



Federal Courts Recueil des
Reports décisions des Cours
fédérales

2006, Vol. 4, Part 1

2006, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2006] 4 F.C.R., 3-191

Renvoi [2006] 4 R.C.F., 3-191

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications
DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production
LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

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

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments	3-191
Appeals Noted	I
Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health) (F.C.)	41

Patents—Infringement—Applicants (Abbott) seeking orders prohibiting Minister of Health from issuing notices of compliance to Pharmascience with respect to PMS Clarithromycin until Abbott's 2277274 patent, pertaining to crystal form 0 clarithromycin, expired—PMS Clarithromycin containing form II clarithromycin, but manufactured from form 0—That use of form 0 not infringing any claim for form 0 as medicine itself, or for use as medicine—von Finckenstein J.'s decision in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* applied: Abbott not capable of asserting patent under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* as form 0 created in intermediate process, not found in final product—Applications dismissed.

Bourbonnais v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 170

Judges and Courts—Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration and

Continued on next page

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

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone 613-956-4800 ou 1-800-635-7943.

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

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

SOMMAIRE

Jugements	3-191
Appels notés	I
Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.)	41

Brevets—Contrefaçon—Les demanderessees (Abbott) sollicitaient des ordonnances interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Pharmascience relativement à la PMS-Clarithromycine avant l'expiration du brevet 2277274 d'Abbott, portant sur la forme cristalline 0 de la clarithromycine—La PMS-Clarithromycine contient de la clarithromycine sous la forme II, mais est produite à partir de la forme 0—Cette utilisation de la forme 0 ne contrefait aucune revendication pour la forme 0 comme médicament en soi ou pour son utilisation comme médicament—La Cour a appliqué la décision rendue par le juge von Finckenstein dans *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*: Abbott ne pouvait faire valoir son brevet sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, au motif que la forme 0 était une substance intermédiaire, qui ne se retrouvait pas dans le produit final— Demandes rejetées.

Bourbonnais c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 170

Juges et Tribunaux—Appel d'une décision de la Cour fédérale qui rejetait une demande de contrôle judiciaire déposée à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Refugee Board (IRB) decision would not pay legal costs, fees appellant (former IRB member) would incur to defend against charges of fraud, breach of trust, obstruction of justice—Components of principle behind judicial independence discussed—Superior court judges' immunity in regard to legal proceedings resulting from decisions or actions in context of duties not applicable where judge knowingly exceeds jurisdiction or acts in bad faith—Appeal dismissed—Bad faith exception applied—None of essential components of judicial independence involved.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision would not pay legal costs, fees appellant would incur in defence against criminal charges—*Immigration and Refugee Protection Act*, s. 156 providing for civil, criminal immunity, non-compellability of Board Chairperson, members while former Immigration Act, in force when appellant committed acts with which charged, had no similar provision—Appellant not entitled to criminal immunity because acting beyond jurisdiction.

Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc. (F.C.) 104

Patents—Practice—Discoverability of laboratory notebooks of assignors/inventors named in patents—*Federal Courts Rules*, r. 237(4) providing for examination of assignor for discovery as of right where assignee party to action—Unlike ordinary examination for discovery of party, examination under r. 237(4) of assignor, inventor cannot be used at trial, without leave, because not party to action—That fact should not be used to narrow scope of discovery—Lab notebooks not compellable by virtue of right of discovery of assignor, but on basis of relevance to pleaded defences—Where identity of inventors, assignment of patents contested, notebooks relevant, must be produced for discovery—Relevance to pleas of invalidity, inutility, sound prediction discussed—Case law of other common-law jurisdictions considered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appellant (un ancien commissaire de la CISR) aurait à encourir afin de se défendre contre des accusations de fraude, d'abus de confiance et d'entrave à la justice—Les composantes du principe de l'indépendance judiciaire ont été analysés—L'immunité conférée aux juges de cours supérieures à l'égard de toute poursuite résultant de décisions ou d'actes posés dans le cadre de leurs fonctions ne joue pas lorsque le juge a outrepassé sa compétence en toute connaissance de cause ou qu'il a agi de mauvaise foi—Appel rejeté—L'exception de mauvaise foi a été appliquée—Aucune des composantes essentielles de l'indépendance judiciaire n'était engagée.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Appel d'une décision de la Cour fédérale qui rejetait une demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision de la CISR selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appellant aurait à encourir afin de se défendre contre des accusations criminelles—L'art. 156 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit l'immunité civile et pénale, ainsi que l'incontraignabilité du président de la Commission et des commissaires, alors que l'ancienne *Loi sur l'immigration*, qui était en vigueur au moment où l'appellant avait commis les actes qui lui étaient reprochés, n'avait aucune disposition semblable—L'appellant n'avait pas droit à l'immunité pénale parce qu'il avait agi hors de sa compétence.

Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc. (C.F.) 104

Brevets—Pratique—Il était question de savoir si les carnets de laboratoire des cédants/inventeurs nommés dans les brevets en cause devaient être divulgués—La règle 237(4) des *Règles des Cours fédérales* accorde le droit de soumettre le cédant à un interrogatoire préalable lorsque le cessionnaire est partie à l'action—À la différence de l'interrogatoire préalable ordinaire d'une partie, l'interrogatoire préalable du cédant et inventeur en vertu de la règle 237(4) ne peut être utilisé à l'instruction sans autorisation, parce qu'il n'est pas partie à l'action—Ce fait ne saurait être invoqué pour restreindre la portée de l'interrogatoire préalable—La production des carnets de laboratoire ne peut être forcée en raison du droit d'interroger au préalable le cédant, mais plutôt en fonction de leur pertinence à l'égard des moyens soulevés dans la défense—Lorsque l'identité des inventeurs ou la cession des brevets est contestée, les carnets sont pertinents et doivent être produits

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)**Finger-Shield (UK) Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents) (F.C.) 96**

Patents—Practice—Judicial review of Commissioner of Patents' refusal to allow Canadian national phase entry of patent—Original application for patent filed in Switzerland in August 1999—In February 2003 applicants requesting entry into Canadian national phase—Applicants authorizing payment from standing account of basic national fee, annual maintenance fee required by *Patent Rules*—Not paying late payment fee until requested in April 2003—Subsequently advised late fee not accepted because not submitted within 42-month period required by *Patent Rules*, s. 58(3)(b)—Interpretation of s. 58(3)(b)—S. 58(3)(b) requiring late payment fee to be paid within 42 months of international filing date, i.e. February 2003.

McKay-Panos v. Air Canada (F.C.A.) 3

Transportation—Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under *Canada Transportation Act* (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel—Appellant, obese booking return flight from Calgary to Ottawa with Air Canada—Experienced discomfort on flight both ways despite explaining condition when booking—Had to purchase business class seat on return flight—During proceedings, Canadian Transportation Agency dealt with preliminary jurisdictional issue whether obesity constituting disability for purposes of Part V of CTA—Recognized did not per se but could so constitute on case-by-case basis—Majority of three-member panel erring when holding CTA directing that obstacle cannot be considered in making determination whether person disabled on basis of CTA—Although undue obstacle obviously assuming existence of obstacle, nothing flowing from recognition of obstacle as such—Therefore,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour l'interrogatoire préalable—La pertinence au regard des allégations concernant l'invalidité, l'inutilité et la prédiction valable, ainsi que la jurisprudence d'autres tribunaux de common law, ont été examinées.

Finger-Shield (UK) Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets) (C.F.) 96

Brevets—Pratique—Contrôle judiciaire de la décision du commissaire aux brevets par laquelle il a refusé l'entrée d'un brevet dans la phase nationale au Canada—La demande initiale a été présentée en Suisse au mois d'août 1999—En février 2003, les demandeurs ont présenté une demande d'entrée dans la phase nationale du Canada—Ils y ont joint une autorisation de paiement permettant le prélèvement sur leur compte permanent du montant de la taxe nationale de base et de la taxe annuelle pour le maintien de la demande exigée aux termes des *Règles sur les brevets*—Les demandeurs n'ont versé la surtaxe pour paiement en souffrance qu'en avril 2003 lorsque le versement a été exigé—On les a plus tard informé que la surtaxe ne serait pas acceptée parce que le paiement n'avait pas été effectué dans le délai de 42 mois prévu à l'art. 58(3)b—Interprétation de l'art. 58(3)b—Cette règle exigeait que la surtaxe pour le paiement en souffrance soit versée dans les 42 mois suivant la date du dépôt de la demande internationale, c'est-à-dire avant février 2003.

McKay-Panos c. Air Canada (C.A.F.) 3

Transports—Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la *Loi sur les transports au Canada* (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion—L'appelante, qui souffre d'obésité, a réservé un vol aller-retour Calgary-Ottawa auprès d'Air Canada—Elle a manqué de confort tout au long des deux vols malgré qu'elle eut expliqué sa situation lorsqu'elle a fait sa réservation—Lors de son vol de retour, l'appelante a dû acheter un billet pour un siège en classe affaire—Au cours des procédures, l'Office des transports du Canada a traité de la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC—L'Office a jugé que l'obésité, en soi, n'est pas une déficience mais elle a reconnu que dans certains cas l'obésité peut constituer une déficience—La majorité du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Agency not impeding or pre-empting ability to act at later stage by considering obstacle at first stage as Agency's jurisdiction to provide remedy only triggered if obstacle found to be "undue"—Relative ease with which existence of disability can be established at first stage not to be construed as preventing Agency from considering all relevant considerations at undue obstacle stage of analysis—Appellant person with disability under CTA only conclusion open to Agency given concession appellant suffering from impairment, fact encountered activity limitation on account of impairment—Appeal allowed.

Construction of Statutes—Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under *Canada Transportation Act* (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel—Under CTA, no statutory consequence attaching to finding person encountered obstacle—Jurisdiction of Agency to provide remedy triggered only if obstacle found to be "undue"—"Undue obstacle" only obstacle of relevance under CTA—Words of Act not providing existence of disability to be determined without regard to context—CTA not defining "disability", only referring to "persons with disabilities"—Given scope, purpose of accessibility provisions of CTA, Parliament had in mind "persons with disabilities" in context of federal transportation network who are confronted with "undue obstacle to mobility"—Person's impairment, particular limitation encountered because of impairment determining whether person coming within class of persons CTA contemplating.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

comité, composé de trois membres, a eu tort de conclure que la LTC prescrit que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la LTC—Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel—Par conséquent, l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape car ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée—L'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse—Compte tenu de la concession que la demanderesse souffre d'une invalidité et compte tenu qu'elle s'est heurtée à une limitation d'activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l'Office était que la demanderesse est une personne ayant une déficience au sens de la LTC—Appel accueilli.

Interprétation des lois—Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la *Loi sur les transports au Canada* (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion—En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle—Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée—Le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif »—Le libellé de la Loi ne permet pas de conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte—Le législateur n'a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC et le seul renvoi que l'on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience »—Compte tenu de la portée et de l'objet des dispositions relatives à l'accessibilité de la LTC, le législateur avait à l'esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation »—La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par la LTC doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s'est heurtée, du fait de son invalidité.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Stone v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 120

Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decisions denying applicant employment insurance (EI) benefits—Applicant working as teacher in private school from September to June since 1995—Claiming EI benefits for July, August, 2001, 2002, summer recess periods—Umpire ruling applicant not entitled to EI benefits during “non-teaching period” under *Employment Insurance Regulations*, s. 33(2)—Meaning of “the claimant’s contract of employment for teaching has terminated” in s. 33(2)(a)—Teacher not entitled to benefits for non-teaching period unless veritable break in continuity of employment—Prevention of double dipping one of purposes of Regulations, s. 33(2)(a)—Factors to be taken into account in determining whether case within purview of s. 33(2)(a)—Reasonable for Umpire to conclude applicant’s relationship with employer never severed, applicant failed to establish veritable break in continuity of employment—Umpire’s conclusion applicant not entitled to EI benefits not unreasonable—Applications dismissed (Evans J.A. dissenting).

