. It is the task of the Court to determine whether the Tribunal has exercised its discretionary power within the constraints imposed by Parliament. See *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 38.

[13] This question of statutory interpretation does not engage any particular expertise of the Tribunal. Economic and commercial considerations are not part of the analysis of whether, on a leave application, all the elements listed in subsection 75(1) must be considered. That expertise is not engaged on the question of statutory interpretation at issue here therefore points to the correctness standard.

[14] The basic purpose of the *Competition Act* as described in section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] is “to maintain and encourage competition in Canada” and the purpose of section 75 is in furtherance of that objective. When economic and commercial considerations are being considered, deference may be called for. But these considerations are not at issue in the present appeal.

[15] Weighing these pragmatic and functional considerations, I conclude that the standard of review in this appeal is correctness.

## ANALYSIS

### The legal test in an application under subsection 103.1(7)

[16] In *National Capital News Canada v. Canada (Speaker of the House of Commons)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 77 (Comp. Trib.), Dawson J., in her capacity as a member of the Competition Tribunal, reviewed the test

pouvoir discrétionnaire du Tribunal. Toutefois, la question en litige en l'espèce est de savoir si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le Tribunal doit considérer tous les éléments de la pratique commerciale restrictive que constitue le refus de vendre, énoncés au paragraphe 75(1). Il s'agit là d'une question de droit, d'une question classique d'interprétation législative. Il appartient à la Cour de décider si le Tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire à l'intérieur des limites imposées par le législateur. Voir *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 38.

[13] Cette question d'interprétation législative ne fait appel à aucune expertise particulière du Tribunal. Les considérations économiques et commerciales ne font pas partie de l'analyse quant à savoir si, s'agissant d'une demande de permission, tous les éléments énumérés au paragraphe 75(1) doivent être examinés. Qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel à une expertise pour résoudre la question d'interprétation législative en litige en l'espèce indique que la norme applicable est celle de la décision correcte.

[14] L'objet fondamental de la *Loi sur la concurrence*, tel qu'il est défini à l'article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19], est «de préserver et de favoriser la concurrence au Canada», et l'objet de l'article 75 confirme cette intention. Lorsque des considérations économiques et commerciales entrent en jeu, la déférence peut être de mise. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

[15] Après avoir soupesé ces considérations pragmatiques et fonctionnelles, je conclus que la norme de contrôle applicable au présent appel est celle de la décision correcte.

## ANALYSE

### Le critère juridique applicable à une demande suivant le paragraphe 103.1(7)

[16] Dans la décision *National Capital News Canada c. Canada (Président de la Chambre des communes)* (2002), 23 C.P.R. (4th) 77 (Trib. conc.), la juge Dawson, à titre de membre du Tribunal de la concurrence, a

for the granting of leave under subsection 103.1(7). After citing authorities on the term “reasonable grounds to believe” she stated at paragraph 14 of her reasons:

Accordingly on the basis of the plain meaning of the wording used in s. 103.1(7) of the Act and the jurisprudence referred to above, I conclude that the appropriate standard under s. 103.1(7) is whether the leave application is supported by sufficient credible evidence to give rise to a *bona fide* belief that the applicant may have been directly and substantially affected in the applicant’s business by a reviewable practice, and that the practice in question could be subject to an order.

I agree with Dawson J. and adopt her analysis and conclusion as to the test for granting leave under subsection 103.1(7).

[17] The threshold for an applicant obtaining leave is not a difficult one to meet. It need only provide sufficient credible evidence of what is alleged to give rise to a *bona fide* belief by the Tribunal. This is a lower standard of proof than proof on a balance of probabilities which will be the standard applicable to the decision on the merits.

[18] However, it is important not to conflate the low standard of proof on a leave application with what evidence must be before the Tribunal and what the Tribunal must consider on that application. For purposes of obtaining an order under subsection 75(1), a refusal to deal is not simply the refusal by a supplier to sell a product to a willing customer. The elements of the reviewable trade practice of refusal to deal that must be shown before the Tribunal may make an order are those set out in subsection 75(1). These elements are conjunctive and must all be addressed by the Tribunal, not only when it considers the merits of the application, but also on an application for leave under subsection 103.1(7). That is because, unless the Tribunal considers all the elements of the practice set out in subsection 75(1) on the leave application, it could not conclude, as required by paragraph 103.1(7), that there was reason to believe that an alleged practice could be subject to an

examiné le critère applicable à l’octroi d’une demande de permission en application du paragraphe 103.1(7). Après avoir cité des précédents portant sur l’interprétation de l’expression «motifs raisonnables de croire», elle a déclaré au paragraphe 14 de ses motifs:

Par conséquent, me fondant sur le sens ordinaire des termes utilisés au paragraphe 103.1(7) de la Loi et sur la jurisprudence à laquelle je me suis reportée, je conclus que la norme appropriée en vertu du paragraphe 103.1(7) consiste à se demander si la demande de permission est appuyée par des éléments de preuve crédibles suffisants pour qu’on puisse croire de bonne foi que le demandeur a pu être directement et sensiblement gêné dans son entreprise à cause d’une pratique susceptible d’examen et que cette pratique pourrait faire l’objet d’une ordonnance.

Je suis du même avis que la juge Dawson, et j’endors son analyse et sa conclusion quant au critère applicable pour faire droit à la demande de permission en vertu du paragraphe 103.1(7).

[17] La charge qui incombe à l’auteur de la demande de permission n’est pas très lourde. Il n’a qu’à fournir une preuve crédible suffisante de ce qui est allégué pour faire naître une croyance légitime dans l’esprit du Tribunal. Il s’agit là d’une norme de preuve moins élevée que la norme de la prépondérance de la preuve, laquelle s’appliquera à la décision sur le fond.

[18] Toutefois, il est important de ne pas confondre la norme de preuve peu élevée applicable à la demande de permission avec le type de preuve devant être présenté au Tribunal et considéré par lui pour trancher cette demande. Pour obtenir une ordonnance suivant le paragraphe 75(1), le refus de vendre n’est pas simplement le refus d’un fournisseur de vendre un produit à un client intéressé. Les éléments de la pratique commerciale susceptible d’examen que constitue le refus de vendre, éléments devant être prouvés pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance, sont ceux qui sont énoncés au paragraphe 75(1). Ces éléments se combinent et doivent tous être considérés par le Tribunal et ce, non seulement lorsqu’il examine l’affaire au fond, mais aussi lorsqu’il se penche sur une demande de permission selon le paragraphe 103.1(7). Cela s’explique du fait que, s’il ne considérait pas tous les éléments de la pratique énoncés au paragraphe 75(1) pour trancher la

order under subsection 75(1).

[19] The Tribunal may address each element summarily in keeping with the expeditious nature of the leave proceeding under section 103.1. As long as it is apparent that each element is considered, the Tribunal's discretionary decision to grant or refuse leave will be treated with deference by this Court. But the Tribunal's discretion to grant leave is not unfettered. The Tribunal must consider all the elements in subsection 75(1).

[20] The words of subsection 103.1(1) support this interpretation of the requirements of subsection 103.1(7). Subsection 103.1(1) requires that the application for leave be accompanied by an affidavit setting out the facts in support of the application under subsection 75(1). That affidavit must therefore contain the facts relevant to the elements of the reviewable trade practice of refusal to deal set out in subsection 75(1). It is that affidavit which the Tribunal will consider in determining a leave application under subsection 103.1(7). While the standard of proof on the leave application is lower than when the case is considered on its merits, nonetheless, the same considerations are relevant to both and must be taken into account at both stages.

[21] The respondent says that the words in subsection 103.1(7) "that the applicant is directly and substantially affected in the applicants' business" are essentially the words in paragraph 75(1)(a) and because there are no words similar to those in paragraphs 75(1)(b) to (e) in subsection 103.1(7), Parliament did not intend that each element in paragraphs 75(1)(b) to (e) need be taken into account on a leave application.

[22] I do not think that is correct. Because subsection 103.1(1) says that "any person may apply", it is

demande de permission, le Tribunal ne pourrait conclure, comme le prescrit le paragraphe 103.1(7), qu'il existait des motifs de croire qu'une pratique alléguée pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1).

[19] Le Tribunal peut examiner chaque élément brièvement pour respecter la nature expéditive de la procédure de permission prévue à l'article 103.1. Pourvu que chaque élément paraisse être pris en considération, la décision discrétionnaire du Tribunal de faire droit ou non à la demande de permission sera traitée avec déférence par la Cour. Mais le pouvoir discrétionnaire du Tribunal n'est pas absolu. Il doit prendre en considération tous les éléments énoncés au paragraphe 75(1).

[20] Les termes utilisés au paragraphe 103.1(1) confortent cette interprétation des conditions prescrites au paragraphe 103.1(7). Le paragraphe 103.1(1) exige que la demande de permission soit accompagnée d'une déclaration sous serment faisant état des faits. Cette déclaration sous serment doit donc contenir les faits pertinents par rapport aux éléments de la pratique commerciale susceptible d'examen que constitue le refus de vendre, énoncés au paragraphe 75(1). C'est cette déclaration qu'examinera le Tribunal pour trancher une demande de permission en vertu du paragraphe 103.1(7). Bien que la norme de preuve soit moins élevée au stade de la demande de permission qu'à celui de l'examen au fond, il demeure que les mêmes considérations sont pertinentes et doivent être examinées aux deux stades.

[21] L'intimée affirme que les termes employés au paragraphe 103.1(7), à savoir «que l'auteur de la demande est directement et sensiblement gêné dans son entreprise», sont essentiellement les mêmes que ceux utilisés à l'alinéa 75(1)a), alors que ce paragraphe ne comporte pas de termes similaires à ceux employés aux alinéas 75(1)b) à e). Il s'ensuit, dit-il, que le législateur n'entendait pas obliger le Tribunal à prendre en considération chaque élément des alinéas 75(1)b) à e) au stade de la demande de permission.

[22] Je ne crois pas que cette affirmation soit juste. Étant donné que le paragraphe 103.1(1) dit que «[t]out



theoretically possible for someone other than a person substantially and directly affected to bring a private application. However, Parliament clearly intended to limit private applications to persons who themselves are directly and substantially affected in their businesses by the alleged reviewable practice. I think that is the reason for the use of words in subsection 103.1(7) that are substantially similar to those in paragraph 75(1)(a). However, the use of these words does not imply that the statutory elements in paragraphs 75(1)(b) to (e) need not be considered on a leave application. That is because, on a leave application, the Tribunal must consider whether the practice that is alleged could be subject to an order under subsection 75(1); and it cannot reach that conclusion without considering all the elements of refusal to deal set out in that subsection.

[23] Counsel for Symbol argued that on a purposive interpretation, it should be clear that on a leave application, the Tribunal must have regard to all the statutory elements in subsection 75(1). I agree. The purpose of the *Competition Act* is to maintain and encourage competition in Canada. It is not to provide a statutory cause of action for the resolution of a dispute between a supplier and a customer that has no bearing on the maintenance or encouragement of competition. That is the obvious reason for paragraph 75(1)(e). The threshold at the leave stage is low, but there must be some evidence by the applicant and some consideration by the Tribunal of the effect of the refusal to deal on competition in a market.

#### Application of the test for leave to the facts

[24] Having determined the correct legal test for an application seeking leave to apply for an order under subsection 75(1), the question is whether this matter should be remitted to the Tribunal for redetermination or whether this Court should dispose of it. Barcode has pointed out that a leave application is intended to be a summary screening process. There is no right of cross-examination on the affidavit filed in support of the application for leave, there is no provision for the respondent to file affidavit evidence and the time limits

personne peut demander», il est théoriquement possible pour quelqu'un d'autre qu'une personne directement et sensiblement gêné de présenter une demande au Tribunal. Cependant, le législateur voulait clairement limiter les demandes des particuliers aux personnes qui sont elles-mêmes directement et sensiblement gênées dans leur entreprise par la pratique alléguée. Je crois que cela explique pourquoi les mots employés au paragraphe 103.1(7) sont substantiellement les mêmes que ceux choisis par le législateur à l'alinéa 75(1)a). Toutefois, l'emploi de ces termes ne signifie pas que les éléments énoncés aux alinéas 75(1)b) à e) n'ont pas à être considérés au stade de la demande de permission, parce qu'à ce stade, le Tribunal doit se demander si la pratique alléguée pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1); et il ne peut tirer pareille conclusion sans considérer tous les éléments du refus de vendre, énoncés à ce même paragraphe.

[23] L'avocat de Symbol a fait valoir que, selon une interprétation téléologique, il devrait être clair que pour trancher une demande de permission, le Tribunal doit considérer tous les éléments prévus au paragraphe 75(1). J'endosse ce point de vue. L'objet de la *Loi sur la concurrence* est de préserver et de favoriser la concurrence au Canada, et non d'offrir un recours pour régler un différend entre un fournisseur et un client qui n'a aucune incidence sur la préservation ou l'encouragement de la concurrence. C'est là l'objet manifeste de l'alinéa 75(1)e). La charge à ce stade est légère, mais l'auteur de la demande doit fournir certains éléments de preuve concernant l'effet du refus de vendre sur la concurrence dans un marché, et le Tribunal doit prendre ces éléments en considération.

#### Application du critère aux faits de l'espèce

[24] Ayant établi le critère juridique approprié à une demande de permission de présenter une demande d'ordonnance en vertu du paragraphe 75(1), il reste à se demander si cette affaire devrait être renvoyée au Tribunal pour qu'il rende une nouvelle décision, ou si la Cour devrait trancher elle-même le litige. Barcode fait valoir que la demande de permission se veut un processus sommaire d'examen préalable. Il n'y a pas de droit au contre-interrogatoire sur la déclaration déposée au soutien de la demande, aucune disposition ne permet

in section 103.1 are short, consistent with leave applications being dealt with summarily. For these reasons, I think the appropriate course of action in this case would be for this Court to resolve the matter without further delay.

[25] Is there credible evidence to support a finding that there are reasonable grounds to believe that Symbol's refusal to supply Barcode could be subject to an order under subsection 75(1)? There is evidence that Barcode is substantially affected in its business due to its inability to obtain Symbol's products. Barcode's evidence is that it cannot obtain these products either directly from Symbol or from other Symbol distributors. Barcode says it is willing and able to meet Symbol's usual trade terms and that Symbol's products are in ample supply.

[26] The only real controversy is whether there is evidence that Symbol's refusal to deal is likely to have an adverse effect on competition in a market.

[27] On this point, paragraph 75(1)(e) has not been interpreted by the Tribunal or this Court and a leave application is not the appropriate occasion to do so. Therefore, if there are any facts in its affidavit that might meet the requirements of paragraph 75(1)(e), the benefit of any doubt should work in favour of granting leave in order not to finally preclude Barcode from its day before the Tribunal.

[28] The evidence of Barcode is that in or about 1994, it took over Symbol's distribution in Western Canada and that by 2002 its annual revenues were in excess of \$20 million. Symbol US is the largest single manufacturer of bar code equipment in the world. Barcode's evidence is that if Symbol continues to refuse to supply, Barcode will be forced into receivership, and indeed, the Tribunal member found that on December 19, 2003, Barcode was petitioned into receivership.

[29] From Barcode's evidence, I think it may be inferred, for leave to apply purposes, that there are

à l'intimée de produire une preuve par affidavit et les délais prévus à l'article 103.1 sont courts, toutes choses qui tendent à confirmer le caractère sommaire de cette procédure. Pour ces motifs, j'estime qu'il conviendrait en l'espèce que la Cour tranche l'affaire sans délai.

[25] Y a-t-il une preuve crédible pour étayer la conclusion voulant qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que le refus de Symbol d'approvisionner Barcode pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1)? Preuve a été faite que Barcode est sensiblement gênée dans son entreprise en raison de son incapacité à obtenir les produits de Symbol. La preuve de Barcode veut qu'elle ne puisse obtenir ces produits directement de Symbol ou par l'intermédiaire d'un de ses distributeurs. Barcode affirme vouloir se conformer aux conditions commerciales habituelles de Symbol et être en mesure de le faire, et dit que les produits de Symbol sont en quantité amplement suffisante.

[26] Le seul point véritablement controversé est de savoir s'il y a preuve que le refus de vendre de Symbol aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

[27] L'alinéa 75(1)e) n'a jamais été interprété sur ce point par le Tribunal ou par la Cour, et une demande de permission n'est pas l'occasion appropriée pour le faire. Conséquemment, s'il y a des faits énoncés dans la déclaration sous serment de Barcode qui pourraient satisfaire aux exigences de l'alinéa 75(1)e), le bénéfice du doute devrait jouer en sa faveur afin de ne pas lui interdire définitivement l'accès au Tribunal.

[28] La preuve de Barcode veut que, vers 1994, elle se soit chargée de la distribution de Symbol dans l'Ouest canadien, et qu'en 2002 ses profits dépassaient 20 millions de dollars. Symbol US est le plus grand fabricant au monde de lecteurs de codes à barres. Si Symbol continue à refuser de l'approvisionner, Barcode se verra acculée à la faillite, et, de fait, le membre du Tribunal a constaté que, le 19 décembre 2003, Barcode a été mise sous séquestre.

[29] En me fondant sur la preuve soumise par Barcode, je crois que l'on peut inférer, aux fins de la

reasonable grounds to believe that Barcode had somewhat of a presence in the Western Canadian market for the supply and servicing of Symbol's products. Its difficult financial situation reflected by its receivership could be likely to impede its ability to be an effective competitor in that market, thereby having an adverse effect on competition in that market. The evidence may not be strong but I think it is sufficient to constitute reasonable grounds to believe that Symbol's alleged refusal to deal could be the subject of an order under subsection 75(1).

#### CONCLUSION

[30] For these reasons I would dismiss the appeal with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

permission de présenter une demande, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que Barcode avait une certaine présence dans le marché de l'Ouest canadien pour fournir et réparer les produits Symbol. Sa situation financière difficile, dont témoigne sa mise sous séquestre, pourrait vraisemblablement gêner sa capacité à se positionner comme un concurrent dynamique dans ce marché, ayant ainsi pour effet de nuire à la concurrence dans ce marché. La preuve n'est peut-être pas très forte, mais j'estime qu'elle est suffisante pour fonder des motifs raisonnables de croire que le refus de vendre allégué de Symbol pourrait faire l'objet d'une ordonnance en vertu du paragraphe 75(1).

#### CONCLUSION

[30] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

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



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fca/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Removal of Refugees*

Judicial review of enforcement officer's decision not to defer applicant's removal and Pre-Removal Risk Assessment (PRRA) officer's negative determination in relation to PRRA application—Applicant received negative PRRA in January 2004—In February 2004, enforcement officer issued removal order—Applicant's motion for stay of removal granted in relation to IMM-2114-04, pending determination of humanitarian and compassionate application (H&C application)—Applying three-part, conjunctive test set out in *Toth v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.), first motion for stay in relation to IMM-2112-04 dismissed as disclosing no serious issue to be tried—Elevated standard applies to stay motion arising from refusal to defer applicant's removal because stay, if granted, effectively grants relief sought in underlying judicial review application—Accordingly, necessary to go further than simply applying "serious issue" test and to closely examine merits of underlying application—Lawful reason for not executing removal order must be found in statute or in some other legal obligation sufficient in importance to relieve Minister from compliance with Immigration and Refugee Protection Act, s. 48—Nothing indicating officer's s. 48 discretion improperly exercised, therefore, motion for stay in relation to IMM-2112-04 dismissed—As to second motion, IMM-2114-04, serious issue appropriate standard of proof to be applied when analysing risk pursuant to Act, s. 97(1)(b)—Officer concluded not "more likely than not that he [applicant] faces a substantial risk to life, of torture, or of cruel and unusual treatment or punishment per section 97"—This reflects officer subsumed threshold of "substantial grounds" of torture, set out in s. 97(1)(a), into threshold of personalized risk as set out in s. 97(1)(b)—Decision of *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 243 F.T.R. 261 (F.C.), addressed standard of proof to apply to s. 97(1), but only peripherally touches upon explicit difference in statutory language between ss. 97(1)(a) and 97(1)(b)—Questions in relation to this issue

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

certified, appeal now pending—As for second and third branch of test, both irreparable harm and balance of convenience favouring applicant—Motion for stay of removal allowed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 48, 97.

KANAGASABAPATHY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2112-04, IMM-2114-04, 2004 FC 441, Mosley J., order dated 24/3/04, 6 pp.)

#### *Removal of Permanent Residents*

Judicial review of Immigration Division's decision to deport on ground inadmissible by reason of serious criminality—Applicant 56-year-old citizen of Guyana who has been permanent resident of Canada since 1968—History of criminal activity including eight criminal convictions—Last conviction for importation of cocaine led to removal from Canada—Rights of applicant at each of three stages of removal process depending on nature of inquiry or issues to be addressed—Removals due to inadmissibility governed by Immigration and Refugee Protection Act, ss. 44, 45—S. 44(1) involving two different acts by immigration officer: (1) formation of opinion as to admissibility, and (2) decision to make report—Decision to make report considered against backdrop of this Division of Act which has as its purpose removal of certain persons from Canada—Discretion not to report extremely limited and rare as otherwise would give to officials level of discretion not even enjoyed by responsible Minister—S. 44(1) report restricted to relevant facts—Since inadmissibility for serious criminality under s. 44(1) based on conviction and sentence itself, officer's opinion limited to securing knowledge that conviction and sentence rendered—Relevant facts for purposes of report to Minister or delegate fact of conviction and length of sentence—Therefore, officer had no jurisdiction to consider humanitarian and compassionate issues in issuing report—Similarly delegate, in determining whether report well-founded restricted to considering relevant facts of conviction and of sentence—Having regard to limited nature

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

of inquiry, reasons given more than adequate for applicant to know basis for decision—Lastly, if interview to be held and if there is right to such interview, it should be held after report transmitted to Minister but before decision to refer made—This case one of rare cases where breach of procedural fairness because interview held after report referred to Immigration Division for admissibility hearing, but where remedy should not be quashing of decision—Applicant unable to suggest what relevant facts could have been put to delegate which could have in any way altered decision to refer—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 44(1).

**CORREIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-3955-03, 2004 FC 782, Phelan J., order dated 31/5/04, 11 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

Judicial review of Immigration and Refugee Board's decision denying applicant's motion to re-open, re-instate refugee claim—Applicant Hindu Tamil from Sri Lanka, alleging persecution at hands of LTEE, Sri Lankan army—Bad advice from applicant's former legal counsel allegedly resulting in breach of natural justice—No unfairness on part of Board—Applicant testified at hearing before Board previous counsel did not persuade him to abandon refugee claim—Applicant also signed withdrawal notice indicating he understood nature, consequences of withdrawal and that he was withdrawing without influence—On basis of evidence, reasonably open to Board to find no element of natural justice violated that would lead to reinstatement of claim—Board clearly relied on applicant's testimony, applicant not denying own testimony—Applicant not coerced to withdraw refugee claim—Because of subsequent events, applicant now wishing he had not withdrawn claim—Board clearly considered applicant's allegations about former counsel's advice, but ultimately determined this did not amount to breach of natural justice—Counsel's incompetence may provide grounds for review on basis of breach of natural justice—But, there must be no fault on part of claimant—Only evidence applicant made decision to abandon refugee claim based upon advice from former counsel spousal sponsorship application automatic, did not need to pursue refugee claim—Applicant not negligent, reasonably relied upon advice from counsel—But no unique fault of counsel resulting in refugee claim not being heard—Tribunal Record indicates applicant did not take position before Board former counsel had given him misleading advice—Applicant accepted decision because expecting in-land spousal sponsorship claim to be successful—Fact it was not and as result, refugee claim not heard not meaning Board failed to respect rules of natural justice—Hence, Board's finding reasonable—As to whether Board, in breach of interests of justice, failed to allow application,

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

applicant admitting overall objective to become permanent resident of Canada—Applicant's desire to land in Canada not overcoming Board's concern system exists to protect refugees, not means of obtaining immigrant status in Canada—Outcome unfavourable to applicant not implying interests of justice not met—Applicant failed to establish Board ignored relevant evidence related to interests of justice, or erred by failing to give "due significance" to applicant's marriage to permanent resident—Board did not err in failing to allow application.

**SATHASIVAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-6187-02, 2004 FC 438, Russell J., order dated 24/3/04, 13 pp.)

**STATUS IN CANADA**

Judicial review of Immigration and Refugee Board's decision finding applicant not personally in danger in Albania, should have no difficulty upon return since son, wife staying in Canada—Applicant said Board made errors—Although arguments interesting from academic perspective, facts of case not supporting them—First alleged error Board failed to consider "compelling reasons" exception under Immigration and Refugee Protection Act, s. 108—Board did not find applicant suffered past persecution—For Board to embark on compelling reasons analysis, it must first find valid refugee (or protected person) claim, reasons for claim ceased to exist due to changed country conditions—Second argument Board failed to make finding on past persecution—Argument relates to first—While Board did not expressly state she did not experience past persecution, finding implicit in reasons—Applicant also arguing Board erred in relation to burden of proof as finding, on balance of probabilities, no serious possibility applicant would be targeted for persecution—Argument academic—Regardless of standard of proof, it could have made no difference to findings herein—Last, applicant submitting incumbent on Board to conduct separate analysis under Act, s. 97—Arguing unless Board decision turns on credibility (not case here), it must conduct separate s. 97 analysis—Authorities not demanding s. 97 analysis be performed in every case—Question must be reviewed on case-by-case basis—Thus, while separate s. 97 analysis desirable, failure to conduct such analysis not fatal in circumstances where no evidence requiring it—Board did conduct brief analysis relating to s. 97 risk when finding "no reason to believe" applicant would face any risk in returning to Albania—No objective evidence before Board that might have led to any other conclusion—Application dismissed—Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 97, 108.

**BROVINA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-2427-03, 2004 FC 635, Layden-Stevenson J., order dated 29/4/04, 9 pp.)

## EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of decision of Employment Insurance Commission requiring applicant's current employer to pay Receiver General of Canada 30% of applicant's net income to be debited from salary (garnishment)—Applicant's debt amounting to \$20,578.25 (amount claimed)—Whether proceedings for recovery of amount claimed, including garnishment, validly taken by Commission—Garnishment carried out under Employment Insurance Act, s. 126(4), (5)—Applicant asking Court to declare garnishment for excess over undisputed amount contrary to law, to order repayment of amount collected in excess of undisputed amount—Imposition of penalty of \$5,865, demand for repayment of overpayment made to applicant based on Commission's finding applicant knowingly made 17 false, misleading statements—Commission must have more than mere suspicion of false, misleading statement—On one hand, Commission could not impose penalty of \$5,865 on applicant, as two conditions provided in Unemployment Insurance Act (UIA), s. 33(1) (false, misleading nature of statement and *mens rea*) not fulfilled herein—On other hand, condition under UIA, s. 43(6) (false, misleading nature) not fulfilled either—Consequently, reconsideration of claim for benefit necessarily had to be conducted within usual period of 36 months under UIA, s. 43(1)—But period had expired when, in January 1997, Commission reconsidered claim for benefit for first period—File on claim therefore out of time, as Board of Referees clearly stated in subsequent decision—Commission had to comply with unanimous decision of Board of Referees no false statement concerning first period—Also, file in relation to claim covering first period out of time—Moreover, according to uncontradicted evidence, applicant has fully paid penalty, repaid overpayment claimed from him by Commission for second period—Accordingly, garnishment could not be maintained, applicant entitled to be repaid amount collected over and above undisputed amount—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 126 (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 271)—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 33 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 25), 43.