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Umpire reviewing decision of another administrative tribunal, Board of Referees—Whether Umpire applied correct standard of review to Board’s decision—Factors to be considered to determine appropriate standard of review in pragmatic and functional approach—Board’s answers to questions of law reviewable on correctness standard—Court must review Umpire’s application of legal standard to facts of case—Question thus one of mixed law and fact, indicating deference should be shown to Umpire’s findings—Three of four factors in pragmatic and functional analysis indicating Court should be wary of interfering with Umpire’s findings of mixed law and fact—Adopting standard of reasonableness *simpliciter* when reviewing umpire’s answer to question of mixed law and fact consistent with case law—Umpire’s decisions not unreasonable.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Stone c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 120

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire de décisions du juge-arbitre qui avaient refusé des prestations d’assurance-emploi (A-E) à la demanderesse—La demanderesse travaillait comme enseignante dans une école privée, de septembre à juin, depuis 1995—Elle voulait percevoir des prestations d’A-E pour les mois de juillet et août 2001 et 2002, durant les vacances d’été—Le juge-arbitre a estimé que la demanderesse n’avait pas droit à des prestations d’A-E durant sa « période de congé », en application de l’art. 33(2) du *Règlement sur l’assurance-emploi*—Sens des mots « son contrat de travail dans l’enseignement a pris fin », dans l’art. 33(2)a—Sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l’enseignant(e) ne sera pas admissible à des prestations pendant la période de congé—Empêcher le cumul de prestations et de traitement est l’un des objectifs de l’art. 33(2)(a) du Règlement—Facteurs à prendre en compte pour savoir si une affaire donnée relève ou non de l’art. 33(2)a—Il était raisonnable pour le juge-arbitre de conclure que la relation de la demanderesse avec l’employeur n’avait jamais été rompue, et la demanderesse n’avait pas établi une rupture claire dans la continuité de son emploi—La conclusion du juge-arbitre selon laquelle la demanderesse n’avait pas droit à des prestations d’A-E n’était pas déraisonnable—Demandes rejetées (juge Evans, J.C.A., dissident).

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Le juge-arbitre examinait la décision d’un autre tribunal administratif, le conseil arbitral—Le juge-arbitre a-t-il appliqué la bonne norme de contrôle à la décision du conseil?—Facteurs à prendre en compte dans une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée—Les réponses du conseil aux questions de droit étaient contrôlables selon la norme de la décision correcte—La Cour devait examiner la manière dont le juge-arbitre avait appliqué la norme juridique aux circonstances du dossier—La question était donc une question mixte de droit et de fait, et les conclusions du juge-arbitre commandaient une certaine déférence—Trois des quatre facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle indiquaient que la Cour devait hésiter à modifier les conclusions du juge-arbitre portant sur des questions mixtes de droit et de fait—L’adoption de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* lorsqu’il s’agit d’examiner la réponse d’un juge-arbitre à une question mixte de droit et de fait s’accorde avec la jurisprudence—Les décisions du juge-arbitre n’étaient pas déraisonnables.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Contracts—Teacher claiming employment insurance benefits for summer months—No written contract—Two lines of authorities in wrongful dismissal cases helpful to determine whether case within *Employment Insurance Regulations*, s. 33(2)(a)—First, contract-term cases considering whether contract of fixed or indefinite duration—Second dealing with whether 12 consecutive months of continuous employment (*Canada Labour Code*, s. 240(1)(a))—Focus on whether continuous employment relationship between claimant, employer—No continuity of employment if contract of employment terminated—Term “unemployed” not synonymous with “not working”—That claimant not being compensated by employer may indicate claimant’s contract terminated—However non-payment alone not sufficient for finding of contract termination—Applicant’s decade-long employment record with school significant factor—Supporting Umpire’s finding applicant’s contract not terminated.

Thériault v. Royal Canadian Mounted Police (F.C.A.) 69

RCMP—Appeal from Federal Court decision *Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 43(8) limitation on initiation of disciplinary hearing not applicable as internal RCMP investigations incomplete, all facts not known—Confusing limitation, exercise of right of prosecution—Purposes, objective of limitation period examined—Extent of knowledge required by s. 43(8)—Objective assessment of knowledge of person empowered to initiate prosecution—S. 43(8) referring to institutional knowledge, not personalized knowledge—Appeal allowed.

Construction of Statutes—*Royal Canadian Mounted Police Act*, s. 43(8) prohibiting initiation of hearing by appropriate officer in respect of alleged contravention of Code of Conduct by member after expiration of one year from time contravention, identity of member known to appropriate officer—Meaning of “known to the appropriate officer”, application to facts— Interpretation must take into account intended

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Contrats—Une enseignante réclamait des prestations d’assurance-emploi pour les mois d’été—Absence de contrat écrit—Deux courants jurisprudentiels, qui tous deux portent sur des affaires de congédiement abusif, permettent de dire si un cas donné relève de l’art. 33(2)a) du *Règlement sur l’assurance-emploi*—Le premier courant, qui concerne la durée du contrat de travail, examine le point de savoir si le contrat en cause est un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée—Le second courant porte sur le point de savoir si l’employé a travaillé sans interruption depuis au moins 12 mois pour le même employeur (art. 240(1)a) du *Code canadien du travail*)—Le point essentiel à décider est de savoir s’il y avait une relation d’emploi continue entre le prestataire et l’employeur—Il n’y a pas continuité d’emploi si le contrat de travail a pris fin—Le mot « chômeur » n’est pas synonyme de l’expression « ne pas travailler »—Le fait que le prestataire ne soit pas rémunéré par l’employeur peut être le signe que son contrat a pris fin—Il ne s’ensuit pas toutefois que l’absence de rémunération permettra à elle seule de conclure que le contrat a pris fin—La relation d’emploi d’une décennie, entre la demanderesse et l’école, constituait un facteur important—Ce facteur portait le juge-arbitre à conclure que le contrat de la demanderesse n’avait pas pris fin.

Thériault c. Gendarmerie royale du Canada (C.A.F.) 69

GRC—Appel de la décision de la Cour fédérale que la prescription prévue à l’art. 43(8) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* quant à la convocation d’une audience disciplinaire ne s’applique pas parce que les enquêtes internes de la GRC n’étaient pas complétées et que tous les faits n’étaient pas connus—Le juge a confondu la prescription et l’exercice du droit de poursuite—Examen du but et des objectifs de la prescription—Examen du degré de connaissance qui est exigé par l’art. 43(8)—Appréciation objective de la connaissance d’une personne habilitée à intenter une poursuite—La connaissance dont fait état l’art. 43(8) est une connaissance institutionnelle et non personnalisée—Appel accueilli.

Interprétation des lois—L’art. 43(8) de la *Gendarmerie royale du Canada* stipule que l’officier compétent ne peut convoquer une audience relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d’une année après que la contravention et l’identité de ce membre ont été portées à sa connaissance—Signification des termes « connaissance de l’officier compétent », application aux faits

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purpose, context of provision—Twofold purpose of s. 43(8)—Linking knowledge to position, not incumbent, reconciling objectives—Must not insert conditions—Knowledge of contravention, identity of perpetrator required to start *limitation period*.

VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency) (F.C.A.) 22

Transportation—Appeal from decision of Canadian Transportation Agency (Agency) VIA Rail’s meal distribution policy constituted “undue obstacle” to complainant’s mobility within meaning of *Canada Transportation Act* (Act), s. 172(1)—Complainant, travelling economy class, occupying wheelchair tie-down located at end of VIA-1 train—Wheelchair tie-downs, meal service only available on first-class cars (VIA-1)—Full meal menu not available as meal distribution started at opposite end of car—“Obstacle” in Act must be read in context—Associated with “mobility” (in French, “*possibilités de déplacement*”) in immediate legislative context—“Obstacle to mobility” must be understood in light of respective jurisdiction of Agency, Canadian Human Rights Commission—Agency specialized in transportation matters, mandate to oversee application of national transportation policy—Act, s. 171 requiring Agency, Commission to coordinate activities in relation to transportation of persons with disabilities to foster complementary policies, practices, avoid jurisdictional conflicts—S. 171 indication Agency should not use jurisdiction over matters pertaining to “accessibility” of persons with disabilities to encroach upon Commission’s general jurisdiction over matters pertaining to human rights of persons with disabilities—Agency’s mandate with respect to persons with disabilities to ensure having proper access to effective transportation services, no physical or structural impediments to ability to use services—Meal distribution policy not impeding complainant’s access to train, mobility thereon, capacity to eat meal—Complaint herein customer service issue, not access or mobility issue—Appeal allowed.

SOMMAIRE (Suite)

de la cause—L’interprétation doit tenir compte de l’objectif recherché et du contexte dans lequel s’inscrit la disposition—La prescription de l’art. 43(8) sert un double objectif—Une interprétation qui fait en sorte que la connaissance se rattache au poste ou à la fonction d’officier compétent plutôt qu’au titulaire permet de concilier ces deux objectifs—Il ne faut pas insérer des conditions—La connaissance de la contravention et de l’identité de son auteur sont exigées pour que le délai de prescription commence.

VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des transports) (C.A.F.) 22

Transports—Appel de la décision de l’Office des transports du Canada (l’Office) ayant statué que la politique de distribution de repas de VIA Rail constitue un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante au sens de l’art. 172(1) de la *Loi sur les transports au Canada* (la Loi)—La plaignante voyageait en classe économique et occupait un fauteuil roulant immobilisé par un dispositif de retenue installé à l’extrémité d’une voiture de 1re classe (VIA-1)—Seules les voitures VIA-1 avaient ces dispositifs et offraient un service de repas—Comme la distribution des repas a débuté à l’autre extrémité de la voiture, les choix de repas n’étaient plus aussi nombreux—Le mot « obstacle », dans la Loi, doit être interprété dans son contexte—Son contexte immédiat l’associe à « possibilités de déplacement » (en anglais, « *mobility* »)—L’interprétation d’« obstacle aux possibilités de déplacement » doit tenir compte des compétences respectives de l’Office et de la Commission canadienne des droits de la personne—L’office est spécialisé en matière de transport et a pour mission de superviser l’application de la politique nationale des transports—L’art. 171 exige que l’Office et la Commission coordonnent leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l’adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence—Il indique que la compétence de l’Office sur les questions d’« accessibilité » intéressant les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d’empiéter sur la compétence générale de la Commission à l’égard de ces personnes—Le mandat de l’Office, relativement aux personnes ayant une déficience, est de veiller à ce qu’elles aient un accès adéquat à des services de transport efficaces et à ce que soient éliminés les empêchements physiques ou structureux à l’utilisation de ces services—La politique de distribution de repas n’a pas nui à l’accès de la plaignante au train, à ses possibilités de déplacement à bord ou à sa capacité de consommer son repas—La plainte portait sur une question de service au client et non sur une question d’accessibilité ou de possibilités de déplacement—Appel accueilli.

CONTENTS (Concluded)

Human Rights—Appeal from decision of Canadian Transportation Agency (Agency) VIA Rail’s meal distribution policy constituted “undue obstacle” to complainant’s mobility within meaning of *Canada Transportation Act (Act)*, s. 172(1)— Jurisdiction of Agency, Canadian Human Rights Commission reviewed—Agency should not use jurisdiction over matters relating to accessibility of persons with disabilities to encroach on CHRC’s jurisdiction over human rights.

SOMMAIRE (Fin)

Droits de la personne —Appel de la décision de l’Office des transports du Canada ayant statué que la politique de distribution de repas de VIA Rail constitue un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante au sens de l’art. 172(1) de la *Loi sur les transports au Canada* (la Loi)—Examen de la compétence de l’Office et de celle de la Commission canadienne des droits de la personne—La compétence de l’Office sur les questions d’accessibilité intéressant les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d’empiéter sur la compétence de la Commission en matière de droits de la personne.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Chopra v. Canada (Treasury Board), [2006] 1 F.C.R. 105 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-351-05, 2006 FCA 295), reasons for judgment handed down 6/9/06.

SUPREME COURT OF CANADA

Blank v. Canada (Minister of Justice), [2005] 1 F.C.R. 403 (F.C.A.), was affirmed by a decision dated 8/9/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Imperial Oil Ltd. v. Canada, A-142-04, 2004 FCA 361, Sharlow J.A., judgment dated 26/10/04, was reversed by a decision dated 20/10/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Isen v. Simms, [2005] 4 F.C.R. 563 (F.C.A.), was reversed by a decision dated 5/10/06 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for Leave to Appeal

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Assn. v. Canada (Revenue Agency), A-275-05, 2006 FCA 136, Noël J.A., judgment dated 5/4/06, leave to appeal to S.C.C. granted 21/9/06.

Addison & Leyen Ltd. v. Canada, A-149-05, 2006 FCA 107, Sharlow J.A., judgment dated 15/3/06, will be published in the *Federal Courts Reports*, leave to appeal to S.C.C. granted 28/9/06.

Bagri v. Canada (Attorney General), A-367-05, 2006 FCA 134, Evans J.A., judgment dated 5/4/06, leave to appeal to S.C.C. refused 12/10/06.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [2006] 1 R.C.F. 105 (C.F.), a été confirmée en appel (A-351-05, 2006 CAF 295), les motifs du jugement ayant été prononcés le 6-9-06.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Blank c. Canada (Ministre de la Justice), [2005] 1 R.C.F. 403 (C.A.F.), a été confirmé par une décision en date du 8-9-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Cie pétrolière Impériale Ltée c. Canada, A-142-04, 2004 CAF 361, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 26-10-04, a été infirmé par une décision en date du 20-10-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Isen c. Simms, [2005] 4 R.C.F. 563 (C.A.F.), a été infirmée par une décision en date du 5-10-06, qui sera publiée dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Assn. c. Canada (Agence du revenu), A-275-05, 2006 CAF 136, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 5-4-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 21-9-06.

Addison & Leyen Ltd. c. Canada, A-149-05, 2006 CAF 107, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 15-3-06, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 28-9-06.

Bagri c. Canada (Procureur général), A-367-05, 2006 CAF 134, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 5-4-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-06.

Bazinet v. Canada (Attorney General), A-172-05, 2006 FCA 174, Nadon J.A., judgment dated 11/5/06, leave to appeal to S.C.C. refused 12/10/06.

Bruni v. Canada (Attorney General), A-358-05, 2006 FCA 125, Décary J.A., judgment dated 30/3/06, leave to appeal to S.C.C. refused 28/9/06.

Canada v. Wetzel, A-714-04, 2006 FCA 103, Sexton J.A., judgment dated 14/3/06, leave to appeal to S.C.C. refused 12/10/06.

Bazinet c. Canada (Procureur général), A-172-05, 2006 CAF 174, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 11-5-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-06.

Bruni c. Canada (Procureur général), A-358-05, 2006 CAF 125, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 30-3-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28-9-06.

Canada c. Wetzel, A-714-04, 2006 CAF 103, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 14-3-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12-10-06.

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

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2006, Vol. 4, Part 1

2006, Vol. 4, 1^{er} fascicule

A-100-03
2006 FCA 8

A-100-03
2006 CAF 8

Linda McKay-Panos (*Appellant*)

Linda McKay-Panos (*appelante*)

v.

c.

Air Canada and The Canadian Transportation Agency (*Respondents*)

Air Canada et Office des transports du Canada (*intimés*)

and

et

Council of Canadians With Disabilities (*Intervener*)

Conseil des Canadiens avec déficiences (*intervenant*)

INDEXED AS: MCKAY-PANOS v. AIR CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : MCKAY-PANOS c. AIR CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone J.J.A.—Edmonton, December 15, 2005; Ottawa, January 13, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Noël et Malone, J.C.A.—Edmonton, 15 décembre 2005; Ottawa, 13 janvier 2006.

Transportation — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under Canada Transportation Act (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel — Appellant, obese, booking return flight from Calgary to Ottawa with Air Canada — Experienced discomfort on flight both ways despite explaining condition when booking — Had to purchase business class seat on return flight — During proceedings, Canadian Transportation Agency dealt with preliminary jurisdictional issue whether obesity constituting disability for purposes of Part V of CTA — Recognized obesity not per se disability but could so constitute on case-by-case basis — Majority of three-member panel erring when holding CTA directing that obstacle cannot be considered in making determination whether person disabled on basis of CTA — Although undue obstacle obviously assuming existence of obstacle, nothing flowing from recognition of obstacle as such — Therefore, Agency not impeding or pre-empting ability to act at later stage by considering obstacle at first stage as Agency's jurisdiction to provide remedy only triggered if obstacle found to be "undue" — Relative ease with which existence of disability can be established at first stage not to be construed as preventing Agency from considering all relevant considerations at undue obstacle stage of analysis — Appellant person with disability under CTA only conclusion open to Agency given concession appellant suffering from impairment, fact encountered activity limitation on account of impairment — Appeal allowed.

Transports — Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la Loi sur les transports au Canada (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion — L'appelante, qui souffre d'obésité, a réservé un vol aller-retour Calgary-Ottawa auprès d'Air Canada — Elle a manqué de confort tout au long des deux vols malgré qu'elle eut expliqué sa situation lorsqu'elle a fait sa réservation — Lors de son vol de retour, l'appelante a dû acheter un billet pour un siège en classe affaire — Au cours des procédures, l'Office des transports du Canada a traité de la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC — L'Office a jugé que l'obésité, en soi, n'est pas une déficience mais elle a reconnu que dans certains cas l'obésité peut constituer une déficience — La majorité du comité, composé de trois membres, a eu tort de conclure que la LTC prescrit que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la LTC — Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel — Par conséquent, l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape car ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée — L'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse — Compte tenu de

la concession que la demanderesse souffre d'une invalidité et compte tenu qu'elle s'est heurtée à une limitation d'activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l'Office était que la demanderesse est une personne ayant une déficience au sens de la LTC — Appel accueilli.

Construction of Statutes — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under Canada Transportation Act (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel — Under CTA, no statutory consequence attaching to finding person encountered obstacle — Jurisdiction of Agency to provide remedy triggered only if obstacle found to be "undue" — "Undue obstacle" only obstacle of relevance under CTA — Words of Act not providing existence of disability to be determined without regard to context — CTA not defining "disability", only referring to "persons with disabilities" — Given scope, purpose of accessibility provisions of CTA, Parliament had in mind "persons with disabilities" in context of federal transportation network who are confronted with "undue obstacle to mobility" — Person's impairment, particular limitation encountered because of impairment determining whether person coming within class of persons CTA contemplating.

Interprétation des lois — Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la Loi sur les transports au Canada (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion — En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle — Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée — Le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » — Le libellé de la Loi ne permet pas de conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte — Le législateur n'a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC et le seul renvoi que l'on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » — Compte tenu de la portée et de l'objet des dispositions relatives à l'accessibilité de la LTC, le législateur avait à l'esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation » — La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par la LTC doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s'est heurtée, du fait de son invalidité.

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency rejecting the appellant's application for remedy filed under section 172 of the *Canada Transportation Act* (CTA). The appellant had to satisfy the Agency both that she was disabled by reason of her obesity and that she had encountered an undue obstacle in air travel. The majority of the three-member panel dismissed the application on the preliminary ground that the appellant did not satisfy the first condition.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC). L'appelante devait convaincre l'Office qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. La majorité du comité, composé de trois membres, a rejeté la demande pour le motif préliminaire que l'appelante n'avait pas satisfait à la première condition.

The appellant is very obese. No medical evidence establishes the cause of her obesity although her condition has been medically established (Stein-Leventhal syndrome). She had to fly return from Calgary to Ottawa and booked her ticket with Air Canada by phone. She was pre-assigned a bulkhead seat on all the flight segments based on the agent's understanding that it would provide her with more room. On boarding the aircraft in Calgary, the appellant discovered that the bulkhead seats were actually smaller than the other seats.

L'appelante souffre d'une obésité malsaine. Aucune preuve médicale n'établit la cause de son obésité bien que son état d'obésité malsaine a été établi médicalement (syndrome de Stein-Leventhal). Elle devait prendre l'avion à Calgary pour se rendre à Ottawa et elle avait réservé son billet directement auprès d'Air Canada par téléphone. On lui a assigné un siège près cloison sur tous les segments du vol car on croyait que cela lui procurerait plus d'espace. Lorsqu'elle est montée à bord de l'avion à Calgary, l'appelante a découvert que les

She experienced a lot of discomfort throughout the flight. On her return flights, the appellant again encountered problems and had to purchase a business class seat for \$972 at the Toronto airport for her Toronto-Calgary segment. She later filed a complaint with the Accessible Transportation Directorate of the Agency.

The Agency had to deal with the preliminary jurisdictional issue of whether obesity constitutes a disability for the purposes of Part V of the CTA since it had never been previously considered. It received expert evidence on models of disability, including the World Health Organization's *International Classification of Functioning, Disability and Health*, Geneva, 2001, (ICF model), which identifies three elements for determining whether a person has a disability: impairment, activity limitations and participation restrictions. Unlike the medical model, the ICF model examines the medical condition (impairment) and considers the activity limitations resulting from the condition. The activity limitations are defined as difficulties an individual may have in executing a task or an action. Under participation restrictions, consideration is given to the impact of the activity limitations on the ability of the person to participate in basic life situations.

The Agency held that obesity did not *per se* constitute a disability but recognized that obesity can on a case-by-case basis constitute such a disability. In dismissing the appellant's complaint on the basis that the appellant's obesity did not constitute a disability for the purposes of Part V of the CTA, the majority concluded that the appellant inappropriately relied on the ICF model to establish her disability. It equated the limitation encountered by the appellant to an obstacle (the seat) and held that considering the obstacle in determining the appellant's disability was inconsistent with the scheme of the CTA. In its analysis, the majority stated that in order to provide a corrective measure under subsection 172(3) of the Act, it must be satisfied that there is a person with a disability; the person has encountered an obstacle; and the obstacle is undue. The majority read into this three-stage process a statutory direction that the obstacle not be considered at the first stage.

The issue in the case at bar was whether the majority of the Agency's three-member panel properly held that the CTA effectively directs that the obstacle not be considered in determining whether a person is disabled within the meaning of Part V.

sièges près cloison étaient plus étroits que les autres sièges. Elle a manqué de confort tout au long du vol. Lors de son vol de retour, l'appelante a de nouveau éprouvé des difficultés et elle a dû acheter un billet pour un siège en classe affaire sur le segment Toronto-Calgary pour un montant supplémentaire de 972 \$. Elle a ultérieurement déposé une plainte auprès de la Direction des transports accessibles de l'Office.

Parce que l'obésité en tant que déficience était une question qui n'avait jamais été examinée, l'Office a sollicité des plaidoiries quant à la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC. L'Office a reçu une preuve d'expert quant aux modèles de déficience, notamment quant à la *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*, Genève, 2001, de l'Organisation mondiale de la santé (le modèle CIF) dans laquelle il est fait état de trois éléments qui servent à établir si une personne a une déficience : les invalidités, les limitations d'activité et les restrictions de participation. Contrairement au modèle médical, dans le modèle CIF on examine l'état de santé (appelé « invalidité »), puis on examine les limitations d'activité découlant de cet état. Les limitations d'activité sont définies comme étant des difficultés qu'une personne peut éprouver lors de l'exécution d'une tâche ou d'une action. En ce qui concerne les restrictions de participation, on tient compte de l'incidence des limitations d'activité sur la capacité de la personne à s'adonner à des activités élémentaires de la vie courante.