DESJARDINS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1074-02, 2004 FC 600, Martineau J., order dated 23/4/04, 14 pp.)

## HUMAN RIGHTS

Judicial review of decision of Canadian Human Rights Commission refusing to deal with applicant's human rights complaint, pursuant to Canadian Human Rights Act, s. 41(1)(e), as not brought within one year of alleged discriminatory events—Applicant's employment terminated by Greater Toronto Airports Authority on March 30, 2000 after 22 years—Performance suffered due to alcoholism in

## HUMAN RIGHTS—Concluded

latter years—Whether reasons of decision maker inadequate, violate principles of procedural fairness, do not meet standard required by Act, s. 42(1), or both—Impossible to know from Commission's reasons why it determined investigator's recommendations should not be followed, why limited discretion afforded to it by Act, s. 41(1)(e) would not be exercised—Applicant arguing Commission breached common law duty of fairness, obligation imposed by s. 42(1) to provide reasons for decision as reasons of Commission making no reference to factors, considerations leading to conclusion—Decision letter failing to meet standard established for s. 42(1), also insufficient as reasons for decision under review pursuant to principles of procedural fairness—On both grounds, Commission erred in providing inadequate reasons for decision—Reasons not meeting minimal threshold of adequacy as established by common law principles of procedural fairness, minimal threshold established by Act, s. 42(1)—Such error warranting intervention of Court—Application allowed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 41(1)(e), 42(1).

KIDD V. GREATER TORONTO AIRPORTS AUTHORITY  
(T-1675-03, 2004 FC 703, Mosley J., order dated 14/5/04, 14 pp.)

## INCOME TAX

### INCOME CALCULATION

#### *Capital Cost Allowance*

Appeal from Tax Court's determination of fair market value (FMV) of certain software acquired by Commcorp Financial Services Inc. (Commcorp), predecessor to appellant, in sale-leaseback arrangement (2003 DTC 1138)—Tax Court determination of FMV of software approximately \$20 million lower than amount claimed by appellant—Normally, for purposes of determining capital cost allowance (CCA), "cost" of property is amount paid to acquire it—But since Commcorp acquired property in non-arm's-length transaction, Income Tax Act, s. 69(1)(a) applies to limit capital cost of software to FMV—Tax Court rejecting both expert reports submitted by appellant in support of \$33 million FMV—Tax Court used replacement cost method to value software—Appellant submitting cash or earnings method more appropriate—Tax Court did not err in determining present value of income generated by lease not reflecting FMV of software herein—Tax Court clearly aware software subject to lease at time Commcorp acquired it, and that lease legally effective transaction and not sham—Nevertheless, Tax Court correctly determined Income Tax Act required determination of FMV of software and not lease—While in some circumstances lease income may be useful proxy for determining value of underlying asset subject to lease, Tax Court entitled to conclude not appropriate herein—Determination of FMV

**INCOME TAX—Continued**

question of fact—Tax Court entitled to arrive at own opinion as to value—Lease income not reflecting FMV of software because parties had predetermined amount of lease payments based on first expert report regarding FMV, which Tax Court found approximately \$20 million too high—Since value of lease completely dependent upon flawed value in that report, to extent report over-valued software, value of lease income also not providing accurate picture of software's value—Accordingly, Tax Court appropriately rejected cash flow method used in second expert report—Tax Court considered reports of experts, accepted parts thereof, rejected others—Reasoning in arriving at FMV based on replacement cost method sound—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 69(1)(a).

CIT FINANCIAL LTD. v. CANADA (A-455-03, 2004 FCA 201, Sexton J.A., judgment dated 20/5/04, 8 pp.)

**NON-RESIDENTS**

Appeal from Tax Court Judge's decision not "sufficient permanency" in appellant's connections to United States to sever residential ties to Canada thus rendering Art. IV, para. 2 of Canada-United States Tax Convention Act, 1984, dealing with dual residency, not applicable—Appellant claimed to be resident of United States for taxation years 1993, 1994 and 1995 when held "green card" entitling her to permanently live and work in United States and therefore not subject to taxation in Canada—Lived in Windsor while selling hospital supplies throughout United States—Filed tax returns on worldwide income in United States—Tax Treaty to be given liberal interpretation with view to implementing true intention of parties—Literal or legalistic interpretations defeating basic objectives to be avoided—Treaty intended to benefit Canadians working in United States or *vice versa*, by protecting them from double taxation—Ancillary goal mitigation of administrative problems in having to file simultaneously tax returns in two uncoordinated tax systems—Tax Court Judge failed to consider appellant might be dual resident—Such concept involves possibility of residency being established in United States without having severed ties to Canada—Having found appellant resident in Canada, pursuant to *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209, Judge should have examined whether appellant also resident in United States for purposes of Treaty—Judge erroneously ignored fact appellant required to pay tax in United States regardless of physical residence—Green card status "criterion of a nature" similar to United States residence so as to bring appellant within definition of "Resident of a Contracting State" under Art. IV, para. 1—In turn, Judge's factual findings establishing Canadian residency under *Thomson* analysis giving rise to dual residency and need for liberal analysis under Art. IV(2)—Failure to conduct

**INCOME TAX—Continued**

analysis provided by Treaty clearly legal error—Appeal allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1—Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Sch. 1, Art. IV "Resident of a contracting State".

ALLCHIN v. CANADA (A-444-03, 2004 FCA 206, Malone J.A., judgment dated 27/5/04, 8 pp.)

**REASSESSMENT**

Appeal from Tax Court of Canada's decision ([2003] 2 C.T.C. 2323) with respect to determination of point of law: whether M.N.R. entitled to make reassessment of tax for appellant's 1987 taxation year pursuant to Income Tax Act, s. 152(4)(b)(i) after October 5, 1991, end of appellant's normal reassessment period for 1987 taxation year—In 1988 tax return, taxpayer requesting loss carry-back—Minister conducted second reassessment of 1987 return in 1990—Normal reassessment period ended October 5, 1991—Appellant not filing any further forms—Minister filing third assessment for tax liability for 1987 taxation year on April 1, 1993—Taxpayer objected on ground made after expiry of normal reassessment period—Minister confirmed reassessment—Appellant appealed—Question as to whether Income Tax Act as stood in 1993, time at which disputed reassessment made, or as stood following amendments introduced in 1988, which were made effective after April 27, 1989, applied—Parties agreed same effect, whichever disposition applied—Notwithstanding agreement, Court examining both provisions to determine whether saying same thing—Dealing with two concepts, Minister's power to assess and reassess taxpayer's income, and time limits within which Minister may exercise power—Former s. 152(1) conferring upon Minister power to assess income following receipt of taxpayer's return, and s. 152(6) conferring upon Minister power to reassess taxpayer's income in certain circumstances, one of which request by taxpayer for reassessment to claim loss carry-back to prior taxation year—Time limits imposed within which power to assess, reassess must be exercised, and limits as to subject-matter of reassessment—Both kinds of limits found in s. 152(4) as existing at time reassessment in question made—While s. 152(1) conferring upon Minister power to assess taxpayer's income, and to do so with due dispatch, it does not prescribe time within which Minister must exercise power—Similarly, while s. 152(6) conferring upon Minister obligation to reassess taxpayer's income to take into account claim of loss carry-back, it does not impose period within which such reassessment must occur—To determine those limitations periods, must turn to s. 152(4), which speaks of absence of limitation period with respect to Minister's power to assess taxpayer's liability for tax in first instance—S. 152(4) also speaking of Minister's power to reassess—Power to reassess within extended assessment



## INCOME TAX—Continued

period in s. 152(4)(b) limited to loss carry-back itself—S. 152(4)(b)(i) not limited to single reassessment because referring to reassessment “required” by s. 152(6)—S. 152(4)(b)(i) simply identifying circumstances in which extended reassessment period in s. 152(4)(b) applies; not defining what can occur within extended reassessment period—Definition of what may occur set out in s. 152(4)(c): “reassess or make additional assessments, or assess tax, interest or penalties under this Part as the circumstances may require”—Power to reassess more than once in relation to each of reassessment periods defined in s. 152(4)(a), (b) and (c) found in words “as the circumstances may require”—Intention of legislator may be found in French version of text—English version simply speaks of “may . . . reassess” which gives no indication of number, while French version refers to “*établir des nouvelles cotisations*”, which is undoubtedly plural—Consequently, even if “as the circumstances may require” applies to choice between enumerated categories, category of reassessment defined as more than one reassessment—French text strengthening argument old version of legislation permitting multiple reassessments within extended reassessment period with respect to request for reassessment made pursuant to s. 152(6)—Current s. 152(4) permitting Minister to assess, reassess at any time—Applies to initial assessment and to any reassessment—But goes on to provide assessment, reassessment or additional assessment can only be made outside normal reassessment period in certain circumstances—Since normal reassessment period begins to run from date of mailing of initial assessment, limitation not applying to initial assessment, but only to subsequent reassessments and additional assessments—This establishes general rule Minister may assess, reassess at any time, and the limitation, assessment or reassessment, must occur within normal reassessment period except in certain circumstances, set out in s. 152(4)(a) and (b)—S. 152(4)(b)(i) dealing with reassessments to give effect to loss carry-back in which case power to reassess must be exercised within three years of end of normal assessment period—In so far as time limits concerned, present and former versions of s. 152(4) to same effect—Although present version not containing subject-matter limitations on power to reassess within extended period, same result achieved by providing subject-matter limitations in s. 152(4.01)—S. 152(4)(4.01) restricting right of reassessment within extended reassessment period to subject-matter giving rise to right to reassess outside normal reassessment period—Therefore to same effect as final paragraphs of former s. 152(4)—As to power to reassess more than once, in current s. 152(4), Minister given power to assess and reassess “at any time”—Based on plain meaning of words “at any time”, power to assess and reassess more than once applies to reassessments within normal reassessment period as

## INCOME TAX—Continued

well as to those outside that period—Words equivalent to “at any time” conspicuously absent from French text thus suggesting only single exercise of power to reassess authorized—Necessary to reconcile French, English versions to give effect to meaning compatible with spirit and intent of statute to ensure attainment of its objects—Parliament’s intent ascertained by looking at former version of Act—Former version, by use of “as the circumstances require” and “*selon les circonstances*”, supporting proposition Parliament intended Minister have power to reassess more than once also—Difference between former and present versions of text also supporting this proposition—Given legislative direction new provision applies as of April 27, 1989, differing versions of text meaning taxpayers will be treated differently with respect to same taxation year, depending upon time at which Minister choosing to reassess—This is clearly inequitable and to be avoided if possible—Such possibility leading to conclusion words “*à un moment donné*” implied in opening phrase of French version of s. 152(4)—Such implication justified from inner logic of text itself, but validity of such approach confirmed by mischief which would follow any other interpretation—Thus present and former versions of s. 152(4) to same effect—As result, date of application of current section of administrative significance only—Minister had power to reassess respondent more than once beyond normal assessment period, providing reassessments took place within extended reassessment period—Power to reassess to give effect to loss carry-back found in s. 152(6) while power to reassess more than once found in words “as the circumstances may require” or “at any time”, depending upon which version of legislation under consideration—Appeal allowed—*Per* Létourneau J.A. (concurring): Power to reassess more than once after taxpayer’s normal reassessment period not originating, in former s. 152(4), from words “as the circumstances require”—These words referring more to nature of power conferred and subject-matter of that power than to frequency of its use—Power to reassess more than once found in words “at any time”, “*à un moment donné*” as well as in consistent use of plural in French and partial use of plural in English—Legislative provisions under scrutiny “are a mess” and not lending themselves to literal interpretation—They are in such state of disarray that literal interpretation leading to incongruous results regardless of position adopted—However, one incongruity resulting from respondent’s contention leading to belief Parliament not intending to limit reassessment to single instance after normal assessment period—If, after initial acceptance of loss carry-back, upon reassessment, Minister concluding reported loss not legally admissible for deduction, would be prohibited from correcting tax assessment so as to disallow loss—Taxpayer would thus deduct legally inadmissible loss—Parliament not intending such absurd result—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63,

**INCOME TAX—Concluded**

s. 152(1) (as am. by S.C. 1978-79, c. 5, s. 5; 1988, c. 55, s. 136), (4) (as am. by S.C. 1990, c. 39, s. 38), (6) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 84, c. 45, s. 59; 1986, c. 55, s. 59; 1988, c. 55, s. 136; 1990, c. 35, s. 17; c. 39, s. 38)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152(4) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 149).

CANADA v. AGAZARIAN (A-36-03, 2004 FCA 32, Pelletier, Létourneau J.J.A., judgment dated 23/4/04, 28 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of Health (Minister) from issuing Notice of Compliance (NOC) to Apotex Inc. (Apotex) in respect of Apo-Omeprazole tablets for oral administration in 10 mg, 20 mg and 40 mg strength until after expiration of Canadian Patent No. 2166794 ('794 Patent) and for declaration Apotex's letter dated December 12, 2001 not notice of allegation (NOA) as contemplated in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (Regulations)—'794 patent claiming magnesium omeprazole having degree of crystallinity of not less than 70%, and tablet formulation containing magnesium omeprazole having degree of crystallinity higher than 70%—Apotex alleging non-infringement in detailed statements as patent claims relating only to magnesium omeprazole having degree of crystallinity higher than 70% and as their tablets will contain only amorphous magnesium omeprazole—AstraZeneca says this statement insufficient to justify conclusion of non-infringement as not addressing crystallinity of magnesium omeprazole used to make tablets—When read together, two paragraphs of detailed statement clear enough that there will be no infringement of process, composition or use claims because only amorphous magnesium omeprazole will be involved—As held in *SmithKline Beecham Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338 (F.C.A.), sufficiency and ambiguity cannot be assessed by merely considering wording of statement itself without reference to context—Whether NOA truly ambiguous in absence of specific statement in NOA that tablets will not be made using crystalline magnesium omeprazole with crystallinity greater than 70%, depends upon total context in which detailed statement made, including teachings in '794 patent and what AstraZeneca actually knows, or legally obliged to ascertain, about whether amorphous magnesium omeprazole tablets can be made from greater than 70% crystalline material—Only evidence from AstraZeneca addressing point at issue contained in affidavit of expert in x-ray powder diffraction analysis—No teaching in '794 patent that material with degree of crystallinity higher than 70% could be used to make amorphous tablet and

**PATENTS—Continued**

AstraZeneca made no attempt to substantiate expert's brief suggestion crystallinity of magnesium omeprazole used during processing steps could have degree of crystallinity higher than 70%—Also no record of AstraZeneca attempting to obtain relevant information on crystallinity of Apotex's raw material or to compel its production—In absence of explanation for such claim, it remains in realm of speculation and "raises no more than a possibility of infringement by Apotex" (*SmithKline Beecham*)—AstraZeneca's approach to issue suggesting principal concern to float vague theoretical doubt that could be used to attack sufficiency of NOA, rather than voice real concern, with factual base, that '794 patent could be infringed by Apotex in this case—Expert could quite easily have explained matters further, but chose not to do so—Nothing suggesting AstraZeneca had any real concerns about grounds on which Apotex claimed '794 patent would not be infringed—No convincing evidence AstraZeneca perceived true deficiency in detailed statement preventing it from deciding whether or not to resist issuance of NOC—NOA sufficient to justify conclusion of non-infringement of '794 patent—Whether allegation in NOA tablets will contain amorphous magnesium omeprazole deficient—AstraZeneca alleging Apotex's tablets can be analysed to determine crystallinity of magnesium omeprazole —If testing of AstraZeneca's position that samples will be determinative of issue of non-infringement, failure of generic to provide such samples as part of NOA means NOA deficient—This is tantamount to allegation of fraud—Notion Apotex would obtain NOC by reference to specified process and circumvent Regulations by thereafter going to market with product produced by another process not substantiated—This type of allegation must be proven and cannot rest on mere insinuation —No foundation for suggestion advanced by counsel for AstraZeneca in this regard—Detailed statement sufficiently complete for AstraZeneca to respond to NOA—NOA not deficient and no acceptable evidence that assertions in allegation incorrect—Facts in allegation presumed to be true and AstraZeneca produced no convincing evidence to contrary or to show either NOA, or statement of fact supporting it, fraudulent—No abuse of process—AstraZeneca submitting NOA abuse of process as not separate, distinct from Apotex's prior allegation in which asserted no infringement as Apotex would use material whose crystallinity would be less than 70%—Use of crystalline material clearly contemplated—In NOA, Apotex moving away from crystalline material entirely and basing claim of non-infringement on use of amorphous material—This allegation not "encompassed" by earlier allegation because earlier allegation contemplated crystalline material and did not contemplate amorphous material—Further, review of "factual underpinning" for Apotex's withdrawal of earlier allegation reveals real and convincing difficulties in complying with health and safety requirements

## PATENTS—Continued

—Consequently, no “factual underpinning” for finding of abuse of process—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

ASTRAZENECA AB v. APOTEX INC. (T-148-02, 2004 FC 44, Russell J., order dated 14/1/04, 47 pp.)

Application for order of prohibition pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, (Regulations) s. 6(1) preventing Minister of Health (Minister) from issuing Notice of Compliance (NOC) under Food and Drug Regulations, s. C.08.004(4) to respondent, Genpharm Inc. (Genpharm), for its product “Gen-Eti-Cal Carepac”—Applicants make and sell only approved etidronate disodium drug product for treatment of osteoporosis in Canada, Didrocal@kit—Kit used in intermittent cyclical therapy (ICT)—Kit and ICT protected by patent—Genpharm serving Notice of Allegation (NOA) that its product will not infringe patent and that patent invalid due to obviousness—Essential elements of invention identified—Date at which to test obviousness presumed to be priority filing date of June 6, 1985—Test for obviousness: whether skilled technician would be led, based on state of the art, to claimed invention without conducting further experiments, serious thought or research—“Mere scintilla of invention” sufficient to support validity of patent—Rebuttable statutory presumption of validity of patent—Also rebuttable presumption facts alleged by Genpharm true—Onus on patent owner to prove, on balance of probabilities, allegations of invalidity, obviousness not justified—Relevant art canvassed—Court accepted limited effective dose (LED) of etidronate claimed in patent would not have been “crystal clear” or “plain as day” to skilled technician at critical date—Etidronate dosage range claimed by applicants in patent not obvious to skilled technician at critical date—Literature reviewed—Intermittent administration of etidronate not obvious at critical date—ICT in patent not including use of activator—Based on evidence, Court finding not obvious to skilled technician that bone cell activator not essential component for osteoporosis treatment—Kit claimed in patent described as means “for having the components arranged in a way as to facilitate compliance with the regimen”—At critical date, skilled technician could easily make kit facilitating compliance with applicants’ ICT—Such kit obvious given contraceptive kits would form part of common general knowledge at that time—But heart of invention not each of these elements in isolation, but rather their combined use—Test for obviousness not to be applied to each element discretely, but to combination of elements as whole—Thus, even if all elements of patent known previously, must ask whether their combination, embodying idea in practical form, constitutes inventiveness—Cases wherein patents found invalid distinguished—At issue here is whether very specific method of using etidronate, at LED,

## PATENTS—Continued

intermittently and cyclically, for treatment of osteoporosis, obvious at critical date—Prior art not rendering invention obvious—Unimaginative skilled technician at critical date would not have come directly and without difficulty to solution in patent—Allegation of invalidity not justified—As to allegation of non-infringement of “kit” claims, for Regulations to apply, first person must have claim for medicine or use of medicine contained on patent register—Genpharm submitting claims 1 to 16 of patent should not be subject of proceedings under Regulations, as not containing claim for medicine itself, or claim for use of medicine, and are analogous to system for administering therapeutic regimen—Applicants submitting Court should not consider this issue as not “put into play” in NOA, but raised in memorandum of fact and law—Court disagreeing—NOA contained clear statement providing clear notice to applicants this issue in play—Substance of allegation that “kit” claims on which applicants relying not claiming medicine itself or use thereof and, therefore, sale of Genpharm’s product will not infringe any such claim—Applicants submit claim to kit not claim to physical thing used to administer drug in question—Arguing kit essential and integral part of ICT and, as such, “kit” claims are claims to medicine itself—Test for determining whether substance “medicine” under Regulations described in *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2003), 28 C.P.R. (4th) 1 (F.C.A.): is kit administered to patient or is it system for administering substance to patient?—Applicants’ kit not administered to patients, but system for facilitating compliance with ICT regimen—Device used to administer medicine not “medicine” within meaning of Regulations—Kit facilitating compliance little different than patch ensuring medicine delivered to patient in proper doses—“Kit” claims relate to system for administering ICT therapy and should not be subject of proceedings under Regulations—Consequently, no need to allege non-infringement with respect to “kit” claims—Order of prohibition should issue as patent valid—Allegation of non-infringement of kit claims considered in case conclusion on patent validity or application of Regulations to “kit” claims wrong—Genpharm’s kit facilitates compliance with ICT regimen—Therefore, allegation “kit” claims in patent will not be infringed not justified—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5)—Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004(4) (as am. by SOR/95-411, s. 6).

PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-155-02, 2004 FC 204, Snider J., order dated 12/2/04, 54 pp.)

Applicants seeking order pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, prohibiting Minister of Health from issuing to RhoxalPharma (Rhoxal) Notice of

**PATENTS—Continued**

Compliance (NOC) under Food and Drugs Act in connection with 25 mg and 50 mg capsules of drug cyclosporine for oral administration (RhoXal capsule) until expiry of Canadian patent 1308656 ('656 patent)—Novartis AG owner of '656 patent and Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. (Novartis) holds NOCs to market cyclosporine drug products—As preliminary point, RhoXal saying Novartis's application should be dismissed on ground of *res judicata* and issue estoppel—In previous NOC proceeding, Tremblay-Lamer J. holding Novartis failed to show RhoXal's 100 mg cyclosporine capsules for oral administration would infringe '656 patent—Before appeal of that decision heard, Minister issuing NOC to RhoXal for 100 mg capsules—Appeal dismissed as moot—RhoXal submitting Novartis attempting to relitigate issue already decided by Tremblay-Lamer J.—Also pointing to US litigation and judgment of US District Court of Delaware in cyclosporine proceedings between Novartis and EON—US decision not applicable because US patent differently written and clear from preliminary decision trial judge limited scope of US claim to hydrosols formed in different manner—*Res judicata* encompassing two forms of estoppel: cause of action estoppel and issue estoppel—Clear from *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, meeting preconditions for application of cause of action, issue estoppel not sufficient—Court must still determine whether, as matter of discretion, estoppel ought to be applied—In *Danyluk*, Binnie J. stated estoppel equitable doctrine closely related to abuse of process; doctrine designed as implement of justice and protection against injustice and calls upon exercise of judicial discretion to achieve fairness according to all circumstances in each case—Considering representations made by RhoXal on appeal of Tremblay-Lamer's judgment when mootness argued as grounds to dismiss appeal, application of either form of estoppel herein would be clearly unjust to Novartis—RhoXal's capsule, after ingestion, forms hydrosol after contact with water and gastric juices in human stomach—Hydrosol formed of small solid particles of cyclosporine stabilized and suspended in aqueous medium found in human stomach—Evidence for this finding overwhelming—RhoXal's Notice of Allegation (NOA) would be justified if RhoXal's capsule, which creates hydrosol meeting specifications for hydrosol in '656 patent, would not infringe that patent—Principles of patent construction reviewed—Construing claim 2(a) of '656 patent in purposive way by considering whole of disclosure and claims and being instructed as to meaning of terms by experts skilled in art of formulation of pharmaceutical preparations reveals hydrosol form *in situ* within claim as pharmaceutical preparation consisting of hydrosol—Properly interpreted "pharmaceutical preparation" not limited to hydrosol prepared before ingestion and claim 2(a) not limited to parenteral applications—Fact that conclusion different from conclusion reached by Tremblay-Lamer J. justified by substantially different evidence

**PATENTS—Continued**

—Novartis demonstrated RhoXal's NOA unjustified—As to application of doctrine of equivalents, RhoXal argued doctrine has no application to NOC proceedings which are summary in nature, for limited administrative purposes, and not akin to action of infringement—Decision of Binnie J. in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, settles this point—Binnie J. integrated doctrine of equivalents into mainstream of inquiry into infringement as apparent from decision, as well as discussion on essential and non-essential elements of invention, factors of their allocation and, in particular, third allocation factor whether obvious at time patent disclosed substituting different variant would make difference in way invention works bringing into play three questions posed by Lord Hoffmann in *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.)—Based on affidavit of Novartis expert, Dr. McGinity who answered those three questions, found equivalency and not cross-examined, hydrosol of cyclosporine particles within specified nanometre range formed *in situ* equivalent to hydrosol of cyclosporine particles with same specifications formed outside body—Application allowed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27.

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. V. RHOXALPHARMA INC. (T-462-02, 2004 FC 474, Lemieux J., order dated 29/3/04, 75 pp.)

**PRACTICE**

Judicial review of Commissioner of Patents' refusal to revive Canadian patent No. 1283520 (patent) which lapsed for failure to pay required maintenance fees—Lapse due to mistaken belief at law firm representing inventor, original owner of patent subsequent to transfer of ownership, that fee already paid—Applicant arguing Commissioner erred in limiting "clerical error" in Patent Act (Act), s. 8 to errors in instrument of record held in Patent Office—Patent granted on April, 30, 1991 as result of application filed on June 3, 1987—Therefore, pursuant to Act, s. 78.2(2), s. 8, as it read immediately prior to October 1, 1989, applied—S. 8 speaks of "clerical errors in any instrument of record in the Patent Office"—Applicant seeking to have lapsing of patent notation remedied—Such notation not in error, but made in accordance with Act and Regulations—Whether applicant's inadvertent failure to submit prescribed maintenance fee within prescribed time frame due to clerical error or otherwise immaterial to application of s. 8—Actual error which occurred (law firm's mistaken charge to original patent owner's account, rather than to applicant's account) not "a clerical error in any instrument of record" in Patent Office—Applicant also arguing Commissioner erred by failing to acknowledge inherent jurisdiction to correct error which is result of "genuine" mistake by patentee or agent—Argument cannot

**PATENTS—Continued**

succeed because Act, s. 46(2) indicates patent “shall” be deemed to have expired if fees payable pursuant to s. 46(1) not paid within time provided in regulations—Such mandatory requirement not indicating discretion on part of Commissioner to modify or grant relief from such provision—Also, Court holding in *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (F.C.A.) *inter alia*, Commissioner not having authority to extend deadline for payment of fees or offer relief against consequences of underpaying maintenance fee—Similarly, Commissioner having no express or implied authority to modify or waive requirements with regards to mandatory payment of fees—Finally, concept of inherent jurisdiction of Commissioner to correct “genuine” mistakes made by patentees or their agents fraught with difficulty—What would be parameters of “genuine” mistake, versus “non-genuine” one?—Legislative scheme for payment of maintenance fees not containing relief provisions, beyond one-year reinstatement period, and not vesting Commissioner or Court with any discretion to correct mistakes, even ones by well-intentioned patentees, from strict rules related to payment of prescribed fees when such payment neglected past reinstatement time period—While unfortunate simple mistake resulted in loss of applicant’s interest, no basis for Court to provide remedy in these circumstances—Application dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 8 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 27), 46 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16; 1993, c. 15, s. 43), 78.2(2) (as enacted *idem*, s. 55; 2001, c. 10, s. 3).