L'Office a jugé que l'obésité, en soi, n'est pas une déficience mais elle a reconnu que dans certains cas l'obésité peut constituer une déficience. En rejetant la plainte de l'appelante au motif que l'obésité de l'appelante ne constituait pas une déficience au sens de la partie V de la LTC, la majorité a conclu que l'appelante avait invoqué à tort le modèle CIF pour faire la preuve de sa déficience. L'Office a assimilé la limitation rencontrée par l'appelante à un obstacle (le siège) et a jugé que tenir compte de l'obstacle pour établir la déficience de la l'appelante était incompatible avec l'esprit de la LTC. Au cours de son analyse, la majorité déclare que, afin d'apporter des mesures correctives en vertu du paragraphe 172(3) de la Loi, l'Office doit être convaincu qu'il y a une personne ayant une déficience, que cette personne a fait face à un obstacle et que cet obstacle était abusif. C'est l'intégrité de ce processus en trois étapes qui, selon la majorité, serait compromise si l'Office examinait l'obstacle à la première étape.

La seule question en litige dans le présent appel consistait à savoir si la majorité a eu raison de conclure que la LTC prescrit que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la partie V.

Held, the appeal should be allowed.

Although the majority correctly asserted that the determination of whether a person is disabled must be based on the CTA, it erred when it held that the CTA directs that the obstacle (i.e. seat) cannot be considered in making this determination. There was no basis for the conclusion that considering the seat at the disability stage would pre-empt or compromise the exercise of the Agency's jurisdiction at a later stage. Under the CTA, no statutory consequence of any sort attaches to a finding that a person has encountered an obstacle. It is only if an obstacle is found to be "undue" that the jurisdiction of the Agency to provide a remedy is triggered. The word "obstacle" appears nowhere in the relevant provisions of the Act without the qualifier "undue". While an undue obstacle obviously assumes the existence of an obstacle, nothing flows from the recognition of the obstacle as such. It follows that the only obstacle of relevance under the CTA is an "undue obstacle" and the Agency in no way impedes or pre-empts its ability to act at that later stage by considering the obstacle at the first stage. It would require very clear words to hold that the existence of a disability is to be determined without regard to context. No disability exists in the abstract.

Parliament did not define the word "disability" under the CTA. The only statutory reference throughout is to "persons with disabilities" in both the singular and the plural forms. Nevertheless, there can be no doubt when regard is had to the scope and purpose of the accessibility provisions of the CTA that Parliament had in mind "persons with disabilities" in the context of the federal transportation network who are confronted with "an undue obstacle to [their] mobility". Whether a person comes within the class of persons contemplated by Parliament must be determined by reference to his or her impairment and the particular limitation encountered by reason of this impairment in the course of transport. In light of the concession that the appellant suffers from an impairment and the fact that she encountered an activity limitation on account of this impairment, the only conclusion open to the Agency was that the appellant is a person with a disability under the CTA.

The Agency's task of weighing the potentially diverging interests which the CTA seeks to advance in ensuring a viable and efficient transport network at competitive rates without undue obstacles to the mobility of persons with disabilities should be done at the undueness analysis stage, not at the disability stage. In this regard, the relative ease with which the existence of a disability can be established at the first stage should not be construed as preventing the Agency from having

Jugement : l'appel doit être accueilli.

Bien que la majorité a affirmé à juste titre que la réponse à la question de savoir si une personne a une déficience doit reposer sur la LTC, elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que, en vertu de la LTC, on ne doit pas tenir compte de l'obstacle (c'est-à-dire le siège) pour répondre à cette question. Il n'existait aucun fondement à l'appui de la conclusion que tenir compte du siège à l'étape de la déficience empêcherait ou compromettrait l'exercice de la compétence de l'Office à une étape ultérieure. En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle. Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée. Le mot « obstacle » ne figure nulle part dans les dispositions pertinentes de la LTC sans le qualificatif « abusif ». Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel. Il s'ensuit que le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » et l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape. Il faudrait des termes très clairs pour conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte. Aucune déficience n'existe dans l'abstrait.

Le législateur n'a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC. Le seul renvoi que l'on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » au singulier et au pluriel. Néanmoins, il ne fait aucun doute, lorsque l'on considère la portée et l'objet des dispositions relatives à l'accessibilité de la LTC, que le législateur avait à l'esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation ». La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par le législateur doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s'est heurtée, du fait de son invalidité, au cours du transport. Compte tenu de la concession que l'appelante souffre d'une invalidité et compte tenu qu'elle s'est heurtée à une limitation d'activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l'Office était que la demanderesse est une personne ayant une déficience au sens de la LTC.

L'Office doit procéder à la tâche délicate qui consiste à soupeser les intérêts potentiellement divergents que la LTC cherche à faire valoir en voyant à ce qu'il existe un réseau de transport viable et efficace, à taux concurrentiel, libre d'obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Toutefois, c'est à l'étape de l'analyse du caractère abusif que l'Office devrait entreprendre cet exercice d'appréciation et non pas à l'étape de la

regard to all relevant considerations at the undue obstacle stage of the analysis. In the first instance, the Agency must determine the scope of its review and it would be inappropriate to rule out any consideration at that juncture.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 41, 170(1), 171, 172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 74 C.R.R. (2d) 1; 253 N.R. 329; 2000 SCC 28; *In the matter of the jurisdictional question, arising in the context of an application received by the Canadian Transportation Agency from Linda McKay-Panos against Air Canada, of whether obesity is a disability for the purposes of Part V of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10*, CTA decision No. 646-AT-A-2001; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.).

AUTHORS CITED

World Health Organization. *International Classification of Functioning, Disability and Health*. Geneva: World Health Organization, 2001.

APPEAL from a decision of the Canadian Transportation Agency (decision No. 567-AT-A-2002) rejecting the application filed by the appellant under section 172 of the *Canada Transportation Act* seeking remedy on the ground she was disabled by reason of her obesity and had encountered an undue obstacle in air travel. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Ritu Khullar and Jo-Ann R. Kolmes for appellant.

déficience. À cet égard, l'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse. Il incombe à l'Office de juger en premier lieu de la portée de son examen et comme il n'a pas encore procédé à l'analyse du caractère abusif, il ne conviendrait pas de rejeter tout examen à ce stade.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 41, 170(1), 171, 172.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703; 2000 CSC 28; *Relative à la question de juridiction, découlant d'une demande reçue par l'Office des transports du Canada de Linda McKay-Panos c. Air Canada, visant à déterminer si l'obésité est une déficience aux termes de la Partie V de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10*, OTC décision n° 646-AT-A-2001.; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Organisation mondiale de la santé. *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*. Genève : Organisation mondiale de la santé, 2001.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada (décision n° 567-AT-A-2002) par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada* dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Ritu Khullar et Jo-Ann R. Kolmes pour l'appelante.

Gerald A. Chouest, Tae Mee Park and Louise-Hélène Senecal for respondent Air Canada.
Elizabeth C. Barker for respondent The Canadian Transportation Agency.
David Baker for intervener.

Gerald A. Chouest, Tae Mee Park et Louise-Hélène Senecal pour l'intimée Air Canada.
Elizabeth C. Barker pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
David Baker pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Chivers Carpenter, Edmonton, for appellant.
Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn LLP, Toronto, and *Air Canada*, Dorval, for respondent Air Canada.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.
Bakerlaw, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Chivers Carpenter, Edmonton, pour l'appelante.
Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn LLP, Toronto, et *Air Canada*, Dorval, pour l'intimée Air Canada.
Office des transports du Canada, Gatineau, pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Bakerlaw, Toronto, pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency (the Agency) rendered on October 23, 2002 [*McKay-Panos v. Air Canada*, 567-AT-A-2002], rejecting the complaint filed by Ms. McKay-Panos (the appellant) pursuant to section 172 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the Act or the CTA).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada (l'Office) le 23 octobre 2002 [*McKay-Panos c. Air Canada*, décision n° 567-AT-A-2002] par laquelle il a rejeté la plainte déposée par M^{me} McKay-Panos (l'appelante) en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi ou la LTC).

[2] In order to obtain the remedy which she was seeking, the appellant had to satisfy the Agency both that she was disabled by reason of her obesity and that she had encountered an undue obstacle in air travel. The majority of the three-member panel dismissed the application on the preliminary ground that the appellant did not satisfy the first condition.

[2] Afin d'obtenir la réparation qu'elle sollicitait, l'appelante devait convaincre l'Office qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. La majorité du comité, composé de trois membres, a rejeté la demande pour le motif préliminaire que l'appelante n'avait pas satisfait à la première condition.

Background and Facts

L'historique et les faits

[3] The appellant is morbidly obese and attributes her condition to the Stein-Leventhal syndrome. No medical evidence establishes the cause of her obesity. However, it is not disputed that her morbidly obese condition has been medically established.

[3] L'appelante souffre d'une obésité malsaine et attribue son état au syndrome de Stein-Leventhal. Aucune preuve médicale n'établit la cause de son obésité. Toutefois, il n'est pas contesté que son état d'obésité malsaine a été établi médicalement.

[4] The appellant had to fly from Calgary to Ottawa on August 21, 1997, returning on August 24, 1997. She booked her ticket directly with Air Canada by telephone

[4] L'appelante devait prendre l'avion à Calgary le 21 août 1997 pour se rendre à Ottawa et elle devait revenir le 24 août 1997. Elle a réservé son billet directement

on June 14, 1997. She gave the Air Canada agent her weight and size (the record only identifies her weight as being approximately 160 kg) and expressed concern that the seat would not accommodate her. She offered to purchase two economy class seats or one business class seat.

[5] The appellant claims that her request was met with several off-hand remarks and laughter. She was pre-assigned a bulkhead seat on all the flight segments based on the agent's understanding that it would provide her with more room. She was told that there was no need to purchase two seats.

[6] On boarding the aircraft in Calgary on August 21, the appellant discovered that the bulkhead seats were actually smaller than the other seats because the tray tables folded into the arm rests rather than the forward chair as they did in other seats. The appellant found that she could barely force herself into her seat. The passenger beside her could not access his tray table because her hips spread onto his arm rest. The flight attendants bumped into her with their serving carts.

[7] On the flight from Toronto to Ottawa, the flight attendant allowed the appellant to sit in a vacant business class seat. The appellant qualifies this gesture as the only act of human dignity that she experienced during her trip.

[8] Two days before her return flight, the appellant telephoned Air Canada to ask for assistance for her return flight. She was told that both the Ottawa-Toronto and Toronto-Calgary segments were overbooked and no alternative seating was available. The agent advised her that she could purchase a business class seat for an additional \$972 for the Toronto-Calgary segment, but she would not receive any credit for the economy class portion of the flight. It was suggested to her that once she arrived at the airport, the staff might be able to seat her in business class or otherwise accommodate her.

auprès d'Air Canada par téléphone le 14 juin 1997. Elle a fait part au représentant d'Air Canada de son poids ainsi que de sa taille (le dossier ne fait que mentionner que son poids était d'environ 160 kg) et a affirmé craindre que le siège ne conviendrait pas. Elle a offert d'acheter deux billets de classe économique ou un seul billet de classe affaire.

[5] L'appelante prétend qu'on a acquiescé à sa demande en faisant de nombreux commentaires et en riant. Le représentant lui a assigné un siège près cloison sur tous les segments du vol car il croyait que cela lui procurerait plus d'espace. On lui a dit qu'il n'était pas nécessaire qu'elle achète deux billets.

[6] Lorsqu'elle est montée à bord de l'avion à Calgary le 21 août, l'appelante a découvert que les sièges près cloison étaient plus étroits que les autres sièges parce que les tables-plateaux étaient incorporés aux accoudoirs plutôt qu'au siège avant comme c'était le cas pour les autres sièges. L'appelante a réalisé qu'elle pouvait à peine s'asseoir sur son siège. Le passager qui était assis à côté d'elle ne pouvait pas déplier sa table-plateau parce que les hanches de la demanderesse débordaient sur l'accoudoir. Les agents de bord hurtaient l'appelante avec leurs chariots de service.

[7] Au cours du vol Toronto-Ottawa, l'agent de bord a permis à l'appelante de s'asseoir sur un siège libre dans la classe affaire. L'appelante affirme que ce geste est le seul acte humanitaire qu'on a eu envers elle durant tout le voyage.

[8] Deux jours avant son vol de retour, l'appelante a téléphoné à Air Canada pour demander qu'on lui fournisse de l'assistance en rapport avec son vol de retour. On lui a dit que les segments Ottawa-Toronto et Toronto-Calgary étaient tous les deux en surréservation et qu'aucun siège n'était libre. Le représentant l'a informée que, pour un montant supplémentaire de 972 \$, elle pouvait acheter un billet pour un siège en classe affaire sur le segment Toronto-Calgary mais qu'elle ne recevrait aucun crédit pour la partie classe économique du vol. On lui a laissé entendre que lorsqu'elle arriverait à l'aéroport, le personnel pourrait peut-être la faire asseoir dans la classe affaire ou trouverait une autre façon de l'aider.

[9] At the Ottawa airport on August 24, 1997, the appellant was advised that no alternative seating was available on her flight to Toronto. She was told that she could again ask airport staff in Toronto for consideration on the flight to Calgary. In Toronto, the appellant was advised that it was against Air Canada policy to move passengers to business class even if the plane was not full. She decided to buy a business class ticket for \$972.

[10] On November 19, 1997, Ms. McKay-Panos filed a complaint with the Accessible Transportation Directorate of the Agency. She requested an apology for the discourteous treatment which she claims she received and asked that Air Canada be required to provide alternative seating for large people who are prepared to pay a reasonable extra charge.

[11] In response, Air Canada apologized, offered to reimburse the cost of the business class ticket from Toronto to Calgary and implemented a number of measures to address the appellant's complaint, including issuing a directive highlighting the fact that bulkhead seats are not appropriate for persons who are obese.

[12] Air Canada also indicated that its policy for travel in North America is to offer persons who require additional seating the option of purchasing a second seat at 50% of the full adult fare or 100% of the applicable excursion fare. Alternatively, a single seat in executive class can be purchased or, if space permits, the use of two seats for the single applicable fare will be granted on a standby basis.

[13] The appellant acknowledged Air Canada's response but took issue with certain explanations regarding the treatment she was given by customer service staff in Toronto. She also felt that Air Canada's policy for persons who require additional seating did not

[9] À l'aéroport d'Ottawa, le 24 août 1997, l'appelante a été informée qu'on ne disposait d'aucun siège qui pouvait répondre à ses besoins sur le vol à destination de Toronto. On lui a dit qu'elle pouvait demander au personnel à l'aéroport de Toronto d'examiner s'il n'y avait pas une possibilité quant au vol à destination de Calgary. À Toronto, l'appelante a été informée qu'il était contraire à la politique d'Air Canada de transférer des passagers en classe affaire même si l'avion n'est pas plein. L'appelante a décidé d'acheter un billet de classe affaire pour un montant de 972 \$.

[10] Le 10 novembre 1997, M^{me} McKay-Panos a déposé une plainte auprès de la Direction des transports accessibles de l'Office. Elle a demandé qu'on lui fasse des excuses pour le traitement peu courtois qu'elle a prétendument reçu et elle a demandé qu'on oblige Air Canada à se doter de sièges conçus pour les personnes obèses qui sont disposées à payer des frais supplémentaires raisonnables.

[11] En réponse, Air Canada a offert ses excuses. Elle a également offert de rembourser le coût du billet de classe affaire pour le vol Toronto-Calgary et de mettre en place un certain nombre de mesures visant à répondre à la plainte formulée par l'appelante, notamment l'émission d'une directive soulignant le fait que les sièges près cloison ne conviennent pas aux personnes obèses.

[12] Air Canada a également mentionné que sa politique quant aux voyages en Amérique du Nord consiste à offrir aux personnes qui ont besoin d'un siège supplémentaire la possibilité d'acheter un deuxième billet pour un montant équivalant à la moitié du tarif adulte ou pour un montant équivalant à 100 p. 100 du tarif excursion. Subsidiairement, un billet pour un siège individuel en classe affaire peut être acheté ou, si l'espace le permet, l'utilisation de deux sièges pour le tarif applicable à un seul siège sera accordée s'il reste suffisamment de places disponibles.

[13] L'appelante a remercié Air Canada pour sa réponse mais elle s'est élevée contre certaines explications concernant le traitement qu'elle a prétendument reçu de la part du personnel du service à la clientèle à Toronto. Elle a également estimé que la politique d'Air

adequately deal with her request for alternative seating.

Canada à l'égard des personnes qui ont besoin d'un siège supplémentaire n'a pas répondu adéquatement à ses besoins en matière de solution de rechange.

Relevant Statutory Provisions

[14] The following relevant provisions of the CTA provide for the national transportation policy and the transportation of persons with disabilities:

NATIONAL TRANSPORTATION POLICY

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

...

(g) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

...

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

...

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

...

PART V TRANSPORTATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

170. (1) The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network

Les dispositions législatives pertinentes

[14] Les dispositions pertinentes suivantes de la LTC concernent la politique nationale des transports et le transport des personnes ayant une déficience :

POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs—y compris des personnes ayant une déficience—en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel :

[...]

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas :

[...]

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

[...]

Il est en outre déclaré que la présente loi vise la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

[...]

PARTIE V TRANSPORT DES PERSONNES AYANT UNE DÉFICIENCE

170. (1) L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport

under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

...

(c) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and

(d) the communication of information to persons with disabilities.

...

171. The Agency and the Canadian Human Rights Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts.

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) Where the Agency is satisfied that regulations made under subsection 170(1) that are applicable in relation to a matter have been complied with or have not been contravened, the Agency shall determine that there is no undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both. [Emphasis added.]

The Proceedings Before the Agency

[15] Because obesity as a disability was an issue which had never been considered, the Agency invited pleadings on the preliminary jurisdictional issue of whether obesity constitutes a disability for the purposes of Part V of the CTA. The issue as to whether there was an undue obstacle would be considered during a subsequent hearing, if obesity were found to constitute a disability. This preliminary hearing was held from September 24 to 27 and October 1 to 3, 2001 in Calgary and led to what came to be known as “the Calgary

assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

[...]

c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;

d) la communication d'information à ces personnes.

[...]

171. L'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence.

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) L'Office rend une décision négative à l'issue de son enquête s'il est convaincu de la conformité du service du transporteur aux dispositions réglementaires applicables en l'occurrence.

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux. [Non souligné dans l'original.]

Les procédures tenues devant l'Office

[15] Parce que l'obésité en tant que déficience était une question qui n'avait jamais été examinée, l'Office a sollicité des plaidoiries quant à la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC. La question de savoir s'il y avait un obstacle abusif serait examinée lors d'une audience ultérieure si on concluait que l'obésité constituait une déficience. L'audience préliminaire a été tenue entre le 24 et le 27 septembre 2001 et entre le 1^{er} et le 3 octobre 2001 à

decision” [decision No. 646-AT-A-2001].

[16] During these proceedings, the Agency received expert evidence on models of disability, including the World Health Organization’s *International Classification of Functioning, Disability and Health*, Geneva, 2001 (the ICF model), which identifies three elements for determining whether a person has a disability: impairment, activity limitations, and participation restrictions.

[17] Unlike the medical model, which focuses only on the medical condition of the person, the ICF model looks at the medical condition (called “impairment”) and then considers the activity limitations resulting from the condition. The activity limitations are defined as difficulties an individual may have in executing a task or an action. Under participation restrictions, consideration is given to the impact of the activity limitations on the ability of the person to participate in basic life situations.

[18] Air Canada took the position that this model was appropriate for determining whether obesity is a disability for purposes of the CTA (Calgary decision, page 31). Consistent with this position, Air Canada also conceded that it is not necessary for a health condition to be a disease in order for it to be a disability under the CTA (Calgary decision, page 31), and that etiology (i.e., the cause of the condition) is not relevant to this determination (Calgary decision, page 18).

[19] On December 12, 2001, the Agency released the Calgary decision. It held that obesity, *per se*, is not a disability for the purposes of Part V of the CTA. However it recognized that there may be individuals in the population of persons who are obese, who have a disability for the purposes of Part V of the CTA which can be attributed to their obesity (Calgary decision, page 35).

Calgary et elle a mené à ce que l’on a appelé « la décision de Calgary » [décision n° 646-AT-A-2001].

[16] Au cours des procédures susmentionnées, l’Office a reçu une preuve d’expert quant aux modèles de déficience, notamment quant à la *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*, Genève, 2001, de l’Organisation mondiale de la santé (le modèle CIF) dans laquelle il est fait état de trois éléments qui servent à établir si une personne a une déficience : les invalidités, les limitations d’activité et les restrictions de participation.

[17] Contrairement au modèle médical, dans lequel on met uniquement l’accent sur l’état de santé de la personne, dans le modèle CIF, on examine l’état de santé (appelé « invalidité »), puis on examine les limitations d’activité découlant de cet état. Les limitations d’activité sont définies comme étant des difficultés qu’une personne peut éprouver lors de l’exécution d’une tâche ou d’une action. En ce qui concerne les restrictions de participation, on tient compte de l’incidence des limitations d’activité sur la capacité de la personne à s’adonner à des activités élémentaires de la vie courante.

[18] Air Canada a adopté le point de vue que le modèle susmentionné était celui qu’il convenait d’utiliser pour établir si l’obésité est une déficience au sens de la LTC (décision de Calgary, page 31). En accord avec ce point de vue, Air Canada a également reconnu qu’il n’est pas nécessaire qu’un état de santé soit une maladie pour qu’il constitue une déficience au sens de la LTC (décision de Calgary, page 31) et que l’étiologie (c’est-à-dire la cause de l’état) n’a aucune pertinence quant à la décision (décision de Calgary, page 18).

[19] Le 12 décembre 2001, l’Office a publié la décision de Calgary. On a jugé dans cette décision que l’obésité, en soi, n’est pas une déficience au sens de la partie V de la LTC. Toutefois, on a reconnu qu’il pouvait y avoir des personnes dans la population qui sont obèses, qui souffrent d’une déficience au sens de la partie V de la LTC et que cette déficience peut être occasionnée par leur obésité (décision de Calgary, page 35).

[20] The Agency adopted the ICF model as a useful tool for the purpose of addressing these individual cases. Referring to this model, it held that an impairment was a prerequisite to a finding of disability but was not, in itself, sufficient to support a conclusion that a person has a disability for purposes of the CTA. In order to qualify, the impairment must give rise to activity limitations and/or participation restrictions in the federal transportation network (Calgary decision, page 35).

[21] The Agency summarized its conclusions as follows (Calgary decision, page 35):

(i) the evidence presented on the question of whether obesity is a disease and in respect of the association between obesity and health problems, including co-morbidities, and health-related quality of life was useful to inform the Agency on the subject of obesity, but it does not determine whether obesity is a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(ii) there must be an impairment in order for there to be a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(iii) impairment, alone, is insufficient to support the conclusion that obesity is a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(iv) on the basis of the evidence presented, the Agency concludes that obese persons do not necessarily experience activity limitations and/or participation restrictions in the context of the federal transportation network;

(v) in order to find that an obese person is disabled for the purposes of the CTA, it is necessary to find that the person experiences activity limitations and/or participation restrictions in the context of the federal transportation network; and

(vi) fact-based evidence of the presence of activity limitations and/or participation restrictions is necessary to support a conclusion that a person who is obese is a person with a disability.

[22] Having so decided, the Agency invited submissions on whether the appellant's obesity constituted a disability for the purposes of the CTA. In her submissions the appellant, adhering to the ICF model, argued that her obesity was an impairment and highlighted what she believed to be the most significant limitation which she encountered: the seat.