P. E. FUSION LLC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1683-03, 2004 FC 645, Mosley J., order dated 29/4/04, 11 pp.)

Judicial review of Prothonotary’s dismissal of respondent’s motion to strike whole of evidence filed by Schering Corporation (Schering) on basis it constituted abuse of process because Schering, as patentee, had no right to file separate evidence to support Aventis Pharma Inc.’s (Aventis) application—Although not convinced issue before Prothonotary vital to final determination of case, Court decided to exercise discretion *de novo*—Aventis filed application to prevent issuance of Notice of Compliance to Apotex—Validity of Canadian patent No. 1341206 (‘206 patent) at issue—Aventis, licensee of ‘206 patent, required to make Schering, patentee, party to application—Schering’s evidence deals mostly with soundness of predictability of patent claims 1, 2, 3 and 6 while Aventis’ evidence only deals with soundness of predictability of claims 12 and 3—Apotex submits that allowing filing of Schering’s evidence gives Aventis two distinct opportunities to file evidence and that Schering’s filing of evidence “blindsided” Apotex with new evidence and arguments—Under Federal Court Rules, 1998, no provision permitting Court to limit rights of person who is

**PATENTS—Concluded**

proper and necessary party to proceeding—Parliament saw fit to require owner of patent in issue in proceedings instituted under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations be made party to those proceedings—Reason for requirement to insure patentee will also be bound by outcome of prohibition proceedings—Patentee having right to representation by counsel of its choice—On that basis, Schering’s right to file evidence supporting its view ‘206 patent valid, confirmed—Schering did not duplicate evidence of Aventis—Schering cannot be blamed or punished for having ensured it did not duplicate evidence of Aventis—Apotex says when it consented to order fixing schedule for order filing evidence, could not have anticipated Schering would file any substantive evidence—Apotex’s failure to raise this matter when schedule fixed cause of problem—Insufficient evidence to conclude abuse of process by Schering—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

AVENTIS PHARMA INC. V. APOTEX INC. (T-1742-03, 2004 FC 570, Gauthier J., order dated 15/4/04, 8 pp.)

**PRACTICE****AFFIDAVITS**

Defendant Brian McIntosh (McIntosh) appealing Prothonotary’s order compelling him to deliver further and better affidavit of documents—McIntosh’s filed affidavit of documents stating did not have any documents to list under Schedule 1, 3 or 4, claiming privilege over documents in Schedule 2, and stating no more documents to file—Transcript of cross-examination revealing existence of notes of conversations made by McIntosh, his secretary—Plaintiff arguing notes should have been included under Schedule 1 or 2 of McIntosh’s affidavit of documents and their absence proof of affidavit’s insufficiency—Prior orders and motion records, but not affidavits from prior motions, can be made part of application record (*Merck Frosst Canada Inc. et. al. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 88 F.T.R. 31 (T.D.))—If affidavit cannot be part of record, neither can cross-examination on that affidavit—Same principle applying to motion record—Prothonotary could not properly make reference to cross-examination transcript from earlier motion—Logical as parties should have notice of issues to be addressed on motion and what materials will be used by Prothonotary—Plaintiff cannot make reference to cross-examination transcript on this appeal—Motion allowed.

SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA V. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, 2004 FC 824, O’Keefe J., order dated 9/6/04, 9 pp.)

**PRACTICE—Continued****CASE MANAGEMENT**

Plaintiff moving for order pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 55 to dispense with application of rr. 299.1 to 299.42 and to permit action to proceed as before as representative action—Proper case to dispense with application of rr. 299.1 to 299.42 given amount of time, money, effort already invested in action, stage action has reached, and absence of discernible benefit to anyone from insistence on strict application of Rules at this time—Former r. 114 simply permissive, allowing representative action to be brought—That was properly done while former Rule still in force and action validly brought continues in existence—Current Rules containing no other rules specifically dealing with conduct of representative actions and procedure to follow has always been same as for any other action—Application of rr. 299.1 to 299.42 dispensed with—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 55, 114 (as repealed by SOR/2002-417, s. 12), 299.1 to 299.42 (as enacted *idem*, s. 17).

DENE TSAA FIRST NATION V. CANADA (T-705-97, 2004 FC 550, Hugessen J., order dated 8/4/04, 5 pp.)

**COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS**

Appeal from dismissal of motion to strike statement of claim seeking declaration Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f) unconstitutional—Prothonotary rejected Crown's arguments plaintiffs' claim for declaratory relief can be obtained only upon application for judicial review pursuant to Federal Courts Act (Act), s. 18.1—Concluded plaintiff's claim for declaratory relief not relating to "any matter, determination or order made, a measure taken or a question raised" under IRPA—Prior decision denying application for landing set aside and no further decision made—Prothonotary correctly identified and rejected defendant's attempt to characterize plaintiffs' statement of claim as application for declaratory relief in matter of order for *mandamus* that would attract operation of Act, s. 18(3)—Prothonotary correctly identified grounds of plaintiff's claim as being first, claim in negligence advanced in relation to delay by defendant's servants and agents in finalizing application for landing and second, claim for breaches of Charter rights, both with respect to issue of delay and to breaches of Charter, s. 7 rights—Prothonotary recognized right of plaintiffs to frame their cause of action—In dismissing motion, Prothonotary referred to *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, where Supreme Court of Canada acknowledged that although remedy in damages will rarely be available in conjunction with claim for constitutional invalidity, possibility for such remedy, in exceptional circumstances, did exist—Appeal dismissed—Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4),

**PRACTICE—Continued**

18.1 (as enacted *idem*, s. 5; 2002, c. 8, s. 27)—Immigration Refugee and Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f).

KHALIL V. CANADA (T-2066-03, 2004 FC 732, Heneghan J., order dated 19/5/04, 13 pp.)

Appeal from Motions Judge's decision striking judicial review application on basis appellants had not filed affidavits in timely fashion according to Federal Court Rules, 1998, r. 306 and had joined two distinct orders in one application contrary to r. 302—Judicial review application in respect of respondents' decision to investigate appellants, issue conservatory measures—Application requested certain documents from respondents—When respondents refused to provide documents applicants filed motion for direction under r. 318 and for extension of time to file evidence—R. 318 motion adjourned *sine die*—Motions Judge rejected argument that since r. 318 motion pending, applicants relieved of obligation to file supporting affidavits—Motion to strike allowed on ground decision to investigate distinct from decision to issue conservatory measures and should not have been joined in one application—Although no specific ruling on r. 306 motion, implicitly rejected by granting motion to strike—Obligation on appellants under r. 306 independent from that imposed on respondents by r. 318—Obligation under r. 306 not conditional on fulfilment of obligation under r. 318—If necessary for applicant to obtain documents from board prior to filing of affidavits, motion requesting extension of time must detail reasons why such fulfilment necessary—Appellants' motion devoid of reasons indicating link between requested documents and evidence supporting notice of application so as to justify delay in filing necessary affidavits—However, since appellants given two documents at hearing of motion, Motions Judge should have extended time for filing affidavits so as to allow appellants to examine documents—As to alleged violation under r. 302, conservatory measures not necessarily pronounced in course of every investigation, but pronounced for protection of estate which presupposes assets in state of danger—Under r. 302, application for judicial review limited to single order in respect of which relief sought—Two applications should therefore have been filed—Remedy in case of violation of r. 302 not granting of motion to quash but extension of time to file two judicial review applications in replacement of one filed earlier—As to use by respondents of r. 221, r. 221 in Part 4 of Rules—According to r. 169, Part 4 applies to all proceedings not applications or appeals—R. 221 should therefore not have been used in circumstances of this case—Even though in exceptional circumstances there is jurisdiction to dismiss notice of application in summary manner if so clearly improper as to be bereft of any possibility of success, such not case herein—Motion under r. 58 more appropriate—R. 56 providing non-compliance with any rule not rendering proceeding void—

**PRACTICE—Continued**

Appeal allowed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 56, 58, 169, 221, 302, 306, 318.

**PFEIFFER V. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANKRUPTCY)** (A-695-02, 2004 FCA 192, Desjardins J.A., judgment dated 21/5/04, 15 pp.)

**CONFIDENTIALITY ORDERS**

R. 151 permitting Court to treat some material as confidential, to restrict access thereto, notwithstanding public interest in open, accessible court proceedings—In accordance with r. 151, Prothonotary issued order protecting confidentiality of certain documents, information applicants expect to produce—Respondent appealed order, submitting no need for it—R. 51 provides order of prothonotary may be appealed on motion to judge—Order not dealing with issues vital to final determination of case—Basic facts not appearing to have been misapprehended—Protective order arising in context of patent dispute—Prothonotary did not exercise discretion upon wrong principles in granting protective order—Court concerned with “counsel’s eyes only” aspect of order, with requirement Apotex identify experts, obtain either Merck’s approval, or, Court order, before disclosing confidential documents, information to them—“Counsel’s eyes only” confidentiality orders not unknown but highly unusual—Such order should only be granted in unusual circumstances—“Bald” statement such order necessary insufficient—Evidence supporting application for order furnished by Director, Marketing Planning of Merck Frosst Canada & Co.—According to him, market for treatment, prevention of osteoporosis competitive and if Merck’s competitors given access to confidential information it could give them advantage in market place—Informed by solicitors material normally filed in Court becomes part of public record, advised by Merck’s US attorney protective order in similar form issued in US with respect to same types of documents—“Bald” statements may support need for protective order, but not justifying interference with normal solicitor-client relationship, right of party in litigation to consult with outside experts—In these respects, Prothonotary misdirected herself on law—No basis to support Merck’s fear employers of Apotex, or outside expert hired by it, would make confidential information available to public, especially to Merck’s competitors—Under current Rules, no need to identify experts consulted but not called as witnesses—Therefore, no need to give explanation—In normal course Merck would not know whom Apotex had consulted, would have no right to know—It advanced no reason supporting proposition expert on notice of protective order, who gave appropriate undertaking, would nevertheless pass on information to public, or to Merck’s competitors—Appeal

**PRACTICE—Continued**

allowed in part, protective order modified—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 51, 151.

**MERCK & CO. V. APOTEX INC.** (T-884-03, 2004 FC 567, Harrington J., order dated 14/4/04, 8 pp.)

**COSTS**

Appeal by Crown from decision of Tax Court of Canada in which Judge declined to award Crown costs against respondent in appeal by ex-wife against reassessment of income tax liability for years 1998, 1999, 2000—As successful party in appeal, ex-wife awarded costs against Crown, which Judge fixed at \$2,700—However, Judge refused in his discretion to order respondent to pay costs to Crown, because he “did not initiate any proceeding in this Court”—In so holding, Judge erred in law in exercise of discretion over costs conferred by Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 147—Judge erred by regarding as relevant fact proceeding not initiated by respondent—While true respondent brought into appeal initiated by ex-wife, she had only been reassessed because respondent denied having signed election form—But for these denials, there would have been no appeal by ex-wife because Minister would not have taken view she should have included support payments in income—In order to resolve factual issue, respondent necessarily made party to ex-wife’s appeal—Judge should have ordered Crown to pay costs of ex-wife and ordered respondent both to reimburse Crown for portion of costs it had paid to ex-wife attributable to s. 174 application and to pay Crown’s own costs in s. 174 application—Appeal allowed—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, s. 147 (as am. by SOR/99-209, s. 7)—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 174.

**CANADA V. DALTON** (A-512-03, 2004 FCA 173, Evans J.A., order dated 29/4/04, 4 pp.)

**DISCOVERY***Anton Piller Order*

Defendant Amico Imaging Services Inc. filed motion to set aside Anton Piller order granted by Lemieux J. on April 30, 2003—Under Copyright Act, s. 88, plaintiff entitled to institute action to recover unpaid levies, to obtain compliance of contravening parties to other obligations set out in Part VIII of Act—Two defendants in action instituted by plaintiff, Amico Imaging Services Inc and Computer Direct Depot Inc.—Anton Piller orders generally granted in context of copyright or trade-mark infringement—Order granted to plaintiff on basis of allegation defendant has not paid levies required by Act—Object of Anton Piller order to secure preservation of documents relevant to suit which could, if

**PRACTICE—Continued**

notice given to defendant of impending suit, be destroyed in bid to avoid suit—Extent of Anton Piller order delivered by Lemieux J., to allow inspection of premises of both defendants, seizure of documents relevant to sale of audio recording media, seizure of samples of such media, recording by photography, video camera, other means of blank audio recording media found on premises of defendants—Both defendants consented to execution of order, but defendant Amico reserved right to contest issuance of order—Three conditions to be satisfied before Anton Piller order granted—First two conditions normally satisfied with establishment of clear proof of title to intellectual property, clear evidence of infringement—Conditions met—Plaintiff arguing that by not obtaining Anton Piller order, it will be deprived of opportunity to make case and recover sums owed to artists, performers, copyright holders—Thus potential damage real—Just as clear evidence of title, infringement would suffice to establish strong *prima facie* case, serious damage, clear evidence of right to levies, these not being paid sufficient to meet first two conditions of Anton Piller order—As to third condition, given elaborate deception organized to avoid paying levy owed, there was reason to fear evidence might be destroyed if defendants warned ahead of time plaintiff intended to claim levy; with destruction of evidence, it would be difficult for plaintiff to establish past amounts due—Harm, fear of destruction established—As to whether setting aside order warranted, one must consider all evidence, argument adduced by parties—On this basis, Anton Piller order properly issued—Following facts relevant in coming to conclusion: (1) defendant Amico, by own admission, never paid levy on imported blank audio recording media; (2) Director of sales for Amico knew as early as 2000 levy to be paid; and (3) Mr. Grunbaum and Mr. Frankel informed only in 2002 of levy, yet when found out, neither of them inquired as to what might have to be paid, simply decided not to import CDs so as not to pay levy—No reason to set aside Anton Piller order—Motion dismissed— Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 88 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 50).

CANADIAN PRIVATE COPYING COLLECTIVE V. AMICO IMAGING SERVICES INC. (T-519-03, 2004 FC 469, Blais J., order dated 26/3/04, 16 pp.)

*Production of Documents*

Motion by Apotex Inc. (Apotex) to strike paragraphs of Prothonotary's order requiring protection of documents—Statement of issues, affidavits of documents not yet filed—In *Montana Band v. Canada*, 2001 FCT 666; [2001] F.C.J. No. 991 (F.C.T.D.) (QL), Hugessen J. confirmed Federal Court Rules, 1998 (Rules) clearly requiring initial judgment of relevance of documents before production by producing party—Thus, as affidavit of documents not yet delivered,

**PRACTICE—Continued**

premature for Prothonotary to order categories of documents Apotex required to list and produce therein—Presumption affidavit of documents including complete list of relevant documents—Only after affidavit of documents submitted that receiving party can demonstrate incomplete—Burden then on receiving party to prove existence, control, relevance of documents—Prothonotary disregarded appropriate procedure—Prothonotary also erred in law in granting Glaxo's request to produce in absence of any formal motion—Pursuant to Rules, r. 47(2), where rule provides powers of Court to be exercised on motion, powers may be exercised only on bringing of motion—Rr. 225, 227 and 229 specifically stipulate where Court satisfied affidavit of documents inaccurate or deficient, it may order, on motion, accurate affidavit of documents be submitted—Prothonotary erred in finding had jurisdiction to make such order pursuant to powers attributed to referee by rr. 156, 157—Case management prothonotary deciding matters preliminary to actual reference—Since Prothonotary not having discretion on this matter, Glaxo's arguments pertaining to necessity for elbow room to resolve interlocutory matters, and high level of deference owed to Prothonotary acting as case management judge, not applicable—Further, Apotex's rights breached by order—Party's right to make representations and present evidence cannot be trumped by will to govern proceeding in simplest and most expeditious manner—R. 385 not attributing to case management judge or Prothonotary jurisdiction to grant order which could only be granted on motion, thereby breaching Apotex's right to receive written submissions and prepare adequate response to motion—Motion granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 47(2), 156, 157, 225, 227, 229, 385.

APOTEX INC. V. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, 2004 FC 574, Tremblay-Lamer J., order dated 15/4/04, 8 pp.)

## EVIDENCE

*Commission Evidence*

Appeal from Federal Court decision 2004 FC 1711; [2004] F.C.J. No. 2187 (F.C.) (QL) granting Minister's motion to amend previous order providing for taking of commission evidence in Italy—In addition to expanding witness list, amendment provided commission evidence would be taken under Convention between the United Kingdom and the Kingdom of Italy regarding Legal Proceedings in Civil and Commercial Matters, Art. 11 rather than under Art. 12—Appellant opposed amendment on ground Art. 11 procedure prejudicial to him and not in accordance with Federal Courts Rules, r. 272(2)—R. 272(2) requiring person taking examination of witness outside Canada to do so "in a manner that is binding on the witness under the law of that



**PRACTICE—Continued**

jurisdiction”—Art. 11 not granting power to compel attendance of witness—Order herein will require evidence to be taken under oath or solemn affirmation in accordance with Canadian practice—Therefore, evidence will be taken in manner presumed to be binding on witness—That is sufficient to establish compliance with r. 272(2)—Rule not requiring witness be subject to penalties for perjury in Italy—That witnesses not compellable under Art. 11 curable as Art. 13 providing that where witness failing, refusing to appear, may proceed under Art. 12—Appeal dismissed—Convention between the United Kingdom and the Kingdom of Italy regarding Legal Proceedings in Civil and Commercial Matters, [1935] C.T.S. No. 14, Arts. 11, 12, 13—Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 272(2).

SEIFERT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-663-04, 2005 FCA 105, Richard C.J., judgment dated 17/3/05, 7 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Summary Judgment*

Stephen Striebel (defendant) seeking (1) summary judgment against plaintiff pursuant to Federal Court Rules, 1998, rr. 213 *et seq.*; (2) order dismissing action against all defendants except Sovereign Yachts (Canada) Inc. (Sovereign); and (3) order directing payment out of balance of money paid into Court—Plaintiff B.C. corporation engaged in ship construction, repair—Commenced action both *in personam* against individual defendants and *in rem* against Motor Yacht *Chairman*—Defendant pleads plaintiff has no cause of action against him in absence of contractual relationship and work giving rise to this action done pursuant to contract between plaintiff and Sovereign—Defendant entered into contract for construction of yacht in 2000—Executed, registered ship’s mortgage—Problems arose with completion of construction contract—Commenced action (T-687-02) against Sovereign Yachts (Canada) Inc.—Ultimately, yacht delivered to defendant in international waters with duly executed bill of sale—Principles governing grant of summary judgment summarized in *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.)—In so far as defendant concerned, determining question is whether plaintiff has good cause of action against him, on basis of facts alleged, evidence adduced and relevant law—Different sworn statements suggesting plaintiff attempting to create basis of claim against defendant but no reliable evidence supporting such claim—Neither contract nor breach of contract pleaded by plaintiff—No evidence supporting existence of contractual relationship between plaintiff and defendant—Defendant not, at all material times, beneficial owner of defendant yacht—Acting as mortgagee when commenced action to pursue remedies relative to construction of yacht—Defendant showing no

**PRACTICE—Continued**

genuine issue for trial arising against him disclosed in statement of claim—No issues of credibility relative to evidence of defendant—Plaintiff not entitled to raise collateral attack on status of mortgage granted by Sovereign to defendant for it was not party to mortgage and otherwise provided no evidence or argument as to why it should be allowed to challenge manner in which defendant acted in serving notice to enter in possession of defendant yacht, pursuant to that mortgage—Motion for summary judgment in favour of defendant granted—As to defendants Mrs. Striebel and yacht, defendant arguing time limited for service of statement of claim expired—Plaintiff not denying it has not served defendants Mrs. Striebel or yacht, but in relation to latter, argues it has right to “sue” funds deposited in cause T-687-02, to secure release of yacht from arrest warrant and *caveats* filed in that proceeding—R. 479 deals with manner in which statement of claim *in rem* to be served and specifically identifies kinds of property upon which service to be effected—Receipt and distribution of proceeds of Court-ordered sale of vessel governed by rr. 490, 491—Bail simply provides fund upon which successful plaintiff, after obtaining judgment, may execute judgment—Service of statement of claim *in rem* pursuant to r. 479(1)(d) relates to service upon proceeds of sale, not upon money deposited by way of bail—But defendant not entitled to dismissal of action against defendants Mrs. Striebel and yacht—Plain reading of r. 213(2) making it clear that defendant may seek summary judgment after serving, filing defence—No defence filed on behalf of other parties—Motion for summary judgment dismissing action against Mrs. Striebel and yacht *Chairman* dismissed—Motion for payment out of Court dismissed as must be brought in action in which money deposited—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 213(2), 479, 490, 491.

NORTHWEST DELTA YACHT SERVICES INC. V. SOVEREIGN YACHTS (CANADA) INC. (T-468-03, 2004 FC 304, Heneghan J., order dated 2/3/04, 22 pp.)

Action claiming copyright, trade-mark infringement—Plaintiffs claim defendant copied Oakley Ellipse in creating its Shoppers “Optimum Design”—Plaintiff, Oakley, Inc., registered owner of trade-mark for, copyright in artistic work, “Ellipse Design”—Intended as stylized “O” for Oakley—Defendant’s “Optimum” design for customer loyalty program including central ellipse or stylized “O” with chevrons on each side representing water ripples and word “Optimum” placed beneath, and “Shoppers” above—Frank Casera creator of Shoppers “Optimum” Design—Plaintiffs relying on e-mail sent to Mr. Casera subsequent to creation of “Optimum” logo, raising question of similarity to “Oakley” ellipse design—Mr. Casera swearing in affidavit did not copy Oakley design directly or indirectly—Stating no recollection of being aware of existence of Oakley elliptical design at time created original

**PRACTICE—Concluded**

Shoppers “Optimum” Design in late December 1998—In order to grant summary judgment, Court would have to find Mr. Casera not credible—*Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853 (T.D.) held that where serious issue as to credibility, case should go to trial because parties should be cross-examined before trial judge—Mere existence of apparent conflict in evidence not precluding summary judgment; court should take “hard look” at merits and decide if issues of credibility need to be resolved—As serious issue with respect to credibility of Mr. Casera’s testimony, matter should go to trial so that witness can be cross-examined before trial judge—Mr. Casera’s evidence central to issue of copyright infringement—Motion dismissed.

OAKLEY, INC. V. SHOPPERS DRUG MART INC.  
(T-1955-00, 2004 FC 307, O’Keefe J., order dated 2/3/04, 25 pp.)

**PRIVACY**

Judicial review of Department of Justice, Access to Information and Privacy Director’s denial of applicant’s request under Privacy Act (Act), s. 12 for disclosure of certain documents containing personal information pertaining to himself and his company, National Capital News—Disclosure denied primarily on grounds certain documents exempted from disclosure pursuant to Act, ss. 26 and 27—Applicant believing misrepresentations, inaccuracies therein responsible for denial of membership in Parliamentary Press Gallery—Whether Minister’s delegate erred in determining records in question exempt from disclosure to applicant due to solicitor-client privilege—Appropriate standard of review correctness—As solicitor-client privilege not defined in Privacy Act, s. 27, common law principles applied—Exceptions to solicitor-client privilege including communications between solicitor and client directed towards unlawful purpose, and waiver of privilege by client—Solicitor-client privilege as set out in Act, s. 27 includes both solicitor-client communications as well as litigation privilege—Review of exempted records revealing contain information involving solicitor-client advice or notes and recommendations prepared in contemplation of litigation (government’s response to United Nations Human Rights Committee’s decision applicant’s right to receive, impart information unlawfully restricted and also in response to variety of other legal proceedings initiated by applicant)—Records not containing advice directed towards unlawful purpose—Applicant also challenging solicitor-client privilege in absence of “owner” of privilege—Submitting Justice solicitors overstepping authority either by asserting privilege without client having claimed it, or by not giving client opportunity to determine if privilege would be waived—Privilege belongs to client and can only be waived by client—Here, client clearly Government of Canada as represented by

**PRIVACY—Continued**

Department of Justice—Applicant raising question of whether lawyer bound to inquire or consult with client about request for disclosure of solicitor-client privileged information and receive answer as to whether client will waive such privilege—No case authority provided on this point—Where client is government, certain difficulties in determining whether privilege waived—Such difficulties not leading to presumption solicitor of government acted without instructions from client and failed to keep client informed of ongoing developments in case, even where no explicit evidence of government having turned its mind to possibility of waiving privilege—Unless clear evidence to contrary, solicitor presumed to have relayed all information about particular case to client—Application allowed in part in so far as certain pages should not have been withheld—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12 (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 269), 26, 27.

GAUTHIER V. CANADA (MINISTER OF JUSTICE) (T-653-02, 2004 FC 655, Mosley J., order dated 4/5/04, 24 pp.)