[20] L'Office a adopté le modèle CIF comme outil utile pour traiter ces cas individuels. Renvoyant à ce modèle, il a décidé qu'une invalidité était une condition préalable pour que l'on conclue à la déficience mais ne suffisait pas, en soi, à étayer une conclusion qu'une personne souffre d'une déficience au sens de la LTC. Afin de se qualifier, l'invalidité doit donner lieu à des limitations d'activité et (ou) à des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport (décision de Calgary, page 35).

[21] L'Office a résumé ses conclusions de la manière suivante (décision de Calgary, page 35) :

(i) que la preuve produite sur la question de savoir si l'obésité est une maladie et au sujet de l'association entre l'obésité et les problèmes de santé, notamment les comorbidités et la qualité de vie liée à la santé, a été instructive sur la question de l'obésité, mais qu'elle ne permet pas de déterminer si l'obésité est une déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(ii) qu'il faut qu'il y ait invalidité pour qu'il y ait déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(iii) qu'une invalidité à elle seule ne suffit pas à conclure que l'obésité est une déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(iv) que d'après la preuve produite, les personnes obèses ne se heurtent pas forcément à des limitations d'activité et/ou à des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport;

(v) que, pour déterminer qu'une personne obèse a une déficience aux termes de la LTC, il est nécessaire de démontrer que la personne se heurte à des limitations d'activité et/ou des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport;

(vi) qu'une preuve factuelle de l'existence de limitations d'activité et/ou des restrictions de participation est nécessaire pour conclure qu'une personne obèse est une personne ayant une déficience.

[22] Cela étant, l'Office a sollicité des observations quant à la question de savoir si l'obésité de l'appelante constituait une déficience au sens de la LTC. Dans ses observations, l'appelante, adhérant au modèle CIF, a prétendu que son obésité était une déficience et elle a souligné que c'était le siège qui avait été, selon elle, la limitation la plus importante qu'elle avait rencontrée.

The Decision in Issue

[23] In a split decision, the Agency, composed of the same three-member panel that rendered the Calgary decision, dismissed the appellant's complaint. The majority concluded that the appellant inappropriately relied on the ICF model to establish her disability. It equated the limitation encountered by the appellant to an obstacle, and held that considering the obstacle in determining the appellant's disability was inconsistent with the scheme of the CTA. The majority went on to find that the appellant's obesity did not constitute a disability for the purposes of Part V of the CTA and dismissed her complaint on that basis.

[24] The dissenting member noted that the ICF model had been accepted in the Calgary decision and expressed the view that the majority, in refusing to consider the seat, was in effect revisiting the Calgary decision. Relying on the ICF model, he concluded that the appellant's obesity was an impairment and that she had been subject to an activity limitation because of the seat. He also found that she encountered participation restrictions in that she experienced difficulties in travelling that the average person does not. The dissenting member went on to hold that the appellant was disabled for purposes of the CTA and would have moved on to consider whether the seat was an undue obstacle.

[25] On January 14, 2003, the Federal Court of Appeal granted the appellant leave to appeal and the present appeal ensued. The appeal was not heard earlier by reason of an outstanding stay of proceedings arising out of Air Canada's recent bankruptcy which was lifted on September 30, 2004.

Position of the Parties

[26] On appeal, the appellant submits that the majority committed a reviewable error by discarding the Calgary decision which had gone unappealed. According to the appellant, the CTA contemplates a contextual assessment of disability since it requires that "undue obstacles" to the transportation of "persons with disabilities" be encountered (subsections 170(1) and 172(3) are relied upon). The appellant submits that the minority member properly applied the Calgary decision

La décision en litige

[23] Dans une décision partagée, l'Office, composé de la même formation de trois membres qui avait rendu la décision de Calgary, a rejeté la plainte de l'appelante. La majorité a conclu que l'appelante avait invoqué à tort le modèle CIF pour faire la preuve de sa déficience. L'Office a assimilé la limitation rencontrée par l'appelante à un obstacle et a jugé que tenir compte de l'obstacle pour établir la déficience de l'appelante était incompatible avec l'esprit de la LTC. La majorité a ensuite conclu que l'obésité de l'appelante ne constituait pas une déficience au sens de la partie V de la LTC et a rejeté la plainte de cette dernière pour ce motif.

[24] Le membre dissident a souligné que le modèle CIF a été accepté dans la décision de Calgary et a exprimé l'opinion que la majorité, en refusant de tenir compte du siège, se trouvait en fait à revoir la décision de Calgary. Invoquant le modèle CIF, il a conclu que l'obésité de l'appelante constituait une déficience et qu'elle avait fait l'objet d'une limitation d'activité en raison du siège. Il a également conclu qu'elle avait rencontré des restrictions de participation du fait qu'elle avait éprouvé des difficultés à voyager, difficultés que les personnes ordinaires ne rencontrent pas. Le membre dissident a ajouté que l'appelante avait une déficience au sens de la LTC et qu'il aurait ensuite examiné si le siège constituait un obstacle abusif.

[25] Le 14 janvier 2003, la Cour d'appel fédérale a accordé à l'appelante la permission d'interjeter appel, d'où le présent appel. L'appel n'a pas été entendu plus tôt en raison d'un arrêt des procédures découlant de la faillite d'Air Canada. Cet arrêt des procédures a été levé le 30 septembre 2004.

La position des parties

[26] En appel, l'appelante prétend que la majorité a commis une erreur susceptible de révision en rejetant la décision de Calgary, laquelle n'a pas été portée en appel. Selon l'appelante, la LTC envisage une appréciation contextuelle de la déficience car elle exige que des « obstacles abusifs » dans le transport d'une « personne ayant une déficience » soient rencontrés (paragraphe 170(1) et 172(3) sont invoqués). L'appelante prétend que le membre minoritaire a correctement appliqué la

and arrived at the correct conclusion for the reasons that he gave.

[27] According to Air Canada, the majority properly concluded that the obstacle cannot be considered in assessing the appellant's disability. Counsel conceded that the appellant's obesity is an impairment pursuant to the ICF model, but argued that this is not sufficient to support a conclusion that she is disabled for purposes of the CTA. Counsel also stressed the fact that accepting obesity as a disability in this case could have important repercussions on the airline industry, having regard to the significant portion of the population which potentially fall within that category.

[28] The intervener argues that obesity *per se* is a disability under the CTA and that the Calgary decision improperly adopted a "bifurcated" process which does not accord with the Agency's statutory mandate to accommodate disabled persons. I must confess that I have found these submissions to be of limited assistance since they are directed against the Calgary decision which is not under appeal.

Analysis and Decision

Question in Issue

[29] In the course of its analysis, the majority states that in order to provide a corrective measure under subsection 172(3) of the Act, it must be satisfied that:

1. there is a person with a disability;
2. this person has encountered an obstacle; and
3. this obstacle is undue.

According to the majority, "[t]hese three steps are clearly delineated by Parliament and the Agency must take the CTA as it finds it" (reasons, page 7).

[30] It is the integrity of this three-step process which, according to the majority, would be jeopardized if the Agency were to consider the obstacle at the first stage.

décision de Calgary et est arrivé à la bonne conclusion, et ce, pour les motifs qu'il a exposés.

[27] Selon Air Canada, la majorité a eu raison de conclure que l'obstacle ne doit pas être pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la déficience de l'appelante. L'avocat a concédé que l'obésité de l'appelante est une invalidité en vertu du modèle CIF, mais il prétend que cela ne suffit pas à étayer une conclusion que l'appelante avait une déficience au sens de la LTC. L'avocat a également souligné que le fait d'accepter que l'obésité est une déficience en l'espèce pourrait avoir d'importantes répercussions sur l'industrie du transport aérien, compte tenu de la partie importante de la population qui pourrait s'inscrire dans cette catégorie.

[28] L'intervenant prétend que l'obésité en soi est une déficience en vertu de la LTC et que, dans la décision de Calgary, on a adopté à tort un processus « bifurqué » qui n'est pas conforme au mandat conféré par la loi à l'Office de répondre aux besoins des personnes ayant une déficience. Je dois avouer que, selon moi, ces observations étaient peu utiles car elles visent directement la décision de Calgary dont il n'a pas été interjeté appel.

L'analyse et la décision

La question en litige

[29] Au cours de son analyse, la majorité déclare que, afin d'apporter des mesures correctives en vertu du paragraphe 172(3) de la Loi, l'Office doit être convaincu que :

1. il y a une personne ayant une déficience;
2. cette personne a fait face à un obstacle;
3. cet obstacle était abusif.

Selon la majorité, « ces trois étapes sont clairement délimitées par le Parlement et l'Office doit prendre la LTC telle qu'elle est » (motifs, page 7).

[30] C'est l'intégrité de ce processus en trois étapes qui, selon la majorité, serait compromise si l'Office examinait l'obstacle à la première étape. La prise en

In particular, taking into account the obstacle in ascertaining whether a person is disabled would compromise the Agency's duty to address the obstacle at the second stage. The majority read into this three-stage process a statutory direction that the obstacle not be considered at the first stage.

[31] The exact reasoning of the majority is encapsulated in the following passage (reasons, page 8):

The Agency does not accept [the ICF] way of proceeding because it requires the Agency, when assessing the disability of a person, to focus on the obstacle, namely the seat. Such an approach disregards the three steps delineated by the CTA which directs the Agency to consider the obstacle when assessing the obstacle, not when assessing the disability of an applicant. It is not the obstacle that makes a person deaf, blind or paraplegic and the Agency does not agree that it should be different in the case of obesity. The Agency considers that the ICF, as a useful tool, must be read in conjunction with the CTA, not the contrary. Otherwise, it would be tantamount to saying that the ICF supersedes the CTA, a conclusion that the Agency, as an administrative Tribunal, has no authority to reach. Under the framework of Part V of the CTA, before the Agency discusses the obstacle, it must predetermine that Ms. McKay-Panos is in fact a person with a disability.

[32] The sole issue in this appeal is whether the majority properly held that the CTA effectively directs that the obstacle not be considered in determining whether a person is disabled within the meaning of Part V.

Standard of Review

[33] It is not necessary to undertake a detailed analysis to determine the applicable standard of review in respect of this question. Whether the CTA rules out consideration of the obstacle at the first stage is a pure question of statutory construction. Section 41 of the CTA provides that an appeal lies from the Agency to this Court on questions of law or jurisdiction on leave being obtained. While not decisive, a statutory right of appeal suggests a more searching standard of review. Determining what constitutes a disability under Part V is clearly jurisdictional and this is not an issue with respect to which the Agency has had occasion to develop any meaningful experience. Statutory interpretation is ultimately the province of the judiciary.

compte de l'obstacle afin de déterminer si une personne a une déficience compromettrait notamment le devoir qu'a l'Office d'examiner l'obstacle à la deuxième étape. Selon la majorité, ce processus à trois étapes comprend une directive législative que l'obstacle ne doit pas être examiné à la première étape.

[31] Le raisonnement précis de la majorité est formulé dans le passage suivant (motifs, page 8) :

L'Office n'accepte pas cette façon d'agir parce que cela oblige l'Office, lorsqu'il évalue la déficience d'une personne, à se concentrer sur l'obstacle, c'est-à-dire le siège. Une telle approche passe outre les trois étapes délimitées par la LTC qui suggèrent à l'Office de considérer l'obstacle au moment d'évaluer l'obstacle et non pas à l'étape où il doit évaluer la déficience d'un demandeur. Ce n'est pas l'obstacle qui rend une personne sourde, aveugle ou paraplégique et l'Office n'est pas d'accord pour dire que ce devrait être différent dans le cas de l'obésité. L'Office estime que la CIF, un outil utile, doit être lue parallèlement avec la LTC et non le contraire. Autrement, cela équivaudrait à dire que la CIF a préséance sur la LTC, une conclusion que l'Office, en tant que tribunal administratif, n'a pas l'autorité d'entériner. Dans le cadre de la partie V de la LTC, avant que l'Office discute de l'obstacle, il doit avoir, au préalable, déterminer que M^{me} McKay-Panos est effectivement une personne ayant une déficience.