Judicial review of tribunal’s decision upholding results of staffing competition conducted by Canadian Food Inspection Agency (CFIA) and refusing to compel disclosure of certain information regarding other candidates—(1) Tribunal erred in concluding it had no jurisdiction to order CFIA to disclose documents to applicant—While tribunal not having explicit, legislated grant of power to order disclosure, unlike appeal board appointed under Public Service Employment Act, which has authority to summon witnesses or compel production of documents, such power exists, in general sense, as part of basic principles of procedural fairness—Principles of procedural fairness apply to tribunal, and tribunal erred in determining such principles play “no part” in its deliberations—Power to ensure individual, who is part of hearing process created by virtue of general statutory mandate (Canadian Food Inspection Agency Act (CFIA Act), s. 13) having meaningful ability to know of evidence relevant to complaint, upon which both employer and tribunal rely, exists as part of common law of procedural fairness—Express recognition in Staffing Complaint Policy that tribunal to act in accordance with procedural fairness—Q & A Guide stating tribunal must decide if information relevant to resolution of complaint, and if so, admit it—Then, tribunal must give other party to complaint time and opportunity to review and respond to evidence—This supports finding tribunal has authority to order disclosure of evidence in proceedings before it—(2) Tribunal erred in determining not having jurisdiction to offer interpretation of Privacy Act (PA)—President of CFIA, under PA considered “head of the government institution”, by virtue of definitions of “government institution” and “head” in PA—President has authority, under CFIA Act, s. 7, to delegate to “any person any power, duty, or function conferred on the

**PRIVACY—Continued**

President under this Act or any other enactment”, including authority to make decisions related to disclosure requests under PA grounds—Tribunal, created by Policy of CFIA, has authority pursuant to Policy to review actions of CFIA managers in competition and generally, as well, application of delegated authority to make PA determinations related to disclosure requests—As specialized board established to provide directions with respect to any corrective action CFIA should undertake in implementation of staffing policies, tribunal could/should have provided own analysis of whether selection board properly refused applicant’s request for disclosure pursuant to PA—Policy containing no limit as to areas of staffing process tribunal may consider—(3) Tribunal erred in finding procedural fairness had “no place” in its deliberations—Employer adopting Staffing Complaint Policy to ensure employees appointed to CFIA in fair and open way—Policy stating internal tribunal “will operate in accordance with rules of procedural fairness” and setting out basic principles of such duty—Such is manner in which CFIA determined it will act in discharging authority pursuant to CFIA Act, s. 13—In light of this, and fact applicant’s interests affected by tribunal’s decision, duty of procedural fairness engaged in this administrative context—*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 setting out non-exhaustive list of factors to consider, in determining content of duty of fairness in particular administrative setting—Applicant maintaining PA cannot override obligation of tribunal to follow rules of procedural fairness—In relation to requested information here, selection board and then tribunal incorrectly determined successful candidates’ applications protected from disclosure by PA—Further, tribunal erred in assuming simply telling applicant successful candidate meets required experience, negates any obligation to allow complainant to review information supporting this assertion and relevant to applicant’s complaint—However, correctly concluding disclosure of successful candidate’s examination answers not relevant to applicant’s complaint, and therefore disclosure not required—Complaint having medium impact on applicant—Balanced against nature of decision (not designed to be adversarial), and process (not intended to resemble judicial process) tribunal’s decision not to disclose successful candidates’ applications violating principles of procedural fairness—Applicant could not fully and fairly present complaint without this information, and privacy rights of successful candidates protected by PA would not have been infringed by disclosure, as CFIA could have provided information in manner not violating PA—Disclosure of successful candidates’ applications within staffing complaint process consistent with purpose for which information obtained, i.e. in seeking appointment within CFIA through staffing competition—Selection board should have recognized this fact and disclosed this information—Personal information

**PRIVACY—Concluded**

in successful candidates’ applications not relating to past employment positions and duties related thereto while employed at a “government institution” beyond scope of permissible disclosure—Not relevant to applicant’s complaint, and would have to be severed from requested records—As to disclosure of successful candidates’ examination answers and selection board’s related notes of assessment, applicant claiming examinations unfairly or inconsistently assessed for first time at hearing—This ground not forming part of either original complaint or follow-up correspondence with delegated manager—Procedural fairness not requiring CFIA or tribunal, in accordance with Policy, to provide this portion of requested disclosure—Examination answers of other candidates not relevant to applicant’s original complaint sent to tribunal (scheduling of written examination, adequacy of questions as test of knowledge)—Decision examinations answers not relevant to complaint not violating applicant’s ability to state case—Application allowed—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 “government institution”, “head”—Canadian Food Inspection Agency Act, S.C. 1997, c. 6, ss. 7, 13—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33.

FORSCH V. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY)  
(T-405-03, 2004 FC 513, Mosley J., order dated 2/4/04,  
29 pp.)

**PUBLIC SERVICE**

Judicial review of Canada Customs and Revenue Agency’s (CCRA) decision conversion of applicants’ positions to MG-05 should be revoked as result of Public Service Commission’s (Commission) decision to abandon AU-03 competition—As result of competition, applicants appointed to AU-03 positions—When competition, corrective measures successfully appealed, appointments revoked—In interim, employer converting AU-03 positions to MG-05 positions—Decision under review result of revocation of appointments—CCRA having full authority for own staffing matters, but under Canada Customs and Revenue Agency Act, s. 100 employment appeals commenced before Act coming into force to be resolved under Public Service Employment Act—Staffing program adopted under CCRA, s. 54 not providing for conversions, but providing for reclassifications—Nothing preventing CCRA from adopting provisions regarding conversion in its Staffing Program, but chose not to do so—Not all AU-03 positions converted to MG-05 positions, but only those having supervisory duties—In addition, new MG-05s given new duties, new title, significant pay increase—Reclassification defined in Public Service Employment Regulations, 2000, s. 1—Only reclassification involving entire occupational group and no change in duties, considered conversion—No reason why this definition not generally applicable to all reclassifications within public service,

**PUBLIC SERVICE—Continued**

including those undertaken by CCRA—Applicants' positions not "converted"—CCRA had no power to convert, but more significantly, action taking place actually amounting to reclassification, not conversion—True nature of staffing action determined by its effect, not name agency attaches to it—Given applicants appointed to MG-05 positions by time Commission decided to abandon AU-03 competition, revocation of AU-03 positions having no effect upon applicants' employment status—Commission's decision had no effect upon applicants—CCRA erred in concluding had to give effect to Commission's revocation by revoking MG-05 appointments—Application allowed—Public Service Employment Regulations, 2000, SOR/2000-80, s. 1 "reclassified"—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33—Canada Customs and Revenue Agency Act, S.C. 1999, c. 19, ss. 54, 100.

JOHNSON V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-1937-02, 2004 FC 646, von Finckenstein J., order dated 19/5/04, 9 pp.)

**APPEALS**

Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's dismissal of appeal from results of competition—Applicant missed deadline to appeal because on vacation—Board concluding not exceptional circumstance justifying extension of usual appeal period—Public Service Employment Regulations, 2000 (Regulations), s. 21(1) allowing unsuccessful candidates to appeal results of competition, but setting tight 14-day period for doing so—Also providing exception to usual deadline in exigent circumstances—In order to fit within s. 21(2) exception, candidates must demonstrate "exceptional circumstances" "beyond candidate's control" preventing candidate from filing appeal within usual time frame—Competition here large, improbable Department of Foreign Affairs and International Trade orchestrated posting of competition's results specifically to defeat applicant's appeal while he was on holidays—14-day appeal period will sometimes correspond with or fall within candidate's holiday time—When it does so, not exceptional circumstances—Something more required—Applicant knew results of competition could be posted at any time, including while on holiday—Applicant in control of agenda, could have chosen to go on vacation at another time—As to last criterion, applicant could have taken steps to ensure informed of results of competition, or that appeal filed on time, while on holiday—Regulations governing appeals clear and exception from usual appeal period narrow—Regulations not exceeding regulation-making authority found in Public Service Employment Act (Act)—Applicant arguing implicit in provision of right of appeal in Act appeal period should run from time unsuccessful candidate actually informed of results

**PUBLIC SERVICE—Continued**

of competition—Regulations providing appeal period runs from point in time when unsuccessful candidate "considered to have been informed" of them—Nothing in Regulations inconsistent with Act—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33—Public Service Employment Regulations, 2000, SOR/2000-80, s. 21.

LEVY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1390-02, 2004 FC 633, O'Reilly J., judgment dated 30/4/04, 11 pp.)

**SELECTION PROCESS**

Judicial review of Appeal Board's decision allowing appeal from selection process—Competition poster listing six qualifications, each having sub-factors—"Knowledge", "Abilities and Skills" given pass scores of 60% by Selection Board—No pass score set for their sub-factors—On appeal, Appeal Board holding pass scores needed to be established for sub-factors—Selection Board reconvened, established 50% pass score for each sub-factor—Second appeal allowed on ground effectively changed pass mark for "Knowledge", "Abilities and Skills", and illogical for pass marks for sub-factors to be different than those for qualifications—Under Public Service Employment Act, s. 21(3), Public Service Commission may direct corrective measures be taken to cure defect in selection process—Here, Commission directed Selection Board to establish pass mark for sub-factors—Selection Board having wide discretion in applying corrective measures provided comply with directions—Nothing illogical in Selection Board deciding successful candidates must have knowledge and skills and abilities qualification of at least 60%, said score being average of two scores for sub-factors, as long as candidates received at least 50% for those sub-factors—Open to Selection Board to apply corrective measures as it did, Appeal Board erred in concluding otherwise—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 21(3) (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 16).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. SMITH (T-2127-02, 2004 FC 623, von Finckenstein J., order dated 29/4/04, 4 pp.)

**Competitions**

Judicial review of Public Service Commission investigator's decision, made pursuant to Public Service Employment Act (PSEA), s. 7.1, dismissing complaint Department of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) made, improperly rescinded offer of employment—Challenged decision redetermination of complaint as result of order of Gibson J. (*Orijji v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C.

**PUBLIC SERVICE—Continued**

423 (T.D.))—Applicant only successful candidate in open competition for CR-04 position—Informed starting date would be April 2, 2001 provided successfully completed language tests, security clearance, reference checks—In March applicant informed position no longer available as to be staffed by surplus PWGSC employee—In fact, said employee not yet declared surplus—Appointed on acting basis—Applicant never tested for second language proficiency—Investigator finding no offer of employment because selection process not completed, no eligibility list formed, PWGSC official lacking authority to make offer—Applicant arguing such finding *res judicata* as result of Gibson J.'s decision—No merit to such argument—Gibson J.'s finding first investigator's finding based upon erroneous interpretation of PSEA, s. 22 not subsequently precluding new investigator, upon rehearing of matter, from determining no offer of employment made based on different reasoning—As long as not relying on earlier erroneous interpretation of s. 22, open to new investigator to make new findings, relying on separate, distinct analysis—Investigator's finding no offer of employment made to applicant based on correct interpretation of PSEA and Regulations, and such interpretation reasonably applied to factual circumstances—Pursuant to legislative scheme, once applicant demonstrating meeting all requirements for position, entitled to be placed on eligibility list, ranked according to merit—Eligibility list not established because applicant not yet considered qualified due to fact not having completed second language testing, requirement deemed necessary by PSC to demonstrate language proficiency pursuant to PSEA, s. 20—Pursuant to PSEA, s. 17(1.1), candidate may be placed on eligibility list pending verification of security, reliability and medical requirements of position—But s. 17(1.1) not mentioning candidate may be placed on eligibility list pending outcome of language testing—Omission of reference to second language requirements in s. 17(1.1) indicating demonstrating language proficiency for position regarded as integral to position itself and affecting whether applicant in fact qualified for position—While applicant only person passing written examination, not passing second language tests to demonstrate bilingual qualification at "BBB" level—Thus, no requirement for PWGSC to establish eligibility list, means of appointing person through open competition—Although delay by PWGSC in arranging second language testing, between time of examination (February 2001) and March 2001 when potential surplus employees identified, questionable, not giving rise to remedy—No authority or portion of PSEA or Regulations indicating PWGSC under duty to schedule applicant for testing in timely manner—PWGSC officials apparently misunderstanding duties, obligations under Work Force Adjustment appendix—S. 1.1.1 thereof providing when employees affected by workforce adjustments, all departments must ensure

**PUBLIC SERVICE—Continued**

"whenever possible" such employees "given every reasonable opportunity" to continue careers with Public Service—This responsibility, combined with express authority set out in PSEA, s. 11, supporting PWGSC's halting of selection process, prior to establishment of eligibility list, and proceeding by way of acting appointment of employee to be declared surplus—No error in law in such appointment on acting basis—Investigator finding no entitlement to priority appointment as not yet declared surplus, correct—Investigator's finding characterization of appointment as "priority" had no impact on applicant reasonable and open to her on evidence—Evidence supporting investigator's finding acting appointment made in compliance with PSEA and Regulations—Investigator's conclusion merit principle respected, having regard to both s. 10(1) and obligation set out in PSEA, s. 11, that appointments shall be made from within Public Service, correct—Finally, investigator correct in distinguishing *Attorney General of Canada v. Sharpe*, [1983] 1 F.C. 292 (C.A.)—Allegations of fraud, tampering with evidence, abuse of authority, perjury, claim PWGSC intentionally misleading applicant or concealing facts in relation to acting appointment, not at all substantiated—Application dismissed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 7.1 (as enacted by S.C. 1992, c. 54, s. 8), 10(1) (as am. *idem*, s. 10), 11, 17(1.1) (as enacted *idem*, s. 14), 20, 22 (as am. *idem*, s. 17).

ORJI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1432-03, 2004 FC 666, Mosley J., order dated 6/5/04, 26 pp.)

*Merit Principle*

Judicial review of Public Service Commission Appeal Board's dismissal of applicant's appeal from decision of Selection Board made with respect to appointment to position of Intelligence Analyst in Department of Citizenship and Immigration—Four candidates not ranked in areas of knowledge, abilities, but assessed on pass/fail basis—All four passed, rated equally—No weight given to these factors in relative assessment—Personal suitability assessed on comparative basis—No numerical score assigned—Instead ranked based on descriptive assessments provided by referees supplemented by Selection Board member's personal knowledge of candidates—Appeal Board finding assessment of knowledge, abilities based on reference checks, personal knowledge reasonable given "relative importance of personal suitability to this position"—Statement of qualifications for postings, advertisement nowhere identifying such relative importance—Appeal Board clearly finding no relative or comparative assessment of candidates made by Selection Board under knowledge and abilities—Only assessment involving rating and ranking in category of personal suitability

**PUBLIC SERVICE—Continued**

—Appeal Board noted factors of knowledge and abilities not ignored or eliminated and were considered in selection process, and each candidate had to pass in order to be placed on eligibility list—*Nelson v. Canada (Attorney General)* (2001), 204 F.T.R. 287 (F.C.T.D.), wherein Muldoon J. held “Each discrete qualification must be evaluated because each one is essential and independent of the others” clear authority for applicant’s contention merit principle requiring evaluation of each discrete qualification—Appeal Board decision under review assumes “no way to determine the relative competence of candidates” in knowledge and abilities categories and although knowledge and abilities considered, sufficient to award candidates a pass—Guiding principle in each case must be: did Appeal Board satisfy itself that, on basis of qualifications established for position, manner of selection permitted assessment of relative merits of candidates?—Appeal Board erred in concluding bare legal requirements met here even though relative competence under knowledge and abilities not assessed and sufficient that candidates awarded a pass in these categories—Appeal Board also erred in concluding procedure employed in assessment of personal suitability not violating merit principle—Candidates assessed

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

on comparative basis in each of four designated elements of personal suitability: effective interpersonal relationships, motivation, judgment, and reliability—But two troubling aspects to methodology employed—First, two qualified candidates assessed by separate referees who had ample opportunity to observe people they were describing, but applicant assessed by Selection Board member alone who supervised him in 1995 and had worked with him for short time in more recent post—Second, Appeal Board decision excusing inadequacies of process used to assess personal suitability because “staffing values such as competency, non-partisanship, fairness and transparency must be balanced . . . against the management principles of flexibility and affordability/efficiency”—Need for cogent evidence and appropriate evidentiary framework cannot be compromised by “management values” when selection board called upon to make decision of this nature—Cogent evidentiary base showing candidates measured by same criteria in personal suitability category missing—Application allowed.

GAWLICK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-305-02,  
2004 FC 656, Russell J., order dated 4/5/04, 21 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résumant les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffé 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.

## ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de l'assurance-emploi requérant de l'employeur actuel du demandeur de verser au Receveur général du Canada un montant de 30 % du revenu net à prélever sur le salaire du demandeur (saisie-arrêt)—Il était indiqué que la dette du demandeur se chiffrait à 20 578,25 \$ (montant réclamé)—Il s'agissait de décider si les procédures de recouvrement du montant réclamé, incluant la saisie-arrêt, ont valablement été entreprises par la Commission—La saisie-arrêt a été effectuée en vertu de l'art. 126(4) et (5) de la Loi sur l'assurance-emploi—Le demandeur demandait à la Cour de déclarer illégale la saisie-arrêt pour l'excédent du montant non contesté, et d'ordonner le remboursement de tout montant perçu qui excède le montant non contesté—L'imposition d'une pénalité de 5 865 \$ et la demande de remboursement du trop-payé versé au demandeur découlaient de la décision de la Commission selon laquelle le demandeur a sciemment fait 17 déclarations fausses ou trompeuses—La Commission doit avoir plus qu'un simple soupçon qu'il y a eu déclaration fautive ou trompeuse—D'une part, la Commission ne pouvait imposer une pénalité de 5 865 \$ au demandeur car les deux conditions prévues à l'art. 33(1) de la Loi sur l'assurance-chômage (LAC) n'étaient pas remplies en l'espèce, soit le caractère faux ou trompeur de la déclaration et la *mens rea*—D'autre part, la condition prévue à l'art. 43(6) de la LAC [caractère faux ou trompeur] n'était pas non plus remplie—Par conséquent, le réexamen de la demande de prestation devait obligatoirement s'effectuer dans le délai habituel de 36 mois prévu à l'art. 43(1) de la LAC—Or, ce délai était expiré lorsque, en janvier 1997, la Commission a réexaminé la demande de prestation pour la première période—Le dossier de réclamation était donc prescrit, ce que le conseil arbitral a subséquemment clairement indiqué dans sa décision—En l'espèce, la Commission devait se conformer à la décision unanime du conseil arbitral selon laquelle il n'y a pas eu de fausse déclaration concernant la première période—De plus, le dossier relatif à toute réclamation visant la première période était prescrit—Par ailleurs, selon la preuve non contredite, le demandeur a entièrement acquitté la pénalité

## ASSURANCE-EMPLOI—Fin

et le trop-payé qui lui ont été réclamés par la Commission pour la deuxième période—En conséquence, la saisie-arrêt ne pouvait être maintenue et le demandeur a le droit d'être remboursé de tout montant ayant été perçu en sus du montant non contesté—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 126 (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 271)—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 33 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 25), 43.

DESJARDINS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-1074-02, 2004 CF 600, juge Martineau, ordonnance en date du 23-4-04, 14 p.)

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Demande pour obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (ADC) à Apotex Inc. (Apotex) à l'égard de comprimés d'Apo-Oméprazole de 10 mg, 20 mg et 40 mg pour administration orale jusqu'à l'expiration du brevet canadien 2166794 (brevet '794) et une déclaration portant que la lettre d'Apotex datée du 12 décembre 2001 ne constitue pas un avis d'allégation (ADA) au sens du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement)—Le brevet '794 revendique l'oméprazole de magnésium présentant un degré de cristallinité d'au moins 70 % et une formulation de comprimés contenant de l'oméprazole de magnésium possédant un degré de cristallinité supérieur à 70 %—Apotex a allégué la non-contrefaçon dans un énoncé détaillé indiquant que les revendications du brevet se rapportent seulement à l'oméprazole de magnésium présentant un degré de cristallinité supérieur à 70 % et leurs comprimés ne contiendront que de l'oméprazole de magnésium amorphe—Selon AstraZeneca, cet énoncé est insuffisant pour justifier une conclusion de non-contrefaçon parce qu'il ne précise pas la cristallinité de l'oméprazole de magnésium utilisée pour fabriquer les comprimés—Lorsqu'on les lit ensemble, les deux paragraphes de l'énoncé détaillé indiquent clairement qu'il n'y

**BREVETS—Suite**

aura pas de contrefaçon des revendications de procédé, de composition ou d'utilisation parce qu'il ne s'agit que d'oméprazole de magnésium amorphe—Comme il a été statué dans l'arrêt *SmithKline Beecham Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338 (C.A.F.), on ne peut apprécier la suffisance et l'ambiguïté en examinant simplement la formulation de l'énoncé sans tenir compte du contexte—En l'absence d'une mention expresse dans l'ADA selon laquelle les comprimés ne seront pas fabriqués en utilisant de l'oméprazole de magnésium présentant un degré de cristallinité supérieur à 70 %, la question de savoir si l'ADA est véritablement ambigu dépend de l'ensemble du contexte dans lequel l'énoncé détaillé est fourni, notamment les enseignements du brevet '794 et ce qu'AstraZeneca sait effectivement ou est légalement tenue d'établir au sujet de la possibilité de fabriquer des comprimés d'oméprazole de magnésium amorphe à partir d'une substance présentant un degré de cristallinité supérieur à 70 %—Le seul élément de preuve d'AstraZeneca qui porte véritablement sur le point en question se trouve dans l'affidavit de l'expert en analyse par diffraction de rayons X—Le brevet '794 n'enseignait pas qu'une substance présentant un degré de cristallinité supérieur à 70 % pouvait être utilisé pour fabriquer des comprimés de substance amorphe et AstraZeneca n'a pas tenté d'étayer la brève insinuation formulée par l'expert selon laquelle la cristallinité de l'oméprazole de magnésium utilisé pendant les étapes du procédé pourrait présenter un degré de cristallinité supérieur à 70 %—On ne trouve pas non plus trace de tentatives de la part d'AstraZeneca d'obtenir les renseignements pertinents au sujet de la cristallinité de la matière première d'Apotex ou de forcer la production de ces renseignements—En l'absence d'explication au sujet de cette affirmation, elle demeure dans le domaine de la simple conjecture et «me soulève qu'une possibilité de contrefaçon par Apotex» (*SmithKline Beecham*)—La façon de procéder d'AstraZeneca à cet égard donne à penser que sa principale préoccupation était de faire planer un doute théorique qui pourrait servir à contester la suffisance de l'ADA, plutôt que d'exprimer une inquiétude réelle, reposant sur une base factuelle, que le brevet '794 pourrait être contrefait dans la présente affaire—L'expert aurait facilement pu fournir davantage d'explications, mais il a choisi de ne pas le faire—Rien ne donne à penser qu'AstraZeneca avait de réelles préoccupations au sujet des motifs pour lesquels Apotex prétendait que le brevet '794 ne pouvait être contrefait—AstraZeneca n'a fourni aucune preuve convaincante du fait qu'elle percevait une défectuosité véritable dans l'énoncé détaillé qui l'empêchait de décider si elle devait ou non s'opposer à la délivrance d'un ADC—L'ADA était suffisant pour justifier une conclusion de non-contrefaçon du brevet '794—Il s'agissait de savoir si l'allégation dans l'ADA portant que les comprimés contiendraient de l'oméprazole de

**BREVETS—Suite**

magnésium amorphe est défectueuse—AstraZeneca a allégué qu'on peut analyser les comprimés d'Apotex pour déterminer la cristallinité de l'oméprazole de magnésium—Si les échantillons doivent trancher la question de la contrefaçon, permettant ainsi de juger du bien-fondé de la position d'AstraZeneca, le fait que le fabricant de médicaments génériques ne fournisse pas les échantillons comme élément de son ADA signifie que celui-ci est défectueux—Cela équivaut à une accusation de fraude—L'idée qu'Apotex obtiendrait un ADC en renvoyant à un procédé spécifié et contournerait le Règlement en commercialisant ensuite un produit obtenu au moyen d'un autre procédé est dépourvue de tout fondement—Ce type d'allégation doit être prouvé et ne peut reposer sur une simple insinuation—L'affirmation formulée par l'avocat d'AstraZeneca à cet égard n'a aucun fondement—L'énoncé détaillé était suffisamment complet pour qu'AstraZeneca puisse répondre à l'ADA—Celui-ci n'était pas défectueux et on n'a pas prouvé de façon acceptable que les affirmations qui y sont contenues sont incorrectes—Les faits exposés dans l'allégation sont présumés vrais et AstraZeneca n'a produit aucune preuve convaincante pour prouver le contraire ou pour établir que l'ADA, ou l'exposé des faits qui le soutient, est frauduleux—Il n'y a pas eu d'abus de procédure—AstraZeneca a dit que l'ADA constitue un abus de procédure parce qu'il n'est pas distinct de l'allégation antérieure où elle a aussi allégué la non-contrefaçon en disant qu'elle utiliserait une substance présentant un degré de cristallinité inférieur à 70 %—L'utilisation d'une substance cristalline était clairement envisagée—Dans son ADA, Apotex a complètement abandonné la substance cristalline et fonde son affirmation de non-contrefaçon sur l'utilisation d'une substance amorphe—Cette allégation n'était pas «comprise» dans l'allégation antérieure puisque celle-ci faisait état d'une substance cristalline et non d'une substance amorphe—En outre, l'examen du «fondement factuel» du retrait de l'allégation antérieure par Apotex révèle des difficultés réelles et convaincantes à se conformer aux exigences sanitaires et d'innocuité—Par conséquent, il n'existe pas de «fondement factuel» pour une conclusion d'abus de procédure—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

ASTRAZENECA AB C. APOTEX INC. (T-148-02, 2004 CF 44, juge Russell, ordonnance en date du 14-1-04, 47 p.)

Demande présentée conformément à l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement), interdisant au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité en vertu de l'art. C.08.004(4) du Règlement sur les aliments et drogues, à la



**BREVETS—Suite**

défenderesse, Genpharm Inc. (Genpharm), pour son produit «Gen-Eti-Cal Carepac»—Les demanderesse produisent et vendent l'unique médicament à base d'etidronate disodique approuvé pour le traitement de l'ostéoporose au Canada, la trousse Didrocal®—Cette trousse est utilisée dans le cadre d'un traitement cyclique intermittent (TCI)—La trousse Didrocal® et le TCI sont protégés par un brevet—Genpharm a signifié un avis d'allégation (ADA) suivant lequel son produit ne contrefera pas le brevet et ce brevet est invalide en raison de son évidence—Les éléments essentiels de l'invention sont cernés—La date à laquelle l'évidence de l'invention doit être appréciée est présumée être celle du dépôt prioritaire, soit le 6 juin 1985—Le critère pour établir l'évidence consiste à examiner si un technicien versé dans l'art arriverait, à partir de l'état des connaissances, à l'invention revendiquée sans effectuer de plus amples expérimentations, réflexions ou recherches sérieuses—Une simple «parcelle d'invention» est suffisante pour appuyer la validité d'un brevet—Il existe une présomption légale réfutable de validité du brevet—Il y a également une présomption réfutable selon laquelle les faits allégués par Genpharm sont vrais—Il incombe au titulaire du brevet de démontrer, selon la prépondérance de la preuve, que les allégations d'invalidité et d'évidence figurant dans l'avis d'allégation de Genpharm ne sont pas fondées—L'état de la technique est passé en revue—La Cour a accepté que l'usage de la plus faible dose efficace d'etidronate revendiquée dans le brevet n'aurait pas été «simple comme bonjour» ou «claire comme de l'eau de roche» aux yeux d'un technicien versé dans l'art à la date déterminante—L'intervalle de doses pour l'etidronate revendiqué par les demanderesse dans leur brevet n'était pas évident pour un technicien versé dans l'art à la date déterminante—La littérature scientifique est passée en revue—L'administration intermittente d'etidronate n'était pas évidente à la date déterminante—Le TCI dans le brevet ne comporte pas l'utilisation d'un activateur—La Cour conclut que, d'après la preuve, on ne peut dire qu'un technicien versé dans l'art trouverait évident qu'un activateur des cellules osseuses n'est pas un élément essentiel d'un traitement de l'ostéoporose—La trousse revendiquée dans le brevet est décrite comme un moyen «d'organiser les éléments de façon à faciliter l'observance du régime thérapeutique»—À la date déterminante, un technicien versé dans l'art pouvait mettre au point facilement une trousse susceptible de faciliter l'observance du TCI des demanderesse—Une telle trousse est évidente vu que tous connaissaient à l'époque les trousse pour contraceptifs—Cependant, l'essence de l'invention revendiquée n'est pas l'un ou l'autre de ces éléments pris isolément, mais plutôt leur usage combiné—Le critère servant à déterminer l'évidence ne doit pas être appliqué à chacun des éléments pris isolément, mais plutôt à la combinaison des éléments comme ensemble—Ainsi, même si tous les éléments

**BREVETS—Suite**

du brevet étaient connus antérieurement, il faut déterminer si leur combinaison, l'intégration d'une idée sous une forme pratique, constitue de l'inventivité—Les décisions dans lesquelles des brevets ont été jugés invalides peuvent être distinguées de la présente affaire—Dans la présente affaire, il s'agit de savoir si la méthode bien précise d'utilisation de l'etidronate, selon la plus faible dose efficace (LED), administrée de façon intermittente et cyclique dans le cadre du traitement de l'ostéoporose, était évidente à la date déterminante—L'état de la technique ne rendait pas l'invention revendiquée dans le brevet évidente—À la date déterminante, un technicien versé dans l'art et dépourvu d'imagination ne serait pas arrivé, directement et sans difficulté, à la solution en laquelle consiste le brevet—L'allégation d'invalidité n'est pas fondée—Quant à l'allégation de non-contrefaçon relative aux revendications concernant la «trousse», pour que le Règlement s'applique, la première personne doit avoir revendiqué un médicament ou un usage de ce médicament inscrit au registre des brevets—Genpharm soutient que les revendications 1 à 16 du brevet ne devraient pas faire l'objet des présentes procédures en vertu du Règlement puisqu'elles ne portent ni sur le médicament en soi ni sur son utilisation et qu'elles s'apparentent à un système d'administration du schéma thérapeutique—Les demanderesse font valoir que la Cour ne devrait pas se pencher sur cette question car elle n'a pas été soulevée dans l'avis d'allégation de Genpharm, mais plutôt dans son mémoire des faits et du droit—La Cour n'est pas d'accord—L'avis d'allégation indique clairement que cette question était en jeu—L'essence de l'allégation est que les revendications concernant la trousse sur lesquelles les demanderesse s'appuient ne sont pas des revendications pour un médicament en soi ou pour l'utilisation de celui-ci et que, par conséquent, la vente du produit de Genpharm n'emportera pas contrefaçon de l'une ou l'autre de ces revendications—Les demanderesse allèguent que la revendication concernant la trousse n'est pas une revendication relative à un bien matériel servant à l'administration du médicament en question—La trousse, selon elles, fait partie intégrante du TCI et en constitue un élément essentiel et, à ce titre, les revendications concernant la «trousse» sont des revendications pour le médicament en soi—Le critère applicable pour déterminer si une substance est un «médicament» au sens du Règlement a été décrit dans l'arrêt *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2003), 28 C.P.R. (4th) 1 (C.A.F.): la trousse est-elle administrée au patient ou est-ce un système qui sert à administrer les substances au patient?—La trousse des demanderesse n'est pas administrée aux patients, il s'agit plutôt d'un système servant à faciliter l'observance du TCI—Un dispositif utilisé pour administrer un médicament n'est pas un «médicament» au sens du Règlement—Une trousse qui facilite l'observance ne diffère guère, d'un timbre

**BREVETS—Suite**

qui garantit que le médicament est administré au patient selon les doses appropriées—Les revendications concernant la «trousse» se rattachent à un système d'administration du TCI et ne devraient pas faire l'objet de procédures en vertu du Règlement—Par conséquent, il n'était pas obligatoire d'alléguer la non-contrefaçon relativement aux revendications concernant la «trousse»—Une ordonnance d'interdiction devrait être rendue puisque le brevet est valide—Au cas où des conclusions erronées auraient été tirées au sujet de la validité du brevet ou au sujet du fait que la trousse ne relève pas des procédures d'avis de conformité, la Cour s'est penchée sur le fond de l'allégation de non-contrefaçon des revendications concernant la trousse—La trousse de Genpharm facilite l'observance du TCI—Par conséquent, son allégation selon laquelle les revendications du brevet concernant la «trousse» ne seront pas contrefaites n'était pas fondée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5)—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004(4) (mod. par DORS/95-411, art. 6).

PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS CANADA INC.  
C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-155-02, 2004  
CF 204, juge Snider, ordonnance en date du 12-2-04,  
54 p.)

Les demanderesse veulent obtenir une ordonnance en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), interdisant au ministre de la Santé de délivrer à RhoxalPharma (Rhoxal) un avis de conformité (ADC) en vertu de la Loi sur les aliments et drogues à l'égard de ses capsules de 25 mg et de 50 mg de la drogue cyclosporine pour administration par voie orale (capsule de Rhoxal) jusqu'à l'expiration du brevet canadien 1308656 (brevet '656)—Novartis AG est propriétaire du brevet '656 et Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. (Novartis) détient un ADC pour la commercialisation de ses produits pharmaceutiques de cyclosporine—Rhoxal a soulevé la question préliminaire de savoir si la demande devait être rejetée au motif de la chose jugée ou de l'irrecevabilité pour identité des questions en litige—Dans une procédure antérieure relative à l'ADC, la juge Tremblay-Lamer a conclu que Novartis n'avait pas démontré que les capsules de cyclosporine de 100 mg de Rhoxal destinées à l'administration par voie orale contreferaient le brevet '656—Avant que l'appel de cette décision soit entendu, le ministre a délivré à Rhoxal un ADC à l'égard de ses capsules de 100 mg—Appel rejeté au motif de l'absence d'objet—Rhoxal dit que Novartis cherche à rouvrir la question déjà tranchée par la juge Tremblay-Lamer—Elle renvoie également aux litiges aux États-Unis et à la décision de la Cour de district du Delaware dans les procédures relatives à la cyclosporine entre Novartis et EON—La

**BREVETS—Suite**

décision des États-Unis ne s'applique pas parce que le brevet américain est rédigé de manière différente et il ressort clairement de la décision préliminaire que le juge de première instance a limité la portée de la revendication américaine aux hydrosols formés de manière différente—La doctrine de la chose jugée embrasse deux formes d'irrecevabilité: l'irrecevabilité fondée sur la cause d'action et l'irrecevabilité pour identité des questions en litige—L'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, indique clairement que l'observation de ces conditions d'application préalables ne suffit pas—La Cour doit aussi décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette irrecevabilité doit être appliquée—Dans l'arrêt *Danyluk*, le juge Binnie a dit que l'irrecevabilité est une doctrine issue de l'équité, qui présente des liens étroits avec l'abus de procédure; elle est conçue comme un moyen de rendre justice et de protéger contre l'injustice et elle implique l'exercice par la cour de son pouvoir discrétionnaire pour assurer le respect de l'équité selon les circonstances propres à chaque espèce—Eu égard aux observations de Rhoxal lors de l'appel interjeté contre la décision de la juge Tremblay-Lamer au moment où l'argument du caractère théorique a été invoqué comme motif de rejet de l'appel, l'application de ces deux formes d'irrecevabilité en l'espèce créerait une nette injustice envers Novartis—La capsule de Rhoxal, après ingestion, forme un hydrosol après être entrée en contact avec l'eau et les sucres gastriques de l'estomac humain—L'hydrosol formé est composé de petites particules solides de cyclosporine stabilisée et mise en suspension dans le milieu aqueux de l'estomac humain—La preuve de cette conclusion est surabondante—L'avis d'allégation (ADA) de Rhoxal serait justifié si la capsule de Rhoxal, qui crée un hydrosol répondant aux spécifications d'un hydrosol dans le brevet '656, ne contrefaisait pas ce brevet—Rappel des principes d'interprétation des brevets—En interprétant la revendication 2a) du brevet '656 de façon téléologique par un examen de l'ensemble de la divulgation et des revendications et considérant la signification des termes de la revendication par des experts versés dans l'art de la formulation des préparations pharmaceutiques, on en conclut qu'une forme d'hydrosol *in situ* est comprise dans la portée de la revendication comme préparation pharmaceutique comprenant un hydrosol—Une «préparation pharmaceutique», selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, ne se limite pas à un hydrosol préparé avant l'ingestion et la revendication 2a) ne se limite pas à des applications parentérales—Une conclusion différente de celle de la juge Tremblay-Lamer est justifiée par une preuve substantiellement différente—Novartis a établi que l'ADA de Rhoxal n'était pas justifié—S'agissant de la théorie des équivalents, Rhoxal a soutenu qu'elle ne s'appliquait aucunement à la procédure relative à l'ADC qui est par nature sommaire, vise des fins administratives limitées et est différente d'une action en

**BREVETS—Suite**

contrefaçon—La décision du juge Binnie dans *Free World Trust c. Electro-Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, règle la question—Le juge Binnie a intégré la théorie des équivalents dans le cours normal de l'enquête pour contrefaçon, ainsi qu'il ressort de l'arrêt de même que de sa discussion des éléments essentiels et non essentiels de l'invention, des facteurs qui déterminent leur répartition et, en particulier, du troisième facteur, à savoir s'il est évident au moment où le brevet a été divulgué que la substitution d'une variante modifierait le fonctionnement de l'invention, ce qui nous ramène aux trois questions posées par lord Hoffman dans la décision *Improver Corp. c. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.)—Sur le fondement de l'affidavit de l'expert de Novartis, M. McGinity, qui a répondu à ces trois questions, a établi l'équivalence et n'a pas été contre-interrogé, un hydrosol de particules de cyclosporine dont le diamètre en nanomètres est dans la fourchette spécifiée et qui est formé *in situ* est équivalent à un hydrosol de particules de cyclosporine ayant les mêmes spécifications et formé à l'extérieur de l'organisme—Demande accueillie—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27.

NOVARTIS PHARMACEUTICALS CANADA INC. C. RHOXALPHARMA INC. (T-462-02, 2004 CF 474, juge Lemieux, ordonnance en date du 29-3-04, 75 p.)

**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision de la commissaire aux brevets de refuser de rétablir le brevet canadien n° 1283520 (le brevet), devenu périmé par suite du non-paiement des taxes périodiques réglementaires—Péremption attribuable au fait que le cabinet d'avocats représentant l'inventeur a cru par erreur que le titulaire initial du brevet avait déjà acquitté les droits exigibles—La demanderesse soutenait que la commissaire avait commis une erreur en limitant les «erreurs d'écriture» visées par l'art. 8 de la Loi sur les brevets (la Loi) aux erreurs figurant dans les documents en dépôt au Bureau des brevets—Le brevet a été accordé le 30 avril 1991 par suite d'une demande déposée au Canada le 3 juin 1987—Par conséquent, conformément à l'art. 78.2(2) de la Loi, l'art. 8 tel qu'il était libellé avant le 1<sup>er</sup> octobre 1989, s'appliquait en l'espèce—L'art. 8 parle d'«erreurs d'écriture dans tout document en dépôt au Bureau des brevets»—En l'espèce, c'est l'inscription indiquant que le brevet est périmé que la demanderesse cherche à faire corriger—Cette inscription n'est pas erronée, ayant été faite conformément à la Loi et à son règlement d'application—Pour l'application de l'art. 8, il importe peu de savoir si le fait que la demanderesse a omis par inadvertance de payer les taxes périodiques réglementaires dans le délai imparti était attribuable à une erreur d'écriture commise par son agent ou par elle-même ou si la chose était

**BREVETS—Suite**

attribuable à une autre raison—L'erreur qui a été commise (lorsque le cabinet d'avocats a par erreur débité le compte du titulaire initial du brevet plutôt que le compte de la demanderesse) ne peut pas être considérée comme «une erreur d'écriture dans un document en dépôt» au Bureau des brevets—La demanderesse a également prétendu que la commissaire a commis une erreur de droit en refusant de rétablir le brevet qui était périmé lorsqu'elle a refusé de reconnaître l'existence d'une compétence inhérente l'autorisant à corriger une erreur qui résulte d'une inadvertance «réelle» de la part d'un breveté ou de son agent—Cet argument ne peut valoir parce que l'art. 46(2) de la Loi indique que le brevet est périmé en cas de non-paiement dans le délai réglementaire des taxes prévues à l'art. 46(1)—Une telle exigence obligatoire n'indique pas que le ou la commissaire a le pouvoir discrétionnaire de modifier ces exigences ou d'en dispenser quelqu'un—Par ailleurs, la Cour a statué, dans l'arrêt *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (C.A.F.), que le commissaire n'avait pas le pouvoir de proroger le délai imparti pour acquitter des taxes périodiques ou de libérer quelqu'un des conséquences du défaut de paiement de ces taxes—De même, la commissaire n'était pas expressément ou implicitement autorisée à modifier les exigences relatives au paiement obligatoire des taxes ou à renoncer à ces exigences—Finalement, la thèse de la compétence inhérente du ou de la commissaire pour corriger des fautes d'inadvertance «réelles» de la part des brevetés ou de leurs agents suscite maints problèmes—Quels seraient les paramètres d'une faute d'inadvertance «réelle», par opposition à une faute d'inadvertance «non réelle»?—Le régime législatif élaboré par le législateur ne renferme pas de dispositions prévoyant de recours, à part le délai de rétablissement d'un an, et il ne confère aucun pouvoir discrétionnaire permettant au commissaire ou à la Cour de corriger des erreurs, même celles qui sont commises par des brevetés bien intentionnés, à l'égard des règles strictes qui s'appliquent au paiement des taxes réglementaires lorsque ces taxes ne sont toujours pas payées à la fin du délai de rétablissement—Bien qu'il soit malheureux qu'une simple inadvertance ait entraîné la perte du droit que possédait la demanderesse, rien ne permet à la Cour d'accorder une réparation au vu des faits—Demande rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 8 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 27), 46 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16; 1993, ch. 15, art. 43), 78.2(2) (édicte, *idem*, art. 55; 2001, ch. 10, art. 3).

P.E. FUSION LLC C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1683-03, 2004 CF 645, juge Mosley, ordonnance en date du 29-4-04, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une protonotaire a rejeté la requête présentée par la défenderesse en vue de faire radier en totalité la preuve produite par Schering Corporation (Schering) au motif qu'elle constituait

**BREVETS—Fin**

un abus de procédure, étant donné qu'en sa qualité de brevetée, Schering n'avait pas le droit de déposer des éléments de preuve distincts pour appuyer la demande présentée par Aventis Pharma Inc. (Aventis)—Même si elle n'était pas convaincue que la question litigieuse soumise à la protonotaire était une question ayant une influence déterminante sur l'issue de la cause, la Cour a décidé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début—Aventis avait déposé une demande pour empêcher la délivrance d'un avis de conformité à Apotex—La validité du brevet canadien n° 1341206 (brevet '206) était en litige—Aventis, qui est titulaire d'une licence d'utilisation du brevet '206, devait constituer Schering, qui est titulaire du brevet en question, partie à la demande—La preuve de Schering portait surtout sur la justesse de la prévisibilité des revendications 1, 2, 3 et 6 du brevet 206, alors que les éléments de preuve d'Aventis ne portaient que sur la justesse de la prévisibilité des revendications 12 et 3—Apotex affirmait qu'en autorisant le dépôt de la preuve de Schering, on accordait à Aventis deux possibilités distinctes de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse et que le dépôt des éléments de preuve de Schering avait «étourdi» Apotex avec de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments—Aucune disposition des Règles de la Cour fédérale (1998) ne permet à la Cour de limiter les droits d'une personne qu'il convient de constituer comme partie ou qu'il faut constituer comme partie—Le législateur fédéral a jugé bon d'exiger que le titulaire du brevet en litige dans une procédure introduite en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) soit constitué partie à cette procédure—La raison de cette exigence est de s'assurer que le breveté soit aussi lié par l'issue de la demande d'interdiction—Le breveté a le droit d'être représenté par l'avocat de son choix—Pour cette raison, le droit de Schering de déposer des éléments de preuve à l'appui de sa thèse que le brevet '206 est valide est confirmé—Schering n'a pas repris textuellement les éléments de preuve d'Aventis—On ne peut reprocher à Schering de s'être assurée de ne pas faire double emploi avec la preuve d'Aventis et on ne peut la punir pour avoir agi ainsi—Apotex affirmait que lorsqu'elle avait acquiescé à l'ordonnance fixant un nouvel échéancier pour l'administration de la preuve, elle ne pouvait prévoir que Schering déposerait un nombre considérable d'éléments de preuve—Le défaut d'Apotex de soulever la question au moment de l'établissement de l'échéancier est bel et bien ce qui a causé le problème—Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir conclure que Schering s'est rendue coupable d'un abus de procédure—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

AVENTIS PHARMA INC. C. APOTEX INC. (T-1742-03, 2004 CF 570, juge Gauthier, ordonnance en date du 15-4-04, 8 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté la requête du demandeur pour la réouverture et le rétablissement de sa demande de statut de réfugié—Le demandeur est un Tamoul hindou du Sri Lanka qui allègue la persécution aux mains des TLET et de l'armée sri lankaise—Son ancien avocat l'aurait tellement mal conseillé qu'il y aurait eu manquement aux principes de justice naturelle—Aucune injustice de la part de la Commission—À l'audience devant la Commission, le demandeur a témoigné que son ancien avocat ne l'avait pas persuadé d'abandonner sa demande de statut de réfugié—Le demandeur a également signé l'avis de retrait qui indiquait qu'il comprenait la nature et les conséquences de son retrait et qu'il retirait sa demande sans avoir été influencé—Sur le fondement de cet élément de preuve, il était raisonnablement loisible à la Commission de conclure qu'il n'y avait eu aucun manquement aux principes de justice naturelle ni aucun élément qui justifiait le rétablissement de la demande—La Commission s'est clairement fondée sur le témoignage du demandeur et le demandeur ne nie pas son propre témoignage—Le demandeur n'a pas été forcé de retirer sa demande de statut de réfugié—En raison d'événements subséquents, le demandeur regrette maintenant d'avoir retiré sa demande—La Commission a clairement tenu compte des allégations du demandeur concernant les recommandations de son ancien avocat, mais, en définitive, elle a décidé que cela ne constituait pas un manquement aux principes de justice naturelle—L'incompétence d'un avocat peut servir de motif de contrôle judiciaire fondé sur un manquement à la justice naturelle—Le demandeur ne doit toutefois avoir commis aucune faute—Le seul élément de preuve présenté est que le demandeur a pris la décision d'abandonner sa demande de statut de réfugié en se fondant sur la recommandation de son ancien avocat; selon ce dernier, la demande de parrainage de la conjointe s'opérait de façon automatique et il n'avait pas besoin de continuer la demande de statut de réfugié—Le demandeur n'a pas été négligent; il s'en est remis aux recommandations de son avocat et c'était raisonnable de le faire—Mais le fait que sa demande de statut de réfugié n'ait pas été entendue ne résulte pas de la seule faute de son avocat—Le dossier du tribunal montre que, devant la Commission, le demandeur n'a pas prétendu que son ancien avocat lui avait fait des recommandations qui l'ont induit en erreur—Le demandeur a accepté la décision de la Commission, parce qu'il s'attendait à ce que la demande de parrainage au Canada de sa conjointe réussisse—Le fait qu'elle a échoué et que, par conséquent, sa demande de statut de réfugié n'a pas été entendue ne signifie pas que la Commission a manqué aux principes de justice naturelle—La conclusion de la Commission était donc raisonnable—Pour ce qui est de la question de savoir si la

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

Commission a agi à l'encontre de l'intérêt de la justice en rejetant la demande, le demandeur admet que son objectif global était de devenir résident permanent du Canada—Le désir du demandeur d'obtenir le droit d'établissement au Canada ne l'emporte pas sur la préoccupation de la Commission selon laquelle le système d'octroi de l'asile existe pour protéger les réfugiés et n'est pas un moyen d'obtenir le droit d'établissement au Canada—Un résultat qui n'est pas favorable au demandeur ne signifie pas que les intérêts de la justice n'ont pas été servis—Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la Commission a ignoré des éléments de preuve pertinents reliés aux intérêts de la justice ou qu'elle a commis une erreur en n'accordant pas assez d'importance au mariage du demandeur à une résidente permanente—La Commission n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande.

SATHASIVAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6187-02, 2004 CF 438, juge Russell, ordonnance en date du 24-3-04, 13 p.)

## EXCLUSION ET RENVOI

*Renvoi de réfugiés*

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente d'exécution de ne pas surseoir au renvoi du demandeur, et de la décision défavorable d'un agent d'évaluation du risque avant renvoi (ERAR) en réponse à une demande en ce sens—En janvier 2004, le demandeur a été l'objet d'une évaluation du risque avant renvoi qui lui était défavorable—En février 2004, l'agente d'exécution a prononcé contre lui une mesure de renvoi—La requête du demandeur en sursis d'exécution de la mesure de renvoi a été accordée dans le dossier IMM-2114-04, jusqu'à ce qu'il soit disposé de la demande fondée sur des considérations humanitaires—En application des trois branches cumulatives du critère explicité dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1988), 86 N.R. 302 (C.A.F.), la première requête en sursis d'exécution, dans le dossier IMM-2112-04, a été rejetée parce qu'elle ne révélait aucune question sérieuse à trancher—Une norme élevée s'applique à une requête en sursis d'exécution qui fait suite à un refus de différer le renvoi d'un revendicateur, parce que le sursis, s'il est accordé, a pour résultat d'accorder le redressement sollicité dans la demande sous-jacente de contrôle judiciaire—Par conséquent, il faut aller au-delà de la seule application du critère de la «question sérieuse», et examiner dans le détail le fond de la demande sous-jacente—Il doit y avoir, dans le texte législatif ou dans une autre obligation juridique, une raison licite de ne pas exécuter la mesure de renvoi, qui soit suffisamment importante pour dispenser le ministre de se conformer à l'art. 48 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Rien ne donne à penser que le pouvoir discrétionnaire conféré à l'agente par

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'art. 48 a été irrégulièrement exercé, et donc la requête en sursis d'exécution se rapportant au dossier IMM-2112-04 a été rejetée—Quant à la deuxième requête, dossier IMM-2114-04, la question sérieuse est la norme de preuve qu'il convient d'appliquer lorsqu'on analyse le risque en application de l'art. 97(1)b) de la Loi—L'agent a conclu «qu'il n'était guère probable que le demandeur soit exposé à une menace appréciable pour sa vie, à un risque de torture, ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités, au sens de l'article 97»—Cela indique que l'agent a intégré le seuil des «motifs sérieux» de craindre la torture, selon ce que prévoit l'art. 97(1)a), dans le seuil du risque personnalisé dont il est question à l'art. 97(1)b)—L'affaire *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2003), 243 F.T.R. 261 (C.F.), portait sur la norme de preuve qu'il faut appliquer à l'art. 97(1), mais ne fait qu'effleurer la différence explicite entre le texte de l'art. 97(1)a) et celui de l'art. 97(1)b)—Des questions ont été certifiées à propos de cet aspect, et un appel est aujourd'hui pendant—S'agissant des deuxième et troisième volets du critère, à savoir le volet du préjudice irréparable et celui de la balance des inconvénients, ils militent tous deux en faveur du demandeur—Requête en sursis d'exécution de la mesure de renvoi accordée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 48, 97.

KANAGASABAPATHY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2112-04, IMM-2114-04, 2004 CF 441, juge Mosley, ordonnance en date du 24-3-04, 6 p.)

*Renvoi de résidents permanents*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration d'expulser le demandeur au motif qu'il est interdit de territoire en raison de grande criminalité—Le demandeur est un citoyen de la Guyana âgé de 56 ans qui est résident permanent du Canada depuis 1968—Il a des antécédents d'activités criminelles qui incluent huit déclarations de culpabilité—La dernière déclaration de culpabilité résultant de l'importation de cocaïne a entraîné son renvoi du Canada—Les droits du demandeur lors de chacune des trois étapes du processus de renvoi dépendent de la nature de l'enquête ou des questions à traiter—Les renvois en raison de l'interdiction de territoire sont régis par les art. 44 et 45 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—L'art. 44(1) touche deux actions différentes de l'agent d'immigration: 1) l'agent peut prendre une décision à l'égard de l'interdiction de territoire et 2) il peut décider de rédiger un rapport—La décision de rédiger un rapport doit être évaluée en prenant en compte la section de la Loi qui a comme but le renvoi de certaines personnes du Canada—Le pouvoir discrétionnaire qui consiste à ne pas préparer un rapport doit

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

être extrêmement limité et rare sans quoi il donnerait aux fonctionnaires un pouvoir discrétionnaire que même le ministre responsable n'a pas—Le rapport prévu à l'art. 44(1) se limite aux faits pertinents—Étant donné que l'interdiction de territoire pour raison de grande criminalité suivant l'art. 44(1) est fondée sur la déclaration de culpabilité et sur la peine elle-même, l'opinion de l'agent est limitée à l'obtention des renseignements démontrant que la déclaration de culpabilité et la peine ont été prononcées—Les faits pertinents dans le contexte du rapport au ministre ou au représentant sont l'existence de la déclaration de culpabilité et la durée de la peine—Par conséquent, l'agent n'avait pas compétence pour examiner les questions d'ordre humanitaire lorsqu'il a préparé son rapport—De la même façon, le représentant, lorsqu'il décide si le rapport est bien fondé, est limité dans son examen aux faits pertinents de la déclaration de culpabilité et de la peine—Compte tenu de la nature limitée de l'enquête, les motifs énoncés étaient plus qu'appropriés pour que le demandeur sache sur quoi était fondée la décision—Finalement, si une entrevue doit être tenue, si un droit d'obtenir une telle entrevue existe, elle devrait être tenue après la transmission du rapport au ministre, mais avant la décision de le déférer—Il s'agit d'un rare cas où il y a eu un manquement à l'équité procédurale parce que l'entrevue a été tenue après que le rapport a été déféré à la Section de l'immigration pour une audience portant sur l'interdiction de territoire, mais où la réparation ne devrait pas être l'annulation de la décision—Le demandeur a été incapable d'avancer les faits pertinents qui auraient pu être soumis au représentant afin de modifier de quelque façon la décision de déférer le rapport—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 44(1).

CORREIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3955-03, 2004 CF 782, juge Phelan, ordonnance en date du 31-5-04, 11 p.)