[32] La seule question en litige dans le présent appel consiste à savoir si la majorité a eu raison de conclure que la LTC prescrit, en effet, que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la partie V.

La norme de contrôle

[33] Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse détaillée si on veut décider quelle est la norme de contrôle applicable à la question susmentionnée. La question de savoir si la LTC exclut l'examen de l'obstacle à la première étape est une question d'interprétation des lois. L'article 41 de la LTC prévoit qu'il peut être interjeté appel de la décision de l'Office à la Cour sur des questions de droit ou de compétence, et ce, avec l'autorisation de la Cour. Bien qu'il ne soit pas déterminant, un droit d'appel prévu par la loi donne à penser qu'une norme de contrôle plus stricte s'applique. Déterminer ce qui constitue une déficience en vertu de la partie V est nettement une question de compétence et ce n'est pas une question à l'égard de

In my view, the applicable standard is correctness.

Disposition

[34] Despite having held that obesity can, on a case-by-case basis, be found to be a disability for purposes of the CTA and inviting the appellant to show through fact-based evidence that she experienced activity limitations, the majority refused to take into account the limitation which the appellant identified: the seat.

[35] In her response to the Agency's invitation, the appellant explained that her activity limitation mainly results from the requirement of sitting in a seat that cannot accommodate her dimension. As was noted earlier, the appellant had great difficulty forcing herself into the seat. Neither she nor the person next to her could access the tray tables because her hips spread onto the armrests and she was repeatedly bumped into by the service carts. As a result, she suffered what she described as terrible pain.

[36] The majority refused to consider this evidence. It explained that the ICF model was a useful tool but nothing more. The majority reasoned that applying this model would, in effect, result in a category of persons (i.e. those who are obese) qualifying as persons with disabilities under the Act. According to the majority, the ICF model cannot displace the CTA (reasons, page 8).

[37] Although the majority correctly asserts that the determination of whether a person is disabled must be based on the CTA, it erred when it held that the CTA directs that the obstacle (i.e. the seat) cannot be considered in making this determination. There is no basis for the conclusion that considering the seat at the disability stage would pre-empt or compromise the exercise of the Agency's jurisdiction at a later stage.

laquelle l'Office possède une grande expérience. L'interprétation législative relève en bout de ligne de la compétence des cours de justice. Selon moi, la norme applicable est celle de la décision correcte.

La décision

[34] Malgré qu'elle ait jugé que l'obésité peut, dans certains cas, être considérée comme étant une déficience aux fins de la LTC et qu'elle ait invité la demanderesse à démontrer par une preuve fondée sur les faits qu'elle s'est heurtée à des limitations d'activité, la majorité a refusé de tenir compte de la limitation mentionnée par l'appelante, c'est-à-dire le siège.

[35] Dans sa réponse à l'invitation de l'Office, l'appelante a expliqué que sa limitation d'activité découlait principalement du fait qu'elle devait s'asseoir sur un siège qui n'était pas assez large pour elle. Comme il a déjà été souligné, l'appelante a eu beaucoup de difficulté à s'asseoir sur le siège. Ni l'appelante, ni la personne qui était assise à côté d'elle ne pouvait avoir accès aux tables-plateaux parce que les hanches de l'appelante débordaient sur les accoudoirs. De plus, on a heurté l'appelante à maintes reprises avec les chariots de service. Par conséquent, l'appelante a enduré ce qu'elle a décrit comme étant une terrible douleur.

[36] La majorité a refusé d'examiner cette preuve. Elle a expliqué que le modèle CIF était un outil utile, mais rien de plus. La majorité a jugé que l'application du modèle CIF créerait, de fait, une catégorie de personnes (c'est-à-dire les personnes obèses) ayant une déficience au sens de la Loi. Selon la majorité, le modèle CIF ne peut pas supplanter la LTC (motifs, page 8).

[37] Bien que la majorité affirme à juste titre que la réponse à la question de savoir si une personne a une déficience doit reposer sur la LTC, elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que, en vertu de la LTC, on ne doit pas tenir compte de l'obstacle (c'est-à-dire le siège) pour répondre à cette question. Il n'existe aucun fondement à l'appui de la conclusion que tenir compte du siège à l'étape de la déficience empêcherait ou compromettrait l'exercice de la compétence de l'Office à une étape ultérieure.

[38] Under the CTA, no statutory consequence of any sort attaches to a finding that a person has encountered an obstacle. It is only if an obstacle is found to be “undue” that the jurisdiction of the Agency to provide a remedy is triggered. The word “obstacle” appears nowhere in the relevant provisions of the Act without the qualifier “undue”. While an undue obstacle obviously assumes the existence of an obstacle, nothing flows from the recognition of the obstacle as such.

[39] It follows that the only obstacle of relevance under the CTA is an “undue obstacle” and the Agency in no way impedes or pre-empts its ability to act at that later stage by considering the obstacle at the first stage. Indeed, it is difficult to see how a person can be considered to be disabled under the Act unless he or she can show that an obstacle has been encountered on account of the alleged disability.

[40] In my view, it would require very clear words to hold that the existence of a disability is to be determined without regard to context. Arguably, no disability exists in the abstract. As was stated by Binnie J. for a unanimous Court in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, a case involving workplace discrimination on account of an alleged disability [at paragraphs 28-29]:

A disability, unlike, for example, race or colour, may entail pertinent functional limitations. . . . An individual may suffer severe impairments that do not prevent him or her from earning a living. Beethoven was deaf when he composed some of his most enduring works. Franklin Delano Roosevelt, limited to a wheelchair as a result of polio, was the only President of the United States to be elected four times. Terry Fox, who lost a leg to cancer, inspired Canadians in his effort to complete a coast-to-coast marathon even as he raised millions of dollars for cancer research. Professor Stephen Hawking, struck by amyotrophic lateral sclerosis and unable to communicate without assistance, has nevertheless worked with well-known brilliance as a theoretical physicist. (Indeed, with perhaps bitter irony, Professor Hawking is reported to have said that his disabilities give him more time to think.) The fact they have steady work does not, of course, mean that these individuals are necessarily free of discrimination in the workplace. Nor would anyone suggest that, measured against a yardstick other than employment (access to medical care for

[38] En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle. Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée. Le mot « obstacle » ne figure nulle part dans les dispositions pertinentes de la Loi sans le qualificatif « abusif ». Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel.

[39] Il s'ensuit que le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » et l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape. En effet, il est difficile de voir comment une personne peut être considérée comme ayant une déficience en vertu de la Loi, à moins qu'elle ne démontre qu'elle s'est heurtée à un obstacle en raison de la prétendue déficience.

[40] Selon moi, il faudrait des termes très clairs pour conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte. Il est permis de penser qu'aucune déficience n'existe dans l'abstrait. Comme le juge Binnie l'a déclaré dans un jugement unanime dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, dans lequel il était question de discrimination en milieu de travail en raison d'une prétendue déficience [aux paragraphes 28 et 29] :

Contrairement à la race ou à la couleur, par exemple, une déficience peut entraîner des limitations fonctionnelles pertinentes [...] Une personne peut souffrir de graves affections qui ne l'empêchent pas de gagner sa vie. Beethoven était sourd lorsqu'il a composé certaines de ses plus grandes œuvres. Franklin Delano Roosevelt, confiné à un fauteuil roulant par la polio, a été le seul président américain à être élu quatre fois. Terry Fox, qui avait perdu une jambe à cause du cancer, a inspiré les Canadiens en entreprenant un marathon d'un océan à l'autre et en recueillant des millions de dollars pour la recherche sur le cancer. Le professeur Stephen Hawking, atteint de sclérose latérale amyotrophique et incapable de communiquer sans aide, s'est néanmoins brillamment illustré en tant que physicien théoricien. (Il aurait même dit, peut-être avec une ironie teintée d'amertume, que ses déficiences lui donnaient plus de temps pour réfléchir.) Il va sans dire que, même si elles ont un emploi stable, ces personnes ne sont pas nécessairement à l'abri de toute discrimination dans leur milieu de travail. Nul ne prétendrait

example), they are not persons with daunting disabilities.

The concept of disability must therefore accommodate a multiplicity of impairments, both physical and mental, overlaid on a range of functional limitations, real or perceived, interwoven with recognition that in many important aspects of life the so-called “disabled” individual may not be impaired or limited in any way at all. [Emphasis added.]

[41] Parliament did not define the word “disability” under the CTA. The only statutory reference throughout is to “persons with disabilities” in both the singular and the plural forms (see the preamble to section 5 and subparagraph 5(g)(ii), as well as subsection 170(1), section 171, and subsections 172(1), (3)). Nevertheless, there can be no doubt when regard is had to the scope and purpose of the accessibility provisions of the CTA that Parliament had in mind “persons with disabilities” in the context of the federal transportation network who are confronted with “an undue obstacle to [their] mobility” (subsection 172(3)). Whether a person comes within the class of persons contemplated by Parliament must be determined by reference to his or her impairment and the particular limitation encountered by reason of this impairment in the course of transport.

[42] In light of the concession that the appellant suffers from an impairment and the fact that she has encountered an activity limitation on account of this impairment, the only conclusion open to the Agency was that the appellant is a person with a disability under the CTA.

[43] In holding that the appellant’s obesity did not constitute a disability, the majority was obviously influenced by Air Canada’s floodgate argument. It drew support from the decision of the Federal Court of Appeal in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, at paragraph 39 (reasons, page 5). In that case, Sexton J.A., writing for the Court, explained that the Agency must engage in the delicate task of weighing the potentially diverging interests which the CTA seeks to advance in ensuring a

non plus que ces personnes n’ont pas de déficience grave, si on les évalue en fonction d’un autre critère que l’emploi (celui de l’accès aux soins de santé par exemple).

La notion de déficience doit donc englober une multitude d’affections tant physiques que mentales, superposées à une gamme de limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, tout en reconnaissant la possibilité que la personne dite « déficiente » ne souffre d’aucune affection ni d’aucune limite en ce qui a trait à de nombreux aspects importants de sa vie. [Non souligné dans l’original.]

[41] Le législateur n’a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC. Le seul renvoi que l’on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » au singulier et au pluriel (voir la disposition introductive de l’article 5, le sous-alinéa 5g)(ii), le paragraphe 170(1), l’article 171 et les paragraphes 172(1), (3)). Néanmoins, il ne fait aucun doute, lorsque l’on considère la portée et l’objet des dispositions relatives à l’accessibilité de la LTC, que le législateur avait à l’esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation » (paragraphe 172(3)). La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par le législateur doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s’est heurtée, du fait de son invalidité, au cours du transport.

[42] Compte tenu de la concession que l’appelante souffre d’une invalidité et compte tenu qu’elle s’est heurtée à une limitation d’activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l’Office était que l’appelante est une personne ayant une déficience au sens de la LTC.

[43] En concluant que l’obésité de l’appelante ne constituait pas une déficience, la majorité a manifestement été influencée par l’argument de l’avalanche de poursuites d’Air Canada. Elle s’est fondée sur la décision rendue par la Cour d’appel fédérale dans *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25, au paragraphe 39 (motifs, page 5). Dans cette décision, le juge Sexton, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué que l’Office doit procéder à la tâche délicate qui consiste à soupeser

viable and efficient transport network at competitive rates without undue obstacles to the mobility of persons with disabilities. However, as the *VIA Rail* decision makes clear, it is at the undueness analysis stage that the Agency should engage in this weighing exercise and not at the disability stage.