**STATUT AU CANADA**

Contrôle judiciaire d'une décision dans laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la demanderesse n'était pas personnellement en danger en Albanie et, puisque son fils et l'épouse de celui-ci allaient demeurer au Canada, qu'elle ne devrait pas avoir de problèmes en rentrant dans son pays—La demanderesse prétend que la Commission a commis des erreurs—Même s'ils sont intéressants d'un point de vue théorique, ses arguments ne sont pas soutenus par les faits de l'affaire—La première erreur alléguée est que la Commission n'a pas tenu compte de l'exception des «raisons impérieuses» prévue à l'art. 108 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—La Commission n'a pas conclu que la demanderesse a été victime de persécution dans le passé—Pour que la Commission

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

entreprenne une analyse des raisons impérieuses, elle doit d'abord conclure qu'il existait une demande valide du statut de réfugié ou de personne à protéger et que les motifs de la demande ont cessé d'exister en raison d'un changement de la situation dans le pays—Le deuxième argument dit que la Commission a omis de tirer une conclusion sur la persécution dans le passé—Cet argument renvoie au premier—Même si la Commission n'a pas expressément dit que la demanderesse n'avait pas été victime de persécution dans le passé, cette conclusion est implicite dans les motifs—La demanderesse plaide également que la Commission a commis une erreur en ce qui concerne le fardeau de la preuve parce qu'elle a conclu que, selon la probabilité la plus forte, il n'existait pas une possibilité sérieuse que la demanderesse soit la cible de persécution—Argument théorique—Peu importe la norme de preuve applicable, elle n'aurait eu aucune incidence sur les conclusions dans la présente affaire—Enfin, la demanderesse prétend qu'il incombait à la Commission de faire une analyse distincte en vertu de l'art. 97 de la Loi—Elle allègue qu'à moins que sa décision ne repose sur la crédibilité (ce qui n'est pas le cas en l'espèce), la Commission doit faire une analyse distincte selon l'art. 97—La jurisprudence n'exige pas qu'une analyse selon l'art. 97 soit faite dans tous les cas—C'est une question qui doit être examinée au cas par cas—Donc, même si une analyse distincte selon l'art. 97 est souhaitable, l'omission de faire une telle analyse ne sera pas fatale dans des circonstances où aucun élément de preuve ne l'exigerait—La Commission a fait une brève analyse du risque visé à l'art. 97 lorsqu'elle a tiré la conclusion qu'«il n'existe aucune raison de croire» que la demanderesse fera face à quelque risque que ce soit si elle rentre en Albanie—La Commission ne disposait d'aucun élément de preuve objectif qui lui aurait permis de tirer une autre conclusion—Demande rejetée—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 97, 108.

BROVINA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2427-03, 2004 CF 635, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 29-4-04, 9 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a jugé la plainte du demandeur irrecevable en vertu de l'art. 41(1)e) de la Loi canadienne sur les droits de la personne au motif que la plainte avait été déposée plus d'un an après les actes discriminatoires allégués—Licencement du demandeur par l'Autorité aéroportuaire du Grand Toronto le 30 mars 2000 après plus 22 ans de service—Au cours des dernières années, l'alcoolisme du demandeur avait nui à son rendement—Il s'agissait de savoir si la Commission a violé l'art. 42(1) de la Loi et/ou manqué aux principes d'équité procédurale en ne

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

motivant pas suffisamment sa décision—Il était impossible de savoir, à la lecture de ses motifs, pourquoi la Commission a estimé qu'il ne fallait pas suivre les recommandations de l'enquêteur et pourquoi elle a refusé d'exercer le pouvoir discrétionnaire limité que lui confère l'art. 41(1)e—Le demandeur affirmait que la Commission avait manqué à l'obligation d'équité que lui impose la common law de même qu'à l'obligation que lui impose l'art. 42(1) de motiver sa décision parce que, dans sa décision, la Commission ne faisait aucune mention des facteurs ou considérations ayant motivé sa conclusion—La décision contenue dans la lettre envoyée en l'espèce au demandeur ne respectait pas la norme établie par les tribunaux au sujet de l'art. 4(1) et la décision n'était pas suffisamment motivée pour respecter les principes d'équité procédurale—Pour ces deux raisons, la Commission a commis une erreur en ne motivant pas suffisamment sa décision—Les motifs qu'elle a fournis ne satisfont ni au critère minimal de suffisance établi par les principes de common law de l'équité procédurale, ni au critère minimal établi par l'art. 42(1) de la Loi—Cette erreur justifiait l'intervention de la Cour—Demande accueillie—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 4(1)e (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 34), 42(1).

KIDD. C. AUTORITÉ AÉROPORTUAIRE DU GRAND TORONTO (T-1675-03, 2004 CF 703, juge Mosley, ordonnance en date du 14-5-04, 14 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) selon laquelle la conversion des postes des demanderesse au niveau MG-05 devrait être révoquée par suite de la décision de la Commission de la fonction publique (la Commission) d'annuler le concours relatif aux postes AU-03—À l'issue du concours, les demanderesse avaient été nommées à des postes AU-03—La nomination des demanderesse a été révoquée par suite de l'accueil de l'appel du concours et des mesures correctives—Dans l'intervalle, l'employeur a converti les postes AU-03 en postes MG-05—La décision contestée fait suite à la révocation des nominations—L'ADRC possède les pleins pouvoirs en ce qui concerne ses propres questions de dotation, mais en vertu de l'art. 100 de la Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada, les appels interjetés en matière d'emploi avant l'entrée en vigueur de la Loi sont jugés sous le régime de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le programme de dotation que l'ADRC a adopté en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 54 ne parle pas de «conversion», mais de «reclassification»—Rien n'empêchait l'ADRC de prendre des dispositions au sujet de la conversion dans son Programme de dotation, mais elle a choisi de ne pas le faire—Ce ne sont pas tous les postes AU-03 qui ont été convertis en postes MG-05,

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

mais uniquement ceux qui comportaient des fonctions de supervision—Les titulaires des nouveaux postes MG-05 se sont vu confier de nouvelles fonctions et ont eu droit à une hausse de traitement appréciable—Le terme «reclassification» est défini à l'art. 1 du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000)—Seule une reclassification qui vise l'ensemble d'un groupe professionnel et n'entraîne aucun changement dans les fonctions exercées peut être considérée comme une conversion—Il n'y a aucune raison qui justifierait de ne pas appliquer cette définition de façon générale à toutes les reclassifications qui sont effectuées dans la fonction publique, y compris celles auxquelles procède L'ADRC—Il n'y a pas eu «conversion» du poste occupé par les demanderesse—L'ADRC n'avait pas le pouvoir de procéder à une telle conversion et, surtout, la mesure qui a été prise constituait effectivement une reclassification et non une conversion—La véritable nature d'une mesure de dotation dépend de ses effets et non du nom que lui attribue l'organisme en question—Compte tenu du fait que les demanderesse avaient été nommées à un poste MG-05 lorsque la Commission a décidé d'annuler le concours AU-03, la révocation des postes AU-03 n'a eu aucun effet sur leur situation d'emploi—La décision de la Commission n'a eu aucun effet sur les demanderesse—L'ADRC a commis une erreur en concluant qu'elle devait donner effet à la révocation de la Commission en révoquant à son tour les nominations aux postes MG-05—Demande accueillie—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000), DORS/2000-80, art. 1 «reclassification»—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33—Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada, L.C. 1999, ch. 19, art. 54, 100.

JOHNSON C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-1937-02, 2004 CF 646, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 19-5-04, 9 p.)

**APPELS**

Contrôle judiciaire du rejet, par le comité d'appel de la Commission de la fonction publique, d'un appel concernant les résultats d'un concours—Le demandeur n'a pas respecté la date limite d'appel parce qu'il était en vacances—Le Comité a conclu à l'absence de circonstances exceptionnelles qui justifieraient la prolongation du délai d'appel prévu—L'art. 21(1) du Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000) (le Règlement) autorise les candidats non reçus à interjeter appel des résultats d'un concours, mais ils disposent d'un délai restreint de 14 jours pour le faire—Cet article prévoit par ailleurs une exception à cette règle en cas de circonstances contraignantes—Pour se prévaloir de l'exception prévue à l'art. 21(2), les candidats doivent démontrer l'existence de «circonstances exceptionnelles» «indépendantes de la volonté de l'intéressé» empêchant celui-ci d'interjeter

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

appel dans le délai imparti—En l'espèce, le concours était largement ouvert et il est improbable que le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international se soit arrangé pour frustrer précisément le demandeur de son droit d'appel en communiquant les résultats du concours pendant ses vacances—Un délai d'appel de 14 jours correspondra parfois avec le congé d'un candidat ou se situera dans cette période-là—Dans pareille conjoncture, il n'y a pas de circonstances exceptionnelles—Il faut quelque chose de plus—Le candidat savait que les résultats du concours pouvaient être communiqués à tout moment, y compris pendant ses vacances—Il était maître de son emploi du temps et aurait pu prendre ses vacances à un autre moment—En ce qui concerne le dernier critère, le demandeur aurait pu prendre des mesures en vue de s'assurer qu'on l'informerait des résultats du concours ou que l'appel serait interjeté en temps voulu pendant ses vacances—Les dispositions réglementaires régissant les appels sont claires et la dérogation au délai d'appel habituel est restreinte—Le Règlement ne va pas au-delà du pouvoir de réglementation prévu par la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la Loi)—Le demandeur soutient que la Loi indique implicitement que le délai d'appel devrait courir à partir de la date où le candidat non reçu a été effectivement avisé des résultats du concours—Le Règlement dispose que le délai d'appel commence au moment où le candidat non reçu «est réputé avoir été informé»—Rien dans le Règlement n'est incompatible avec la Loi—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33—Règlement sur l'emploi dans la fonction publique (2000), DORS/2000-80, art. 21.

LEVY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1390-02, 2004 CF 633, juge O'Reilly, jugement en date du 30-4-04, 11 p.)

**PROCÉDURE DE SÉLECTION**

Contrôle judiciaire de la décision du Comité d'appel qui a accueilli l'appel présenté à l'égard du processus de sélection—L'avis de concours énonce six facteurs au titre des qualités requises et pour chacun d'eux il y a des sous-facteurs—Le jury de sélection a décidé que la note de passage des facteurs «connaissances» et «capacités» sera de 60 p. cent—Il n'a pas établi de note de passage pour les sous-facteurs—En appel, le Comité d'appel a conclu qu'il fallait établir des notes de passage pour les sous-facteurs—On a reconvoqué le jury de sélection qui a établi une note de passage de 50 p. cent pour chacun des sous-facteurs—Un deuxième appel a été accueilli au motif que la note de passage avait été effectivement changée pour les facteurs «connaissances» et «capacités» et au motif qu'il était illogique que les notes de passage pour les sous-facteurs soient différentes de celles établies pour les facteurs—En vertu de l'art. 21(3) de la Loi sur l'emploi dans

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

la fonction publique, la Commission de la fonction publique peut ordonner que des mesures correctives soient prises pour remédier à toute irrégularité relativement à la procédure de sélection—En l'espèce, la Commission a ordonné au jury de sélection d'établir une note de passage pour les sous-facteurs—Les jurys de sélection jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire dans l'application des mesures correctives dans la mesure où ils respectent les directives—Il n'y a rien d'illogique dans la décision prise par le jury de sélection, à savoir que les candidats retenus devaient avoir obtenu une note d'au moins 60 p. cent pour leurs connaissances et leurs capacités, note représentant la moyenne des deux notes obtenues pour les sous-facteurs, dans la mesure où ils avaient obtenu une note d'au moins 50 p. cent pour chacun de ces sous-facteurs—Il était loisible au jury de sélection d'appliquer les mesures correctives comme il l'a fait et le Comité d'appel a commis une erreur en concluant le contraire—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 21(3) (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 16).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SMITH (T-2127-02, 2004 CF 623, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 29-4-04, 4 p.)

**Concours**

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par une agente d'enquête de la Commission de la fonction publique en application de l'art. 7.1 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (LEFP), rejetant la plainte du demandeur portant que le ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada (TPSGC) lui avait fait une offre d'emploi pour ensuite l'annuler—La décision visée par le contrôle judiciaire est un réexamen de la plainte faisant suite à l'ordonnance rendue par le juge Gibson (*Orijl c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 423 (1<sup>re</sup> inst.))—Le demandeur était le seul candidat à avoir réussi un concours public tenu afin de combler un poste de CR-04—On lui a dit que l'emploi débiterait le 2 avril 2001, à la condition qu'il subisse avec succès les tests linguistiques et le contrôle des références et qu'il obtienne l'autorisation de sécurité—En mars, on lui a dit que le poste n'était plus vacant parce qu'il allait être comblé par une employée de TPSGC déclarée excédentaire—En fait, l'employée en question n'avait pas encore été déclarée excédentaire—L'employée a été nommée à titre intérimaire—Le demandeur n'a jamais subi les tests permettant de vérifier ses compétences linguistiques dans la langue seconde—L'agente d'enquête a conclu à l'absence d'une offre d'emploi parce que le processus de sélection n'a jamais été mené à terme, une liste d'admissibilité n'a jamais été établie, et que la fonctionnaire de TPSGC n'était pas investie des pouvoirs nécessaires pour présenter une offre d'emploi—Le demandeur



**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

soutient qu'une telle conclusion relevait de la chose jugée en raison de la décision rendue par le juge Gibson—Argument dénué de fondement—Selon le juge Gibson, la conclusion tirée par l'agente d'enquête qui s'appuyait sur une interprétation fautive de l'art. 22 de la LEFP n'avait pas pour effet de subséquemment empêcher le nouvel agent d'enquête, après avoir entendu l'affaire, de décider, à la lumière d'un raisonnement différent, qu'aucune offre d'emploi n'avait été faite au demandeur—Dans la mesure où ce nouvel agent d'enquête ne s'appuyait pas sur l'interprétation fautive antérieure de l'art. 22, il lui était loisible de tirer de nouvelles conclusions sur le fondement d'une analyse distincte—La conclusion tirée par l'agente d'enquête selon laquelle aucune offre d'emploi n'a été faite au demandeur reposait sur une interprétation correcte de la LEFP et du Règlement, et cette interprétation a été appliquée de façon raisonnable aux circonstances—Selon le régime législatif applicable, le demandeur, après avoir établi qu'il satisfaisait à toutes les exigences du poste, aurait eu le droit d'être placé sur une liste d'admissibilité, selon son mérite—Aucune liste d'admissibilité n'a été établie parce que le demandeur n'était pas encore considéré comme qualifié: il n'avait pas subi les tests de langue seconde, alors que la CFP estime cette exigence nécessaire pour qu'il soit fait preuve des compétences linguistiques conformément à l'art. 20 de la LEFP—L'art. 17(1.1) de la LEFP mentionne qu'un candidat peut être placé sur une liste d'admissibilité pendant la vérification de la conformité de son cas aux conditions d'emploi en matière de sécurité, de fiabilité ou de santé—En revanche, l'art. 17(1.1) ne prévoit pas qu'un candidat peut être inscrit sur une liste d'admissibilité dans l'attente des résultats des tests linguistiques—L'absence de mention concernant les tests de langue seconde à l'art. 17(1.1) donne à penser que les compétences linguistiques exigées pour un poste sont considérées comme une partie intégrante du poste lui-même et qu'elles influent sur le point de savoir si un candidat est en réalité qualifié pour le poste—Bien que le demandeur ait été la seule personne à réussir l'examen écrit, il n'avait pas encore passé les tests de langue seconde qui lui auraient permis d'établir qu'il répondait à l'exigence linguistique «BBB»—TPSGC n'était donc nullement tenu d'établir une liste d'admissibilité, laquelle sert à nommer une personne dans le cadre d'un concours public—Même si le retard de TPSGC à prendre les arrangements nécessaires pour faire subir les tests de langue seconde entre le moment de l'examen (février 2001) et mars 2001, date à laquelle il a été établi que des employés seraient déclarés excédentaires, constitue un aspect troublant, cette situation ne donne pas le droit d'obtenir une réparation—Aucun précédent ni aucune disposition de la LEFP ne laissent croire que TPSGC avait l'obligation de fixer, en temps utile, une date à laquelle le demandeur serait soumis aux tests linguistiques—Les fonctionnaires de TPSGC ont

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

manifestement mal compris la nature des obligations que leur impose l'appendice sur le réaménagement des effectifs—L'art. 1.1.1 de cet appendice porte que, lorsque des employés sont touchés par un réaménagement des effectifs, tous les ministères doivent alors veiller, «dans la mesure du possible» à ce qu'on «leur offre toutes les possibilités raisonnables» de poursuivre leur carrière dans la fonction publique—Cette obligation, conjuguée au pouvoir exprès conféré à l'art. 11 de la LEFP, fonde TPSGC à suspendre le processus de sélection avant qu'une liste d'admissibilité ne soit établie, et à procéder par voie de la nomination intérimaire de l'employée appelée à être déclarée excédentaire—Aucune erreur de droit n'a été commise lorsque cette employée a été nommée à titre intérimaire—L'agente d'enquête était fondée à conclure que l'employée était inadmissible à une nomination par priorité vu que celle-ci n'avait pas encore été déclarée excédentaire et, à la lumière de la preuve, il lui était loisible de le faire—La preuve étaye la conclusion de l'agente d'enquête selon laquelle la nomination à titre intérimaire a été effectuée en conformité avec la LEFP et le Règlement—L'agente d'enquête était fondée à conclure que le principe du mérite a été respecté, tant en ce qui concerne l'art. 10(1) que l'obligation énoncée à l'art. 11 de la LEFP selon lequel les postes sont pourvus par nomination interne—Enfin, l'agente d'enquête a eu raison d'établir une distinction avec l'arrêt *Procureur général du Canada c. Sharpe*, [1983] 1 C.F. 292 (C.A.)—Les allégations de fraude, de falsification d'éléments de preuve, d'abus de pouvoir et de parjure ainsi que l'assertion voulant que TPSGC ait sciemment induit le demandeur en erreur ou ait sciemment dissimulé des faits se rapportant à la nomination intérimaire sont dénuées de tout fondement—Demande rejetée—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 7.1 (édité par L.C. 1992, ch. 54, art. 8), 10(1) (mod., *idem*, art. 10), 11, 17(1.1) (mod., *idem*, art. 14), 20, 22 (mod., *idem*, art. 17).

ORJI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1432-03, 2004 CF 666, juge Mosley, ordonnance en date du 6-5-04, 26 p.)

*Principe de mérite*

Contrôle judiciaire de la décision du comité d'appel de la Commission de la fonction publique rejetant l'appel du demandeur d'une décision du jury de sélection rendue au sujet d'une nomination au poste d'analyste de renseignement de sécurité au ministère de la Citoyenneté et Immigration—Quatre candidats n'ont pas été distingués au titre des connaissances et capacités, mais évalués sur la base réussite/échec—Les quatre ont réussi—Ces facteurs n'ont eu aucun poids dans l'évaluation relative—Les qualités personnelles ont été évaluées sur une base comparative—Aucun barème chiffré—Rang déterminé par les descriptions fournies par les

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

répondants, auquel s'est ajouté la connaissance personnelle des candidats par le membre du jury de sélection—Le comité d'appel a conclu que l'évaluation des connaissances et capacités fondée sur les vérifications de références et les connaissances personnelles du jury était raisonnable, au vu «de l'importance relative des qualités personnelles pour ce poste»—On ne trouve nulle part dans l'énoncé de qualités du poste ou dans l'affiche cette notion d'importance relative—Le comité d'appel a clairement conclu que le jury de sélection n'avait procédé à aucune évaluation relative ou comparative des candidats, sous les facteurs connaissances et capacités—Seul le facteur qualités personnelles a fait l'objet d'une notation et de l'établissement d'un rang—Le comité d'appel a constaté que les facteurs des connaissances et des capacités n'avaient pas été négligés et que le processus de sélection en a tenu compte, chaque candidat devant réussir pour être placé sur la liste d'admissibilité—Dans *Nelson c. Canada (Procureur général)* (2001), 204 F.T.R. 287 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Muldoon a déclaré que: «Chaque qualité doit être évaluée, chacune étant essentielle et indépendante des autres», ce qui fonde clairement le point de vue du demandeur que le principe du mérite porte que chaque qualité doit être évaluée—La décision du comité d'appel soumise au contrôle présume qu'il «n'existait pas de moyen de déterminer la compétence relative des candidats» à l'égard des facteurs connaissances et capacités et qu'en l'espèce connaissances et capacités ont été examinées et qu'il suffisait que les candidats obtiennent une réussite—Le principe directeur est le même dans chaque cas: le comité d'appel est-il arrivé à la conclusion, au vu des qualifications établies pour le poste, que le processus de sélection comprenait une évaluation du mérite relatif des candidats?—Le comité d'appel a commis une erreur en arrivant à la conclusion qu'on avait répondu aux simples exigences juridiques en l'espèce, même si la compétence relative des candidats n'avait pas été évaluée au vu des facteurs connaissances et capacités et qu'il était suffisant que les candidats aient réussi—Le comité d'appel a aussi commis une erreur en concluant que le processus utilisé pour évaluer les qualités personnelles ne violait pas le principe du mérite—Les candidats ont été évalués sur une base comparative pour chacune des quatre composantes des qualités personnelles: bonnes relations interpersonnelles, motivation, discernement et fiabilité—Mais il y a deux aspects troublants dans la méthodologie utilisée—Premièrement, les deux candidats qualifiés ont été évalués par des répondants différents, qui semblent avoir eu le loisir d'observer les personnes qu'ils évaluaient, alors que le demandeur a été évalué par un seul membre du jury, qui avait été son surveillant en 1995 et qui avait travaillé avec lui pendant une courte période dans un passé plus récent—Deuxièmement, le comité d'appel excuse les lacunes du processus utilisé pour évaluer les qualités personnelles du fait que «les valeurs de dotation, notamment la compétence, l'impartialité, l'équité et

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

la transparence doivent être pondérés [. . .] en regard des principes de gestion que sont la souplesse et la capacité financière/l'efficacité»—L'exigence d'une preuve convaincante et d'un cadre d'évaluation adéquat ne peut être mise en cause par des «valeurs de gestion» lorsqu'un jury de sélection doit prendre une décision de cette nature—La preuve convaincante nécessaire que, pour le facteur qualités personnelles, les candidats ont été évalués avec les mêmes critères n'est pas présente en l'espèce—Demande accueillie.

GAWLICK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-305-02, 2004 CF 656, juge Russell, ordonnance en date du 4-5-04, 21 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU***Allocation du coût en capital*

Appel interjeté contre une décision de la Cour de l'impôt établissant la juste valeur marchande (JVM) d'un logiciel acquis par Commcorp Financial Services Inc. (Commcorp), prédécesseur de l'appelante, en vertu d'un contrat de cession-bail (2003 DTC 1138)—La Cour de l'impôt a jugé que la JVM du logiciel était d'environ 20 millions de dollars inférieure à la somme déduite par l'appelante—En règle générale, le «coût» d'un bien devant servir à déterminer l'allocation du coût en capital (ACC) est la somme que le contribuable a payée pour l'acquérir—Mais, Commcorp ayant acquis le logiciel dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance, l'art. 69(1a) de la Loi de l'impôt sur le revenu a pour effet de limiter le coût en capital du logiciel à sa JVM—La Cour de l'impôt a rejeté les deux rapports d'expert produits par l'appelante au soutien d'une JVM de 33 millions de dollars—Elle a utilisé la méthode du coût de remplacement pour évaluer le logiciel—L'appelante dit que la méthode de la comptabilité de trésorerie ou la méthode fondée sur les gains convenait mieux—La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a dit que la valeur actuelle du revenu tiré du bail ne reflétait pas la juste valeur marchande du logiciel—Elle savait parfaitement que le logiciel faisait l'objet du bail au moment de son acquisition par Commcorp et que le bail était une opération juridiquement valide et non une opération fictive—Néanmoins, la Cour de l'impôt a jugé à juste titre que la Loi de l'impôt sur le revenu l'obligeait à déterminer la JVM du logiciel et non du bail—Dans certains cas, le revenu tiré d'un bail peut être utile pour déterminer la valeur du bien qui en fait l'objet, mais la Cour de l'impôt était fondée à conclure que cela ne convenait pas en l'espèce—L'établissement de la JVM est une question de fait—La Cour de l'impôt était fondée à se faire sa propre idée de la valeur—Le revenu de location ne reflétait pas la JVM du logiciel parce que les parties avaient déterminé au préalable la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

somme représentant les paiements de location en se fondant sur la JVM indiquée dans le premier rapport d'expert, laquelle, selon la Cour de l'impôt, était trop élevée d'environ 20 millions de dollars—Puisque la valeur du bail dépendait entièrement de la valeur erronée indiquée dans ce rapport, dans la mesure où le logiciel y était surévalué, la valeur du revenu de location ne donne pas lui non plus un portrait fidèle de la valeur du logiciel—Par conséquent, la Cour de l'impôt a eu raison de rejeter la méthode fondée sur les flux de trésorerie utilisée dans le second rapport d'expert—La Cour de l'impôt a étudié les rapports d'expert, elle en a retenu certaines parties et en a rejeté les autres—Le raisonnement qu'elle a employé pour arriver à une JVM fondée sur le coût de remplacement est juste—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 69(1*a*).

CIT FINANCIAL LTD. C. CANADA (A-455-03, 2004 CAF 201, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 20-5-04, 8 p.)

**NON-RÉSIDENTS**

Appel de la décision d'un juge de la Cour canadienne de l'impôt portant que les liens de l'appelante avec les États-Unis ne présentaient pas une «permanence suffisante» pour rompre tous les liens de résidence avec le Canada, de sorte que le par. 2 de l'Art. IV de la Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, lequel traite de la double résidence, ne s'appliquait pas—Pour les années d'imposition 1993, 1994 et 1995, l'appelante a prétendu qu'elle était résidente des États-Unis alors qu'elle détenait une «carte verte», laquelle lui donnait droit de vivre en permanence et de travailler aux États-Unis et qu'elle n'avait pas à payer d'impôt au Canada—Elle a vécu à Windsor et a vendu des fournitures pour hôpitaux dans l'ensemble des États-Unis—Elle a produit des déclarations d'impôt aux États-Unis quant à son revenu de toute provenance comme résidente américaine—Une convention en matière d'impôt doit être interprétée de façon libérale de manière à appliquer les véritables intentions des parties—Il faut éviter une interprétation littérale ou légaliste, contraire à l'objet fondamental du traité—La Convention a pour but de bénéficier aux Canadiens qui travaillent aux États-Unis ou *vice versa*, en les protégeant contre la double imposition—Elle viserait également, de façon accessoire, à réduire les complexités administratives engendrées par l'obligation de produire simultanément des déclarations d'impôt sur le revenu dans deux régimes fiscaux non coordonnés—Le juge de la Cour de l'impôt a omis de tenir compte du fait que l'appelante pouvait avoir la double résidence—Ce concept comporte la possibilité que la résidence soit établie aux États-Unis sans que les liens ne soient brisés avec le Canada—Après avoir conclu que l'appelante était résidente du Canada, le juge, en conformité

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

avec l'approche préconisée dans l'arrêt *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209 aurait dû examiner si elle était également résidente des États-Unis aux fins de la Convention—Le juge a ignoré à tort le fait que l'appelante était tenue de payer de l'impôt aux États-Unis, peu importe sa résidence physique—Le statut de détenteur d'une carte verte est un «critère de nature» analogue à celui de la résidence aux États-Unis, de sorte que l'appelante est visée par la définition de «résident d'un État contractant» mentionnée au par. 1 de l'Art. IV—Par ailleurs, les conclusions de fait tirées par le juge établissant la résidence au Canada en vertu de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Thomson* donne lieu à la double résidence et à la nécessité de faire une analyse libérale sous le régime du par. 2 de l'Art. IV—L'omission de faire l'analyse prévue par la Convention constitue manifestement une erreur de droit—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1—Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, L.C. 1984, ch. 20, ann. I, Art. IV, «résident d'un État contractant».

ALLCHIN C. CANADA (A-444-03, 2004 CAF 206, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 27-5-04, 8 p.)

**NOUVELLES COTISATIONS**

Appel interjeté contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([2003] 2 C.T.C. 2323) qui concernait le point de droit suivant: le M.R.N. était-il fondé à établir une nouvelle cotisation pour l'année d'imposition 1987 de l'appelant, en application de l'art. 152(4*b*)(i) de la Loi de l'impôt sur le revenu, après le 5 octobre 1991, fin de la période normale de nouvelle cotisation de l'appelant pour l'année d'imposition 1987?—Dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1988, le contribuable avait demandé un report de perte en amont—Le ministre avait établi en 1990 une seconde nouvelle cotisation établissant les obligations fiscales de l'appelant pour 1987—La période normale de nouvelle cotisation prenait fin le 5 octobre 1991—L'appelant n'avait produit aucun autre formulaire officiel—Le ministre avait délivré le 1<sup>er</sup> avril 1993 une troisième nouvelle cotisation établissant les obligations fiscales de l'appelant pour l'année d'imposition 1987—Le contribuable s'était opposé à cette troisième nouvelle cotisation en faisant valoir qu'elle avait été établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation—Le ministre avait confirmé la nouvelle cotisation—Le contribuable avait interjeté appel—La question était de savoir si le texte législatif applicable était la Loi de l'impôt sur le revenu telle qu'elle existait en 1993, année au cours de laquelle avait été établie la nouvelle cotisation contestée, ou bien la Loi de l'impôt sur le revenu telle qu'elle existait après les modifications adoptées en 1988, qui étaient entrées en vigueur après le 27 avril 1989—Les parties se sont accordées pour dire que, quelle que soit la réponse, l'effet était le

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

même—Nonobstant la communauté de vues des parties, la Cour a examiné les deux dispositions pour voir si en réalité elles disaient bien la même chose—Elle avait affaire à deux notions, le pouvoir du ministre de calculer et de recalculer le revenu du contribuable, et les délais à l'intérieur desquels le ministre peut exercer ce pouvoir—L'ancien art. 152(1) conférait au ministre le pouvoir de calculer le revenu du contribuable après avoir reçu la déclaration du contribuable, et l'art. 152(6) conférait au ministre le pouvoir de recalculer le revenu du contribuable dans certains cas, dont l'un était la demande de nouveau calcul faite par le contribuable afin d'obtenir un report de perte vers une année antérieure d'imposition—Il y a des délais à l'intérieur desquels ce pouvoir doit être exercé, et il y a des limites à l'objet qui peut être soumis à un nouveau calcul—Ces deux genres de limites se trouvent dans l'art. 152(4) tel qu'il existait au moment où les nouvelles cotisations en cause ont été établies—Même si l'art. 152(1) confère au ministre le pouvoir de calculer le revenu du contribuable, et de le faire avec toute la diligence possible, cette disposition ne prévoit aucun délai à l'intérieur duquel le ministre doit exercer ce pouvoir—De même, bien que l'art. 152(6) confère au ministre l'obligation de recalculer le revenu du contribuable pour tenir compte de la demande de report de perte en amont faite par le contribuable, cette disposition ne prévoit aucun délai à l'intérieur duquel ce nouveau calcul doit être fait—Pour savoir ce que sont les délais en question, il faut s'en rapporter à l'art. 152(4), qui parle de l'absence de tout délai à l'intérieur duquel le ministre doit exercer au départ son pouvoir d'établir la responsabilité fiscale du contribuable—L'art. 152(4) parle aussi du pouvoir du ministre d'établir de nouvelles cotisations—Le pouvoir d'établir de nouvelles cotisations à l'intérieur de la période élargie de cotisation selon ce que prévoit l'art. 152(4)b) se limite au report de perte lui-même—Il n'est pas vrai que l'art. 152(4)b)(i) autorise une nouvelle cotisation unique du seul fait que cette disposition fait état de la nouvelle cotisation «exigée» par l'art. 152(6)—L'art. 152(4)b)(i) indique simplement les cas où la période élargie de nouvelle cotisation, à l'art. 152(4)b), s'applique; il ne définit pas ce qui peut arriver à l'intérieur de cette période élargie de nouvelle cotisation—La définition de ce qui peut arriver durant la période élargie est exprimée par les mots qui précèdent l'art. 152(4)c): «selon les circonstances, établir des nouvelles cotisations, des cotisations supplémentaires ou des cotisations d'impôt, d'intérêts ou de pénalités en vertu de la présente partie»—Le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois à l'égard de chacune des périodes de nouvelle cotisation définies à l'art. 152(4)a), b) et c) se trouve dans les mots «selon les circonstances»—L'intention du législateur peut être trouvée dans la version française du texte—La version anglaise dit simplement «may . . . reassess», ce qui ne donne aucune indication du nombre, tandis que la version française dit «établir des nouvelles cotisations», ce qui est

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

évidemment un pluriel—Par conséquent, même si l'expression «selon les circonstances» («as the circumstances may require») s'applique à un choix entre les catégories énumérées, la catégorie des nouvelles cotisations est définie comme davantage qu'une nouvelle cotisation—La version française renforce l'argument selon lequel l'ancienne version du texte législatif autorise une pluralité de nouvelles cotisations à l'intérieur de la période élargie de nouvelle cotisation, en ce qui a trait à une demande de nouvelle cotisation présentée conformément à l'art. 152(6)—L'actuel art. 152(4) dit que le ministre peut [n'importe quand] établir une cotisation ou une nouvelle cotisation—Ce pouvoir s'applique à la cotisation initiale et à toute nouvelle cotisation—Cependant, il dit ensuite que pareille cotisation, nouvelle cotisation ou cotisation supplémentaire ne peut être établie après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation que dans certains cas—Puisque la période normale de nouvelle cotisation commence à courir à compter de la date de mise à la poste de la cotisation initiale, cette limite ne s'applique pas à la cotisation initiale, mais uniquement aux nouvelles cotisations et aux cotisations supplémentaires subséquentes—Voilà pour la règle générale: le ministre peut n'importe quand établir une cotisation ou une nouvelle cotisation; et voilà pour la limite: la cotisation ou la nouvelle cotisation doit être établie à l'intérieur de la période normale de nouvelle cotisation, sauf dans certains cas, qui sont exposés dans l'art. 152(4)a) et b)—L'art. 152(4)b)(i) traite de nouvelles cotisations établies pour donner effet à un report de perte en amont, auquel cas le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation doit être exercé dans un délai de trois ans après la fin de la période normale de nouvelle cotisation—S'agissant des délais, la version actuelle et la version ancienne de l'art. 152(4) donnent le même résultat—Bien que la version actuelle ne renferme pas de limites d'objet au pouvoir d'établir une nouvelle cotisation à l'intérieur de la période élargie de nouvelle cotisation, on obtient le même résultat avec les limites d'objet qui apparaissent dans l'art. 152(4.01)—L'art. 152(4.01) restreint le droit d'établir une nouvelle cotisation, à l'intérieur de la période élargie de nouvelle cotisation, à l'objet qui a donné lieu au droit d'établir une nouvelle cotisation en dehors de la période normale de nouvelle cotisation—Il va donc dans le même sens que les dispositions finales de l'ancien art. 152(4)—Quant au pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois, le ministre a le pouvoir, dans l'actuel art. 152(4), d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation «at any time»—Eu égard au sens ordinaire des mots «at any time», le pouvoir d'établir une cotisation ou une nouvelle cotisation plus d'une fois s'applique non seulement aux nouvelles cotisations qui entrent dans la période normale de nouvelle cotisation, mais également à celles qui sont en dehors de cette période—Les mots correspondant à «at any time» sont manifestement absents de la version française, ce qui donne à penser qu'un

## IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

seul exercice seulement du pouvoir d'établir une nouvelle cotisation est autorisé—Il est nécessaire de concilier la version française et la version anglaise d'un texte pour donner effet au sens qui s'accorde avec l'esprit et l'intention du texte législatif, afin que ses objets soient atteints—Pour savoir quelle était l'intention du législateur, on peut considérer les anciennes versions du texte—L'ancienne version, par l'emploi qu'elle fait de l'expression «selon les circonstances» et de l'expression «*as the circumstances require*», permet d'affirmer que le législateur voulait que le ministre ait le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois—Cette affirmation s'impose également lorsque l'on considère la différence entre l'ancienne version du texte et sa version actuelle—Puisqu'une disposition législative dit que la nouvelle disposition s'applique à compter du 27 avril 1989, la différence entre les deux versions signifie que les contribuables seront traités différemment pour la même année d'imposition selon le moment auquel le ministre a choisi d'établir une nouvelle cotisation—Cela est manifestement contraire à l'équité et doit être évité s'il est le moins possible de le faire—Cette possibilité permet de conclure que l'expression «à un moment donné» [c'est-à-dire n'importe quand] figure implicitement dans les mots introductifs de la version française de l'art. 152(4)—Cette présence implicite de l'expression se justifie par la logique interne du texte lui-même, mais la validité d'une telle approche est confirmée par le préjudice qui résulterait de toute autre interprétation—La version actuelle et la version ancienne de l'art. 152(4) ont donc la même signification—En conséquence, la date d'application de la disposition actuelle ne présente qu'un intérêt administratif—Le ministre avait le pouvoir d'établir pour l'intimé une nouvelle cotisation plus d'une fois au-delà de la période normale de nouvelle cotisation, mais les nouvelles cotisations devaient être établies à l'intérieur de la période élargie de nouvelle cotisation—Le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation pour donner effet à un report de perte en amont se trouve dans l'art. 152(6), tandis que le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois se trouve dans les mots «selon les circonstances» ou «à un moment donné», selon la version considérée du texte législatif—Appel accueilli—Le juge Létourneau (motifs concourants): Le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois après la période normale de nouvelle cotisation du contribuable ne découle pas des mots «selon les circonstances», dans l'ancien art. 152(4)—Ces mots évoquent la nature du pouvoir conféré et l'objet de ce pouvoir, davantage que la fréquence d'utilisation de ce pouvoir—Le pouvoir d'établir une nouvelle cotisation plus d'une fois résulte des mots «à un moment donné» («*at any time*»), ainsi que de l'emploi constant du pluriel en français et l'emploi plus parcimonieux du pluriel en anglais—Les dispositions législatives considérées sont «un véritable cafouillis» et ne se prêtent pas à une interprétation littérale—Elles présentent une telle confusion que l'interpré-

## IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

tation littérale conduit à des résultats incongrus, quelle que soit la position adoptée—Cependant, les prétentions de l'intimé conduisent à une incongruité qui porte à croire que le législateur ne voulait pas que la nouvelle cotisation soit limitée à un seul cas après la période normale de cotisation—Si, après acceptation initiale du report de perte en amont, puis après nouvelle cotisation du contribuable, le ministre arrive à la conclusion que la perte déclarée n'est pas une perte juridiquement admissible à une déduction, il n'aura pas le pouvoir de corriger la cotisation de manière à refuser la perte—Le contribuable déduirait ainsi en fait une perte juridiquement non admissible—Le législateur ne voulait pas un résultat aussi absurde—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 152(1) (mod. par S.C. 1978-79, ch. 5, art. 5; 1988, ch. 55, art. 136), (4) (mod. par L.C. 1990, ch. 39, art. 38), (6) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 84; ch. 45, art. 59; 1986, ch. 55, art. 59; 1988, ch. 55, art. 136; 1990, ch. 35, art. 17; ch. 39, art. 38)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 152(4) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 149).

CANADA C. AGAZARIAN (A-36-03, 2004 CAF 32, juges Pelletier, Létourneau, J.C.A., jugement en date du 23-4-04, 28 p.)

## PRATIQUE

## AFFIDAVITS

Le défendeur, Brian McIntosh (McIntosh) a interjeté appel de la décision de la protonotaire l'obligeant à fournir un affidavit de documents plus ample et plus précis—L'affidavit de documents déposé par McIntosh mentionnait qu'il n'avait aucun document à énumérer aux annexes 1, 3 ou 4, revendiquait un privilège sur les documents de l'annexe 2 et mentionnait qu'il n'avait aucun autre document à déposer—La transcription du contre-interrogatoire a révélé l'existence des notes de conversations prises par McIntosh et sa secrétaire—La demanderesse a fait valoir que les notes auraient dû être incluses aux annexes 1 ou 2 de l'affidavit de documents de McIntosh et que leur absence démontre l'insuffisance de l'affidavit—Les ordonnances et dossiers de requête antérieurs pouvaient faire partie d'un dossier de demande, mais non les affidavits relativement aux requêtes antérieures (*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 88 F.T.R. 31 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.))—Si l'affidavit ne peut pas faire partie du dossier, le contre-interrogatoire au sujet de l'affidavit ne peut pas non plus en faire partie—Le même principe s'applique à un dossier de requête—La protonotaire ne pouvait pas à bon droit faire référence à la transcription du contre-interrogatoire relativement à la requête antérieure—Cela est logique du fait que les parties auraient dû être avisées des questions à être abordées dans le cadre de la requête et des documents que la

**PRATIQUE—Suite**

protonotaire utiliserait—La demanderesse ne peut pas faire référence à la transcription du contre-interrogatoire dans le présent appel—Requête accueillie.

LA SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE C. LANDMARK CINEMAS OF CANADA LTD. (T-633-92, 2004 CF 824, juge O'Keefe, ordonnance en date du 9-6-04, 9 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Ordonnances Anton Piller*

La défenderesse Amico Imaging Services Inc. a déposé une requête en annulation de l'ordonnance Anton Piller accordée par le juge Lemieux le 30 avril 2003—En vertu de l'art. 88 de la Loi sur le droit d'auteur, la demanderesse peut intenter une action pour percevoir les redevances non acquittées et obtenir des contrevenants qu'ils observent les autres obligations énoncées dans la partie VIII de la Loi—L'action instituée par la demanderesse vise deux défenderesses, Amico Imaging Services Inc. et Computer Direct Depot Inc.—Les ordonnances Anton Piller sont habituellement accordées dans les cas de violation d'un droit d'auteur ou de contrefaçon d'une marque de commerce—L'ordonnance a été accordée à la demanderesse sur la base d'une allégation selon laquelle la défenderesse n'avait pas versé les redevances exigées par la Loi—L'ordonnance Anton Piller a pour objet d'assurer la préservation de documents qui touchent une instance et qui, si avis était donné à la défenderesse d'une poursuite imminente, risqueraient d'être détruits dans le but d'éviter une telle poursuite—L'ordonnance Anton Piller délivrée par le juge Lemieux autorisait l'inspection des locaux des deux défenderesses, la saisie des documents se rapportant à la vente de supports d'enregistrement audio, la saisie d'échantillons de ces supports et l'enregistrement par photographie, caméra vidéo ou autres moyens des supports audio vierges trouvés dans les locaux des défenderesses—Les deux défenderesses ont consenti à l'exécution de l'ordonnance mais la défenderesse Amico s'est réservé le droit de contester la délivrance de l'ordonnance—Trois conditions doivent être remplies pour qu'une ordonnance Anton Piller soit accordée—Le fait d'établir clairement le droit de propriété intellectuelle et la contrefaçon indique habituellement que les deux premières conditions sont remplies—Conditions remplies—La demanderesse a soutenu que, sans l'ordonnance Anton Piller, elle ne pourra présenter des preuves et récupérer les sommes qui doivent être versées aux artistes, aux interprètes et aux titulaires de droit d'auteur—Le risque de préjudice est donc réel—De la même façon que le fait d'établir le droit de propriété et la contrefaçon constitue un commencement de preuve solide et montre l'existence d'un

**PRATIQUE—Suite**

préjudice grave, le fait d'établir clairement le droit de percevoir des redevances et l'absence de versement répond aux deux premières conditions de délivrance d'une ordonnance Anton Piller—Pour ce qui est de la troisième condition, compte tenu du stratagème complexe mis sur pied pour éviter de verser les redevances exigées, il existait des motifs de craindre que des preuves pourraient être détruites si les défenderesses étaient averties à l'avance de l'intention de la demanderesse de réclamer ces redevances; les preuves une fois détruites, la demanderesse aurait éprouvé des difficultés à établir le montant de l'arriéré des redevances—Le préjudice et le risque de destruction de preuves avaient donc été établis—Pour déterminer s'il est justifié d'annuler l'ordonnance Anton Piller, il faut prendre en considération tous les éléments de preuve et tous les arguments présentés par les parties—Selon ce principe, la délivrance de l'ordonnance Anton Piller était fondée—Cette conclusion est basée sur les faits suivants: 1) la défenderesse Amico a admis n'avoir jamais payé de redevances sur les supports audio vierges importés; 2) le directeur des ventes d'Amico savait dès 2000 que l'entreprise était tenue de payer des redevances; et 3) M. Grunbaum et M. Frankel n'ont été informés de l'obligation de verser des redevances qu'en 2002, cependant, lorsqu'ils ont appris cette obligation, aucun d'eux n'a cherché à connaître le montant des redevances à payer; ils ont simplement décidé de ne pas importer de CD, de façon à ne pas avoir à verser de redevances—Il n'y a aucune raison d'annuler l'ordonnance Anton Piller—Requête rejetée—Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 88 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 50).

SOCIÉTÉ CANADIENNE DE PERCEPTION DE LA COPIE PRIVÉE C. AMICO IMAGING SERVICES INC. (T-519-03, 2004 CF 469, juge Blais, ordonnance en date du 26-3-04, 16 p.)

*Production de documents*

Requête présentée par Apotex Inc. (Apotex) en vue de faire radier certains paragraphes de l'ordonnance par laquelle un protonotaire avait ordonné la production de documents—L'exposé des questions en litige et les affidavits n'avaient pas encore été déposés—Dans le jugement *Bande indienne de Montana c. Canada*, 2001 FCT 666; [2001] A.C.F. n° 991 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL), le juge Hugessen a confirmé que les Règles de la Cour fédérale (1998) précisent bien que c'est à la partie qui produit les documents qu'il revient d'exprimer le jugement initial sur la pertinence de ces documents avant leur production—Ainsi, comme l'affidavit de documents n'a pas encore été signifié, il était prématuré de la part du protonotaire de préciser les catégories de documents qu'Apotex devait énumérer et produire—Il faut présumer qu'un affidavit de documents comprend une liste complète des documents

**PRATIQUE—Suite**

pertinents—Ce n'est qu'une fois que la partie a soumis son affidavit de documents que la partie qui le reçoit peut chercher à démontrer qu'il est incomplet—C'est alors à la partie qui reçoit l'affidavit qu'il incombe de prouver que le document existe et qu'il est en la possession et sous le contrôle de la partie qui l'a produit—Le protonotaire n'a pas tenu compte de la procédure appropriée—Le protonotaire a également commis une erreur de droit en faisant droit à la demande de Glaxo alors que celle-ci ne lui avait soumis aucune requête en bonne et due forme—Suivant la règle 47(2), lorsqu'une disposition des Règles prévoit l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire sur requête, la Cour ne peut exercer ce pouvoir que sur requête—Les règles 225, 227 et 229 prévoient explicitement que la Cour peut, sur requête, exiger la production d'un affidavit de documents exact et complet si elle est convaincue que l'affidavit de documents est inexact ou incomplet—Le protonotaire a commis une erreur en estimant qu'il était compétent pour rendre une telle ordonnance en vertu des pouvoirs conférés à l'arbitre par les règles 156 et 157—Le protonotaire chargé de la gestion de l'instance est appelé à se prononcer sur des questions préliminaires qui doivent être tranchées avant le renvoi—Comme le protonotaire n'avait aucun pouvoir discrétionnaire en la matière, les arguments invoqués par Glaxo sur la nécessité d'accorder une certaine latitude au protonotaire pour lui permettre de résoudre des questions interlocutoires et sur le degré élevé de retenue judiciaire à laquelle a droit le protonotaire lorsqu'il agit à titre de juge chargé de la gestion de l'instance ne s'appliquent pas—L'ordonnance a en outre eu pour effet de porter atteinte aux droits d'Apotex—Le droit d'une partie de formuler des observations et de soumettre des éléments de preuve ne saurait être contrecarré par la volonté de diriger l'instance de la façon la plus simple et la plus expéditive possible—La règle 385 n'a pas pour effet d'attribuer au juge ou au protonotaire responsable de la gestion de l'instance le pouvoir de rendre une ordonnance qui ne peut être prononcée que sur requête, au risque de porter ainsi atteinte au droit d'Apotex de recevoir des observations écrites et de préparer une réponse adéquate à la requête—Requête accueillie—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 47(2), 156, 157, 225, 227, 229, 385.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD.  
(T-3197-90, 2004 CF 574, juge Tremblay-Lamer,  
ordonnance en date du 15-4-04, 8 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Appel de la Couronne contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt par laquelle le juge a refusé d'adjudger à la Couronne des dépens contre l'intimé relativement à un appel que son ex-épouse avait interjeté contre une nouvelle imposition pour les années 1998, 1999 et 2000—Vu qu'elle

**PRATIQUE—Suite**

avait eu gain de cause, l'ex-épouse s'est vu adjuger des dépens contre la Couronne, que le juge a fixés à 2 700 \$—Cependant, le juge a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'ordonner à l'intimé de payer des dépens à la Couronne, au motif que l'intimé n'avait «engagé aucune procédure devant la Cour de l'impôt»—En décidant ainsi, le juge a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudger les dépens qui lui est conféré par l'art. 147 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale)—Le juge a commis une erreur en considérant comme pertinent le fait qu'aucune procédure n'avait été engagée par l'intimé—S'il est vrai que l'intimé a été mis en cause dans l'appel formé par son ex-épouse, la nouvelle cotisation qui avait été établie à l'égard de son ex-épouse n'avait été émise que parce que l'intimé niait qu'il avait signé le formulaire du choix—N'eût été ces dénis, l'ex-épouse n'aurait pas interjeté appel, parce que le ministre n'aurait pas adopté la position qu'elle aurait dû inclure les aliments dans son revenu—Pour résoudre le différend quant aux faits, il a fallu mettre en cause l'intimé dans l'appel interjeté par son ex-épouse—Le juge aurait dû ordonner à la Couronne de payer les dépens de l'ex-épouse et ordonner à l'intimé de rembourser à la Couronne la partie des dépens qu'elle devait payer à l'ex-épouse et qui était attribuable à la procédure engagée en vertu de l'art. 174, et de payer aussi à la Couronne ses propres dépens relativement à cette procédure—Appel accueilli—Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale), DORS/90-688, art. 147 (mod. par DORS/99-209, art. 7)—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 174.

CANADA C. DALTON (A-512-03, 2004 CAF 173, juge  
Evans, J.C.A., ordonnance en date du 29-4-04, 4 p.)

**GESTIONS DES INSTANCES**

Les demandeurs sollicitent une ordonnance en conformité avec la règle 55 des Règles de la Cour fédérale (1998) afin d'être dispensés de l'observation des règles 299.1 à 299.42 et pour que l'instance se poursuive comme avant, en tant que recours collectif—Il s'agit d'un cas opportun pour dispenser de l'application des règles 299.1 à 299.42 en raison du temps, des coûts et des efforts qui ont déjà été consacrés à cette affaire, de l'étape à laquelle elle est rendue ainsi que de l'absence de tout avantage perceptible dont pourrait bénéficier quiconque de l'application stricte de ces dispositions—L'ancienne règle 114 était simplement permissive et permettait l'introduction d'un recours collectif—La procédure était tout à fait opportune pendant que la disposition était toujours en vigueur et l'instance, qui a été introduite régulièrement, se poursuit—Les Règles actuelles ne contiennent pas d'autres dispositions visant directement les étapes à suivre en matière de recours collectifs et la procédure a toujours été la même que dans toute autre instance—Les règles 299.1 à 299.42 ne s'appliquent pas—Règles de la Cour fédérale (1998),

**PRATIQUE—Suite**

DORS/98-106, règles 55, 114 (abrogée par DORS/2002-417, art. 12), 299.1 à 299.42 (éditées, *idem*, art. 17).

PREMIÈRE NATION DENE TSAA C. CANADA (T-705-97, 2004 CF 550, juge Hugessen, ordonnance en date du 8-4-04, 5 p.)

**INTRODUCTION DES PROCÉDURES**

Appel du rejet de la requête en radiation d'une déclaration portant inconstitutionnalité de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR)—La protonotaire a rejeté les arguments de la Couronne selon lesquels le jugement déclaratoire recherché par les demandeurs ne pouvait être obtenu que par voie de demande de contrôle judiciaire en application de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales (la Loi)—La protonotaire a conclu que la demande de jugement déclaratoire des demandeurs ne concernait aucune «mesure-décision, ordonnance, question ou affaire-prise» dans le cadre de la LIPR—Une décision antérieure rejetant la demande d'établissement a été annulée et aucune autre décision n'a été rendue par la suite—La protonotaire a correctement relevé et rejeté la tentative de la défenderesse de qualifier la déclaration des demandeurs comme une demande de jugement déclaratoire s'inscrivant dans le cadre d'une ordonnance de *mandamus*, laquelle entraînerait l'application de l'art. 18(3) de la Loi—La protonotaire a correctement relevé les motifs invoqués par les demandeurs: premièrement, une allégation de négligence relativement au retard qu'ont accusé les préposés et mandataires de la défenderesse finalisant leur demande d'établissement et, deuxièmement, une allégation d'atteinte aux droits garantis par la Charte, tant en ce qui concerne la question du retard que de l'atteinte aux droits consacrés par l'art. 7 de la Charte—La protonotaire a reconnu le droit des demandeurs de qualifier leur cause d'action—Le rejet de la requête s'est fondé sur l'affaire *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, où la Cour suprême du Canada a reconnu que, bien que l'octroi de dommages-intérêts soit rarement jumelé à une action en déclaration d'invalidité constitutionnelle, il pouvait exceptionnellement en être ainsi—Appel rejeté—Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14) 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27)—Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)f).

KHALIL C. CANADA (T-2066-03, 2004 CF 732, juge Heneghan, ordonnance en date du 19-5-04, 13 p.)

Appel interjeté contre la décision d'un juge des requêtes de rejeter la demande de contrôle judiciaire des appelants au motif que ces derniers n'avaient pas déposé leurs affidavits dans le délai prévu à la règle 306 des Règles de la Cour fédérale (1998), et que leur demande portait sur deux

**PRATIQUE—Suite**

ordonnances distinctes, contrevenant ainsi à la règle 302—Demande de contrôle judiciaire visant la décision prise par les intimés de mener une enquête sur les appelants et de prendre des mesures conservatoires à leur égard—Dans la demande, on requerrait certains documents des intimés—Ceux-ci ayant refusé de fournir des documents, les appelants ont présenté une requête demandant une directive en application de la règle 318, de même qu'une prorogation de délai pour déposer des éléments de preuve—La requête présentée en vertu de la règle 318 a été ajournée *sine die*—Le juge des requêtes a rejeté l'argument des appelants selon lequel, puisque leur requête présentée en vertu de la règle 318 était pendante, ils étaient libérés de l'obligation de déposer des affidavits à l'appui de cette requête—La requête en radiation a été accueillie au motif que la décision d'enquêter était distincte de celle visant la prise de mesures conservatoires et qu'une même demande ne devait pas porter sur les deux décisions—Bien qu'il n'y ait eu aucune décision particulière à l'égard de la requête fondée sur la règle 306, celle-ci a été implicitement rejetée du fait qu'a été accueillie la requête en radiation—L'obligation incombant aux appelants en application de la règle 306 existe indépendamment de celle imposée aux intimés en vertu de la règle 318—L'obligation visée par la règle 306 n'est pas conditionnelle au respect de celle énoncée à la règle 318—S'il est nécessaire pour un demandeur d'obtenir certains documents d'un office fédéral avant le dépôt d'affidavits, la requête en prorogation de délai doit préciser pourquoi le respect de l'obligation en cause est nécessaire—La requête des appelants n'énonce aucun motif permettant d'établir un lien entre les documents demandés et les éléments de preuve requis à l'appui de l'avis de demande et de justifier ainsi une prorogation du délai pour le dépôt des affidavits prescrits—Cependant, étant donné qu'à l'audience sur la requête les appelants se sont vu remettre deux documents, le juge des requêtes aurait dû proroger le délai pour le dépôt des affidavits pour permettre aux appelants d'examiner ces documents—Pour ce qui est de l'inobservation alléguée de la règle 302, des mesures conservatoires ne sont pas nécessairement prises au cours de chaque enquête; elles visent plutôt à assurer la sauvegarde d'un actif, ce qui présuppose que des biens sont en péril—Selon la règle 302, une demande de contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule ordonnance pour laquelle une réparation est demandée—Deux demandes auraient donc dû être déposées—La mesure de redressement appropriée en cas d'inobservation de la règle 302 ne consiste pas à accorder une requête en annulation, mais à octroyer une prorogation de délai pour permettre le dépôt de deux demandes de contrôle judiciaire en remplacement de celle déposée plus tôt—La règle 221 utilisée par les intimés figure à la partie 4 des Règles—Selon la règle 169, cette partie s'applique aux instances, autres que les demandes et les appels—On n'aurait donc pas dû recourir à la règle 221 en l'espèce—La Cour a compétence, dans des



## PRATIQUE—Suite

circonstances exceptionnelles, pour rejeter sommairement un avis de requête qui est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli, mais tel n'est pas le cas en l'espèce—Une requête fondée sur la règle 58 aurait été plus appropriée—En vertu de la règle 56, l'inobservation d'une règle n'entache pas une instance de nullité—Appel accueilli—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 56, 58, 169, 221, 302, 306, 318.

PFEIFFER C. CANADA (SURINTENDANT DES FAILLITES)  
(A-695-02, 2004 CAF 192, juge Desjardins, J.C.A.,  
jugement en date du 21-5-04, 15 p.)

## JUGEMENTS ET ORDONNANCES

*Jugement sommaire*

Stephen Striebel (le défendeur) sollicite 1) un jugement sommaire à l'encontre de la demanderesse en vertu des règles 213 et suivantes des Règles de la Cour fédérale (1998), 2) une ordonnance rejetant l'action intentée contre l'ensemble des défendeurs, à l'exception de Sovereign Yachts (Canada) Inc. (Sovereign) et 3) une ordonnance enjoignant de verser le solde de l'argent déposé à la Cour—La demanderesse, une personne morale constituée en vertu des lois de la Colombie-Britannique, exploite une entreprise de construction et de réparation de navires—Elle a intenté une action personnelle à l'encontre des défendeurs particuliers, et une action réelle à l'encontre de l'autoyacht *Chairman*—Le défendeur allègue que, en l'absence d'un lien contractuel, la demanderesse n'a aucune cause d'action contre lui et que les travaux à l'origine de cette action ont été effectués en vertu d'un contrat passé entre la demanderesse et Sovereign—En 2000, le défendeur a conclu un contrat pour la construction du yacht—Une hypothèque a été signée et enregistrée sur le navire—L'achèvement du contrat de construction a soulevé des problèmes—Une action (T-687-02) a été intentée à l'encontre de Sovereign Yachts (Canada) Inc.—Le yacht a finalement été livré au défendeur dans les eaux internationales, accompagné d'un acte de vente dûment signé—Les principes régissant l'octroi d'un jugement sommaire sont résumés dans la décision *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.)—En ce qui concerne le défendeur, la question déterminante était de savoir si la demanderesse a une bonne cause d'action contre lui, compte tenu des faits allégués, de la preuve produite et du droit applicable—Les différentes déclarations donnaient à penser que la demanderesse a tenté de fonder une réclamation contre le défendeur mais aucun élément de preuve digne de foi n'appuyait une telle réclamation—La demanderesse n'alléguait aucun contrat ni aucune rupture de contrat—Rien dans la preuve n'appuyait l'existence d'un lien contractuel entre la demanderesse et le défendeur—Le défendeur n'était pas, à toutes les époques pertinentes, le véritable propriétaire du yacht défendeur—Il agissait à titre de créancier

## PRATIQUE—Suite

hypothécaire lorsqu'il a exercé des recours relativement à la construction du yacht—Le défendeur a démontré qu'il n'y avait aucune véritable question litigieuse soulevée contre lui et révélée par la déclaration—La question de la crédibilité ne se posait pas relativement à la preuve présentée par le défendeur—La demanderesse n'était pas en droit d'attaquer indirectement le statut de l'hypothèque accordée au défendeur par Sovereign du fait qu'elle n'était pas partie à cette hypothèque et qu'elle n'a produit aucune preuve ni aucun argument à savoir pourquoi il devrait lui être permis de contester la façon dont le défendeur a agi en signifiant l'avis pour prendre possession du yacht défendeur en vertu de cette hypothèque—La requête en jugement sommaire en faveur du défendeur sera accueillie—En ce qui concerne la défenderesse, M<sup>me</sup> Striebel, et le yacht défendeur, le défendeur a soutenu que le délai prescrit pour la signification de la déclaration est expiré—La demanderesse ne nie pas le fait qu'elle n'a pas signifié la déclaration à la défenderesse, M<sup>me</sup> Striebel, ou au yacht défendeur mais, au sujet de ce dernier, elle a soutenu qu'elle avait le droit de «réclamer» les fonds déposés dans le dossier T-687-02 pour garantir la mainlevée du mandat de saisie et des *caveats* déposés contre le yacht dans cette instance—La règle 479 traite de la façon dont une déclaration dans une action réelle doit être signifiée et mentionne précisément les sortes de biens sur lesquels la signification doit être effectuée—La réception et la distribution du produit de la vente d'un navire ordonnée par la Cour sont régis par les règles 490 et 491—La garantie d'exécution fournit simplement des fonds contre lesquels un demandeur qui a eu gain de cause, fort d'un jugement, peut exécuter ce jugement—La signification d'une déclaration dans une action réelle en vertu de la règle 479(1)d) concerne la signification sur le produit d'une vente, non pas sur l'argent déposé au moyen d'une garantie d'exécution—Le défendeur n'a pas le droit d'obtenir le rejet de la présente action à l'encontre de la défenderesse, M<sup>me</sup> Striebel, et du yacht défendeur—Il ressort clairement de la simple lecture de la règle 213(2) qu'un défendeur peut obtenir un jugement sommaire après avoir signifié et déposé sa défense—Aucune défense n'a été déposée pour le compte des autres parties—La requête en jugement sommaire visant le rejet de l'action intentée contre M<sup>me</sup> Striebel et le yacht *Chairman* est rejetée—La requête en vue du versement de la somme déposée à la Cour est rejetée puisqu'elle doit être présentée dans le cadre de l'action dans laquelle l'argent a été déposé—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 213(2), 479, 490, 491.

NORTHWEST DELTA YACHT SERVICES INC. C. SOVEREIGN  
YACHTS (CANADA) INC. (T-468-03, 2004 CF 304,  
juge Heneghan, ordonnance en date du 2-3-04, 29 p.)

Action en violation de droit d'auteur et en contrefaçon de  
marque de commerce—Les demanderesse allèguent que la  
défenderesse a reproduit l'ellipse d'Oakley lorsqu'elle a créé

**PRATIQUE—Suite**

son dessin «Shoppers Optimum»—La demanderesse, Oakley, Inc., est la titulaire enregistrée de la marque de commerce et du droit d'auteur sur l'œuvre artistique, le «dessin d'ellipse»—Celui-ci est censé représenter de façon stylisée le «O» du mot Oakley—Le dessin «Optimum» de la défenderesse utilisé pour le programme de fidélisation de sa clientèle est composé d'une ellipse centrale ou d'un «O» stylisé comportant de part et d'autre des chevrons représentant des ondulations et, placés respectivement en-dessous et au-dessus du «O», les mots «Optimum» et «Shoppers»—Frank Casera est le créateur du dessin «Optimum» de Shoppers—Les demanderesse se fondent sur un courriel envoyé à M. Casera après la création du logo «Optimum», lequel soulève la question de la similitude de son logo et du dessin de l'ellipse d'«Oakley»—M. Casera a déclaré dans son affidavit qu'il n'a ni directement ni indirectement reproduit le dessin d'Oakley—Il a déclaré qu'il ne se souvenait pas s'il connaissait l'existence du dessin d'ellipse d'Oakley au moment où il a créé le logo original «Optimum» de Shoppers à la fin décembre 1998—Pour pouvoir prononcer un jugement sommaire, la Cour doit conclure que M. Casera n'est pas crédible—Dans la décision *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1<sup>re</sup> inst.), la Cour a affirmé que lorsqu'une question sérieuse est soulevée au sujet de la crédibilité, le tribunal devrait instruire l'affaire parce que les parties devraient être contre-interrogées devant le juge de première instance—L'existence d'une apparente contradiction de preuves n'empêche pas le tribunal de prononcer un jugement sommaire; le tribunal devrait se «pencher de près» sur le fond de l'affaire et décider s'il y a des questions de crédibilité à trancher—Comme il existe une question sérieuse au sujet de la crédibilité du témoignage de M. Casera, l'affaire devrait être instruite de façon à ce que le témoin puisse être contre-interrogé devant le juge de première instance—Le témoignage de M. Casera est au cœur de la question de la violation du droit d'auteur—Requête rejetée.

OAKLEY, INC. C. SHOPPERS DRUG MART INC.  
(T-1955-00, 2004 CF 307, juge O'Keefe, ordonnance en date du 2-3-04, 25 p.)

**ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ**

La règle 151 permet à la Cour de considérer certains documents ou élément matériels comme confidentiels et d'en restreindre l'accès, par dérogation au principe du droit du public à la publicité des débats judiciaires—En vertu de la règle 151, la protonotaire a prononcé une ordonnance protégeant la confidentialité de certains documents et renseignements que les demanderesse entendaient produire—La défenderesse a interjeté appel de cette ordonnance en

**PRATIQUE—Suite**

arguant de son inutilité—La règle 51 prévoit que l'ordonnance du protonotaire peut être portée en appel par voie de requête présentée à un juge—L'ordonnance ne portait pas sur des questions ayant une influence déterminante sur la solution des questions en litige—Il ne semble pas qu'on ait mal apprécié les faits—L'ordonnance de confidentialité s'inscrit dans le cadre d'un procès portant sur un brevet—La protonotaire ne s'est pas fondée sur de faux principes en prononçant l'ordonnance de confidentialité—La Cour était préoccupée par l'aspect «consultation restreinte aux avocats» de l'ordonnance, ainsi que par l'obligation faite à Apotex de préciser l'identité de ses experts et d'obtenir l'approbation de Merck ou, si Merck l'exige, d'obtenir une ordonnance de la Cour avant de pouvoir leur divulguer les documents et renseignements confidentiels—Les ordonnances de confidentialité qui accordent aux seuls avocats le droit de consulter certains documents ne sont pas inconnues, mais elles sont fort inusitées—La partie qui réclame une telle mesure ne saurait se contenter d'affirmer que cette ordonnance est nécessaire—Les éléments de preuve produits à l'appui de la demande ont été fournis par le directeur de la planification commerciale chez Merck Frosst Canada & Co.—Il a affirmé que le marché du traitement et de la prévention de l'ostéoporose est concurrentiel et il a ajouté qu'il craignait que les concurrents de Merck soient avantagés sur le plan concurrentiel s'ils avaient accès aux renseignements confidentiels—Ses avocats l'ont informé que les pièces font partie du domaine public dès qu'elles sont versées au dossier de la Cour, et l'avocat américain de Merck lui a fait savoir qu'une ordonnance de confidentialité semblable avait été prononcée aux États-Unis relativement au même type de documents—Ces affirmations «lapidaires» peuvent fort bien démontrer la nécessité d'une ordonnance de confidentialité, mais elles ne justifient nullement de nuire aux rapports normaux qu'entretiennent l'avocat et son client ou de porter atteinte au droit d'une partie au procès de consulter des experts extérieurs—La protonotaire a commis une erreur de droit à cet égard—Aucune explication n'a été avancée pour justifier la crainte de Merck que les employeurs d'Apotex ou les experts indépendants qu'elle pourrait engager mettent les renseignements confidentiels à la disposition du public et, plus particulièrement, à la disposition des concurrents de Merck—Suivant les Règles actuelles, il n'est pas nécessaire de préciser l'identité des experts qui ont été consultés sans être appelés à témoigner—Il n'est donc pas nécessaire de fournir quelque explication que ce soit—Normalement, Merck ne saurait pas qui Apotex a consulté et n'aurait aucun droit de le savoir—Elle n'a avancé aucune raison pour justifier sa proposition qu'un expert qui a été mis au courant de l'ordonnance de confidentialité et qui a pris un engagement approprié transmettrait malgré tout ces renseignements au public ou aux concurrents de Merck—

**PRATIQUE—Fin**

Appel accueilli en partie, ordonnance de confidentialité modifiée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 51, 151.

MERCK & CO. C. APOTEX INC. (T-884-03, 2004 CF 567, juge Harrington, ordonnance en date du 14-4-04, 8 p.)

**PREUVE***Commission rogatoire*

Appel d'une décision de la Cour fédérale 2004 CF 1711; [2004] F.C.J. No. 2187 (C.F.) (QL) qui a accueilli la requête du ministre visant à modifier la précédente ordonnance, laquelle prévoyait la terme d'une commission rogatoire en Italie—En plus d'allonger la liste de témoins, la modification prévoyait que la preuve serait recueillie par commission rogatoire dans le cadre de l'Art. 11 de la Convention entre le Royaume-Uni et l'Italie relative aux actes de procédure en matière civile et commerciale, plutôt que dans le cadre de l'Art. 12—L'appelant a contesté cette modification au motif que la procédure de l'Art. 11 lui causait un préjudice et qu'elle ne respectait pas la règle 272(2) des Règles des Cours fédérales—La règle 272(2) exige que la personne qui procède à un interrogatoire dans un pays autre que le Canada le fasse «d'une manière qui lie le témoin selon le droit de ce pays»—L'Art. 11 n'accorde pas le pouvoir d'obliger le témoin à comparaître—En l'espèce, l'ordonnance exigera que la preuve soit recueillie sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle, conformément à la pratique canadienne—Par conséquent, la preuve sera recueillie d'une manière qui est présumée lier le témoin—Cela suffit pour établir que la règle 272(2) est respectée—Cette règle n'exige pas que le témoin soit assujéti aux peines prévues en Italie pour le parjure—On peut remédier au fait que les témoins ne sont pas contraignables en vertu de l'Art. 11 puisque l'article 13 prévoit que lorsqu'un témoin fait défaut ou refuse de comparaître, on peut recourir à l'Art. 12—Appel rejeté—Convention entre le Royaume-Uni et l'Italie relative aux actes de procédure en matière civile et commerciale, R.T. can. 1935, n° 14, Art. 11, 12 et 13—Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 272(2).

SEIFERT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-663-04, 2005 CAF 105, juge en chef Richard, jugement en date du 17-3-05, 7 p.)

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la directrice, Accès à l'information et protection des renseignements

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite**

personnels, ministère de la Justice, a rejeté la demande présentée par le demandeur en vertu de l'art. 12 de la Loi sur la protection des renseignements personnels (la Loi) pour obtenir communication de certains documents contenant des renseignements personnels le concernant et concernant sa société, National Capital News—La communication a été refusée pour le motif que certains documents étaient protégés conformément aux art. 26 et 27 de la Loi—Selon le demandeur, on aurait refusé de lui accorder l'accès à la Tribune de la presse sur la colline parlementaire en raison de fausses déclarations et de renseignements inexacts contenus dans les documents—Le fondé de pouvoir du ministre a-t-il commis une erreur en concluant que les documents en question étaient protégés à cause du secret professionnel de l'avocat?—La norme de contrôle pertinente en l'espèce est celle de la décision correcte—Le secret professionnel de l'avocat n'étant pas défini à l'art. 27 de la Loi sur la protection des renseignements personnels, les principes de common law s'appliquent—Les communications entre l'avocat et son client qui visent un but illégitime et la renonciation formulée par le client constituent notamment des exceptions au secret professionnel de l'avocat—Le secret professionnel de l'avocat, tel qu'il en est fait mention à l'art. 27 de la Loi, comprend tant les communications entre l'avocat et son client que le privilège relatif au procès—L'examen des documents protégés révèle qu'ils renferment des renseignements comportant des conseils donnés par l'avocat à son client ou des notes et recommandations préparées en prévision d'un litige (la réponse du gouvernement à la suite de la décision par laquelle le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a conclu que le droit du demandeur de rechercher et de répandre des informations était limité d'une façon injustifiée en droit, et à la suite de diverses autres procédures judiciaires engagées par le demandeur)—Les documents ne contiennent pas de conseils visant un but illégal—Le défendeur invoque également que le secret professionnel ne peut s'appliquer en l'absence d'un «titulaire» du privilège—Il affirme que les avocats du ministère de la Justice ont excédé leur pouvoir en invoquant un privilège sans qu'un client ait revendiqué ce privilège ou en ne donnant pas au client la possibilité de déterminer s'il allait renoncer au privilège—C'est le client qui est titulaire du privilège et lui seul peut y renoncer—En l'espèce, le client est clairement le gouvernement du Canada, représenté par le ministère de la Justice—Le demandeur a soulevé la question de savoir si l'avocat est tenu de s'enquérir auprès de son client ou de consulter son client au sujet d'une demande de communication de renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat et de recevoir une réponse au sujet de la question de savoir si le client renonce à ce privilège—Aucune décision faisant autorité n'a été soumise sur ce point—Dans le cas où le gouvernement est le client, certains problèmes peuvent se poser lorsqu'il s'agit de savoir

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

s'il y a eu renonciation au privilège—Ces problèmes ne permettent pas de présumer qu'un avocat du gouvernement a agi sans avoir obtenu d'instructions de son client et a omis de tenir son client au courant de l'évolution de l'affaire, même en l'absence d'une preuve expresse montrant que le gouvernement a songé à la possibilité de renoncer au privilège—À moins d'une preuve contraire claire, il est présumé que l'avocat a transmis à son client tous les renseignements se rapportant à une affaire particulière—Demande accueillie en partie uniquement dans la mesure où certaines pages n'auraient pas dû faire l'objet d'un refus de communication—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12 (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 269), 26, 27.

GAUTHIER C. CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)  
(T-653-02, 2004 CF 655, juge Mosley, ordonnance en date du 4-5-04, 24 p.)

Contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal qui confirmait les résultats d'un concours de dotation en personnel lancé par l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA) et refusait d'ordonner la divulgation de certains renseignements concernant les autres candidats—1) Le tribunal a commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner à l'ACIA de divulguer des documents au demandeur—Le tribunal ne possède pas le pouvoir explicite, en vertu d'une disposition législative, d'ordonner cette divulgation, comme l'aurait un comité d'appel constitué en vertu de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique, qui a le pouvoir de convoquer des témoins ou d'ordonner la production de documents, mais ce pouvoir existe, dans un sens général, en tant qu'élément des principes fondamentaux de l'équité procédurale—Les principes de l'équité procédurale s'appliquent à ce tribunal, et celui-ci a commis une erreur lorsqu'il a affirmé que ces principes ne jouaient «aucun rôle» dans ses délibérations—Le pouvoir de veiller à ce que la personne qui participe à un processus prévoyant une audience créé par une disposition législative générale (art. 13 de la Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments—LACIA) ait les moyens de connaître les preuves se rapportant à sa plainte, et sur lesquels l'employeur et le tribunal se fondent, existe en tant qu'élément de la common law en matière d'équité procédurale—La Politique sur les plaintes en matière de dotation reconnaît expressément que le comité doit respecter l'équité procédurale—Le document de Q & R énonce que le tribunal doit décider si l'information est pertinente quant au règlement de la plainte et si elle l'est, il doit l'admettre—Le tribunal doit ensuite donner à l'autre partie à la plainte le temps et la possibilité d'examiner les preuves et d'y réagir—Cet aspect renforce la conclusion selon laquelle le tribunal a le pouvoir d'ordonner

## PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

la divulgation de preuves dans les affaires dont il est saisi—2) Le tribunal a commis une erreur lorsqu'il a décidé qu'il n'avait pas le pouvoir d'interpréter la Loi sur la protection des renseignements personnels (LPRP)—Le président de l'Agence est considéré aux termes de la LPRP comme un «responsable d'institution fédérale», en vertu des définitions d'«institution fédérale» et de «responsable d'institution fédérale» données dans la LPRP—Le président a le pouvoir, aux termes de l'art. 7 de la LACIA de déléguer «à toute personne les attributions qui lui sont conférées sous le régime de la présente Loi ou de toute autre loi», ce qui comprend le pouvoir de prendre des décisions à l'égard des demandes de divulgation pour les motifs énoncés dans la LPRP—Le tribunal créé par la politique adoptée par l'ACIA a le pouvoir, conformément à cette politique, d'examiner les décisions prises par les gestionnaires de l'Agence au cours d'un concours et, d'une façon générale, l'utilisation du pouvoir délégué de prendre des décisions aux termes de la LPRP relatives aux demandes de divulgation de renseignements—En tant qu'organisme spécialisé mis sur pied pour élaborer des directives au sujet des mesures correctives que l'ACIA doit prendre pour mettre en œuvre ses politiques en matière de dotation en personnel, le tribunal aurait pu ou dû analyser lui-même si le jury de sélection avait eu raison de refuser la demande de divulgation de renseignements présentée par le demandeur en vertu de la LPRP—La politique en question ne limite aucunement les aspects de la dotation en personnel que le comité peut examiner—3) Le tribunal a commis une erreur lorsqu'il a jugé que l'équité procédurale ne jouait «aucun rôle» dans ses délibérations—L'employeur a adopté la Politique en matière de dotation du personnel pour veiller à ce que les employés de l'ACIA soient nommés de façon équitable et transparente—La politique énonce que le tribunal interne «est régi par les règles d'équité en matière de procédure» et décrit les éléments fondamentaux de cette obligation—C'est la façon dont l'ACIA a décidé d'agir pour exercer les pouvoirs que lui attribue l'art. 13 de la LACIA—Compte tenu de ce qui précède et du fait que les intérêts du demandeur sont touchés par la décision du tribunal, ce contexte administratif donne naissance à l'obligation de respecter l'équité procédurale—L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 contient une liste non exhaustive de facteurs qu'il convient de prendre en considération pour préciser le contenu de l'obligation d'équité dans un contexte administratif particulier—Le demandeur soutient que la LPRP ne peut l'emporter sur l'obligation qu'a le tribunal de suivre les règles de l'équité procédurale—Pour ce qui est des renseignements demandés en l'espèce, le jury de sélection et le tribunal par la suite ont décidé à tort que les demandes présentées par les candidats reçus ne pouvaient être divulguées en raison de la LPRP—En outre, le tribunal a commis une erreur en tenant

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS  
PERSONNELS—Suite**

pour acquis qu'il suffisait de dire au demandeur qu'un candidat reçu possédait l'expérience requise pour ne pas être tenu de donner au plaignant la possibilité d'examiner les renseignements sur lesquels reposait cette affirmation et qui se rapportaient à la plainte du demandeur—Le tribunal était cependant fondé à conclure que la divulgation de ces réponses d'examen ne concernait pas la plainte du demandeur et que, par conséquent, leur divulgation n'était pas exigée—La plainte a un effet certain sur le demandeur—Examinée par rapport à la nature de la décision (qui ne doit pas être de nature accusatoire), et au processus suivi (qui ne doit pas ressembler à un processus judiciaire), la décision du tribunal de ne pas divulguer les demandes présentées par les candidats reçus va à l'encontre des principes de l'équité procédurale—Faute de posséder ces renseignements, le demandeur n'a pas été en mesure de présenter sa plainte de façon complète et équitable et la divulgation de ces renseignements n'aurait pas porté atteinte au droit à la protection des renseignements personnels des candidats reçus comme le prévoit la LPRP, étant donné que l'ACIA aurait pu fournir ces renseignements sans aller à l'encontre de la LPRP—La communication des demandes présentées par les candidats reçus dans le cadre du processus de traitement des plaintes est compatible avec l'objet pour lequel les renseignements ont été obtenus, à savoir, solliciter une nomination au sein de l'ACIA au moyen d'un concours de dotation—Le jury de sélection aurait dû tenir compte de ce fait et divulguer les renseignements demandés—Les renseignements personnels se trouvant dans les demandes présentées par les candidats reçus qui ne concernaient pas

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS  
PERSONNELS—Fin**

leurs attributions et leurs fonctions antérieures pendant qu'ils étaient à l'emploi d'une «institution fédérale» ne pouvaient être divulgués—Ces renseignements n'étaient pas pertinents à la plainte du demandeur et auraient dû être prélevés des documents demandés—En ce qui concerne la divulgation des réponses fournies par les candidats reçus et les notes d'évaluation préparées par le jury de sélection à ce sujet, l'appelant a prétendu pour la première fois à l'audience que l'examen n'avait pas été évalué de façon équitable et uniforme—Ce motif ne faisait pas partie de la plainte initiale, ni de la correspondance qui s'en est suivie avec le gestionnaire délégué—L'équité procédurale n'exigeait pas que l'ACIA ou le tribunal, conformément à la politique, communique ces documents—Les réponses d'examen des autres candidats ne se rapportaient pas à la plainte initiale du demandeur qui avait été envoyée au tribunal (horaire des examens écrits, validité des questions de vérification des connaissances)—La décision selon laquelle les réponses d'examen ne se rapportaient pas à la plainte n'ont pas compromis la capacité du demandeur de présenter ses arguments—Demande accueillie—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «institution fédérale», «responsable d'institution fédérale»—Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments, L.C. 1997, ch. 6, art. 7, 13—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33.

FORSCH C. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS) (T-405-03, 2004 CF 513, juge Mosley, ordonnance en date du 2-4-04, 29 p.)

If undelivered, return to:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison, retourner à:  
Les Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9

---

Available from:  
Publishing and Depository Services  
Public Works and Government Services  
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S9  
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:  
Les Éditions et Services de dépôt  
Travaux Publics et Services gouvernementaux  
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S9  
<http://publication.gc.ca>