[44] In this regard, the relative ease with which the existence of a disability can be established at the first stage should not be construed as preventing the Agency from having regard to all relevant considerations at the undue obstacle stage of the analysis including, for instance, etiology if it is shown to be relevant. It is for the Agency to determine in the first instance the scope of its review and since it has yet to conduct the undueness analysis, it would be inappropriate to rule out any consideration at this juncture.

[45] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Agency, and refer the matter back to the Agency so that it may determine whether the appellant, as a person with a disability, has encountered an undue obstacle to her mobility. The appellant should have her costs as against the respondent, Air Canada, and the intervener should assume its own costs.

ROTHSTEIN J.A. : I agree.

MALONE J.A. : I agree.

les intérêts potentiellement divergents que la LTC cherche à faire valoir en voyant à ce qu'il existe un réseau de transport viable et efficace, à taux concurrentiel, libre d'obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Toutefois, il ressort clairement de la décision *VIA Rail* que c'est à l'étape de l'analyse du caractère abusif que l'Office devrait entreprendre cet exercice d'appréciation et non pas à l'étape de la déficience.

[44] À cet égard, l'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse notamment, par exemple, de l'étiologie, s'il est démontré qu'elle est pertinente. Il incombe à l'Office de juger en premier lieu de la portée de son examen et comme il n'a pas encore procédé à l'analyse du caractère abusif, il ne conviendrait pas de rejeter tout examen à ce stade.

[45] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, annulerais la décision de l'Office et renverrais l'affaire à l'Office afin qu'il puisse décider si l'appelante, à titre de personne ayant une déficience, s'est heurtée à un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement. L'appelante a droit au paiement de ses dépens par l'intimée, Air Canada, et l'intervenant devra payer ses propres dépens.

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

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

A-277-05
2006 FCA 45

A-277-05
2006 CAF 45

VIA Rail Canada Inc. (Appellant)

VIA Rail Canada Inc. (appelante)

v.

c.

Canadian Transportation Agency et al. (Respondents)

Office des transports du Canada et al. (intimés)

**INDEXED AS: VIA RAIL CANADA INC. v. CANADA
(TRANSPORTATION AGENCY) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : VIA RAIL CANADA INC. c. CANADA (OFFICE
DES TRANSPORTS) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans
JJ.A.—Toronto, January 12; Ottawa, February 6, 2006¹⁰

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 6 février 2006¹⁰

Transportation — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency (Agency) VIA Rail's meal distribution policy constituted "undue obstacle" to complainant's mobility within meaning of Canada Transportation Act (Act), s. 172(1) — Complainant, travelling economy class, occupying wheelchair tie-down located at end of VIA-1 train — Wheelchair tie-downs, meal service only available on first-class cars (VIA-1) — Full meal menu not available as meal distribution started at opposite end of car — "Obstacle" in Act must be read in context — Associated with "mobility" (in French, "possibilités de déplacement") in immediate legislative context — "Obstacle to mobility" must be understood in light of respective jurisdiction of Agency, Canadian Human Rights Commission — Agency specialized in transportation matters, mandate to oversee application of national transportation policy — Act, s. 171 requiring Agency, Commission to coordinate activities in relation to transportation of persons with disabilities to foster complementary policies, practices, avoid jurisdictional conflicts — S. 171 indication Agency should not use jurisdiction over matters pertaining to "accessibility" of persons with disabilities to encroach upon Commission's general jurisdiction over matters pertaining to human rights of persons with disabilities — Agency's mandate with respect to persons with disabilities to ensure having proper access to effective transportation services, no physical or structural impediments to ability to use services — Meal distribution policy not impeding complainant's access to train, mobility thereon, capacity to eat meal — Complaint herein customer service issue, not access or mobility issue — Appeal allowed.

Transports — Appel de la décision de l'Office des transports du Canada (l'Office) ayant statué que la politique de distribution de repas de VIA Rail constitue un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante au sens de l'art. 172(1) de la Loi sur les transports au Canada (la Loi) — La plaignante voyageait en classe économique et occupait un fauteuil roulant immobilisé par un dispositif de retenue installé à l'extrémité d'une voiture de 1re classe (VIA-1) — Seules les voitures VIA-1 avaient ces dispositifs et offraient un service de repas — Comme la distribution des repas a débuté à l'autre extrémité de la voiture, les choix de repas n'étaient plus aussi nombreux — Le mot « obstacle », dans la Loi, doit être interprété dans son contexte — Son contexte immédiat l'associe à « possibilités de déplacement » (en anglais, « mobility ») — L'interprétation d'« obstacle aux possibilités de déplacement » doit tenir compte des compétences respectives de l'Office et de la Commission canadienne des droits de la personne — L'office est spécialisé en matière de transport et a pour mission de superviser l'application de la politique nationale des transports — L'art. 171 exige que l'Office et la Commission coordonnent leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence — Il indique que la compétence de l'Office sur les questions d'« accessibilité » intéressent les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d'empiéter sur la compétence générale de la Commission à l'égard de ces personnes — Le mandat de l'Office, relativement aux personnes ayant une déficience, est de veiller à ce qu'elles aient un accès adéquat à des services de transport efficaces et à ce que soient éliminés les empêchements physiques ou structureux à l'utilisation de ces services — La politique de distribution de repas n'a pas nui à l'accès de la plaignante au train, à ses possibilités de déplacement à bord ou à sa capacité de consommer son repas — La plainte portait sur une question de service au client et non sur une question d'accessibilité ou de possibilités de déplacement — Appel accueilli.

Human Rights — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency (Agency) VIA Rail’s meal distribution policy constituted “undue obstacle” to complainant’s mobility within meaning of Canada Transportation Act (Act), s. 172(1) — Jurisdiction of Agency, Canadian Human Rights Commission reviewed — Agency should not use jurisdiction over matters relating to accessibility of persons with disabilities to encroach on CHRC’s jurisdiction over human rights.

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency (Agency) determining that VIA Rail’s meal distribution policy constituted an “undue obstacle” to the complainant’s mobility within the meaning of subsection 172(1) of the *Canada Transportation Act* (Act). VIA Rail offers a meal service only on its first-class cars (VIA-1) and generally provides three meal options. Although it has a sufficient number of meals available for all passengers, not all passengers have the same number of meal options, depending on which end of the car meal distribution service begins. The bulk of wheelchair passengers pay coach fare but the wheelchair tie-downs are available only on VIA-1 cars, located at the end of the train. The complainant, who uses a personal electric wheelchair, travelled from Toronto to Ottawa in economy class. On the return portion of her trip, the complainant occupied a wheelchair tie-down located in a VIA-1 car and was offered a free meal. As the meal distribution service started at the end of the car opposite to the tie-down area, the complainant was not able to have the full menu from which to choose and had to be satisfied with the only meal option left in the menu. She filed a complaint with the Agency under section 172 of the Act, alleging that she had encountered “undue obstacles” to her mobility.

The Agency found that VIA Rail’s meal distribution policy on the return portion constituted “undue obstacles” to the mobility of persons with disabilities.

Held, the appeal should be allowed.

The Agency’s decision had to be reviewed on a correctness standard with respect to the statutory meaning of the word “obstacle”. Despite the Agency’s view that the lack of definition of the term “obstacle” indicated that the Agency’s jurisdiction should not be restricted and that the term should be given a broad meaning, the term “obstacle” must be read in context. It is associated with “mobility” (in French, “possibilités de déplacement”) in its immediate legislative

Droits de la personne — Appel de la décision de l’Office des transports du Canada ayant statué que la politique de distribution de repas de VIA Rail constitue un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante au sens de l’art. 172(1) de la Loi sur les transports au Canada (la Loi) — Examen de la compétence de l’Office et de celle de la Commission canadienne des droits de la personne — La compétence de l’Office sur les questions d’accessibilité intéressant les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d’empiéter sur la compétence de la Commission en matière de droits de la personne.

Il s’agissait de l’appel de la décision de l’Office des transports du Canada (l’Office) ayant statué que la politique de distribution de repas de VIA Rail constituait un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante au sens du paragraphe 172(1) de la *Loi sur les transports au Canada* (la Loi). VIA Rail ne sert de repas que dans les voitures de première classe (VIA-1), et trois plats figurent généralement au menu. Bien qu’il y ait suffisamment de repas pour tous les passagers, ceux-ci n’ont pas tous le même nombre d’options, qui est déterminé en fonction de l’extrémité du wagon à laquelle commence le service. La plupart des passagers en fauteuil roulant paient le tarif économique, mais seules les voitures VIA-1 sont équipées de dispositifs de retenue de fauteuil roulant, lesquels sont installés à l’extrémité du wagon. La plaignante, qui se déplace en fauteuil roulant électrique, voyageait entre Ottawa et Toronto en classe économique. Lors du trajet de retour, le dispositif immobilisant le fauteuil de la plaignante se trouvait dans une voiture VIA-1, et un repas gratuit a été offert à celle-ci. Comme la distribution des repas a débuté à l’extrémité du wagon opposée à celle où se trouvait le dispositif immobilisant, elle n’a pu jouir de toutes les possibilités initiales et a dû se contenter de la seule option disponible. Elle a porté plainte à l’Office sous le régime de l’article 172 de la Loi, alléguant qu’elle avait été en butte à des « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement.

L’Office a conclu que la politique de distribution des repas de VIA Rail appliquée lors du trajet de retour de la plaignante avait constitué un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La norme de contrôle applicable à la décision de l’Office concernant l’interprétation du mot « obstacle » dans la Loi était celle de la décision correcte. Malgré que l’Office fût d’avis que l’absence de définition du mot « obstacle » dans la Loi signifiait que le législateur n’avait pas voulu limiter la compétence de l’Office et que le mot avait un sens large, il faut placer ce mot dans son contexte. Dans son contexte immédiat, il est associé à l’expression « possibilités de

context. “Obstacle”, “mobility”, “*déplacement*” (in French) refer to obstacles of a physical nature in their primary and ordinary meaning. The Federal Court of Appeal has already affirmed that the term “obstacle” is to be interpreted as a “thing that obstructs progress”. In its institutional context, the expression “obstacle to mobility” has to be understood in light of the respective jurisdiction of the Agency and of the Canadian Human Rights Commission. Section 171 of the Act provides that the Agency and the Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and avoid jurisdictional conflicts. Section 171 is an indication that the Agency should not use its jurisdiction over matters pertaining to “accessibility” of persons with disabilities to encroach upon the Commission’s general jurisdiction over matters pertaining to the human rights of persons with disabilities.

When it comes to dealing with human rights, the Canadian Human Rights Commission is the primary institution to turn to. To achieve its specialized mission, it is given broad powers of investigation. The *Canadian Human Rights Act* has also established a Canadian Human Rights Tribunal whose members have experience, expertise and interest in, and sensitivity to, human rights. The Tribunal has a broad power of inquiry, which may determine questions of law and which is empowered to grant a multitude of remedies. Under section 24 of the *Canadian Human Rights Act*, regulations may be made prescribing standards of accessibility to services, facilities or premises for the benefit of persons having any disabilities.

The Agency is specialized in transportation matters and its mandate is to oversee the application of the national transportation policy defined in section 5 of the Act. While the removal of undue obstacles to persons with disabilities is an integral part of the general mandate of the Agency, it must nevertheless be related to its general expertise, which is of an economic, technical and regulatory nature. The members’ expertise and experience is related to transportation matters, not human rights matters. With respect to persons with disabilities, the Agency’s mandate is essentially to ensure that they have proper access to effective transportation services and that there are no physical or structural impediments to their ability to use these services. This interpretation is confirmed by the very policies and codes of practice the Agency has adopted and followed throughout the years. The Agency has also published some guidelines for improving communications with persons with disabilities, the purpose of which is to ensure that consistent and reliable service is

déplacement » (en anglais, « *mobility* »). Le sens principal et ordinaire de ces mots et expressions renvoie à des obstacles de nature physique. La Cour d’appel fédérale a déjà statué que le mot « obstacle » s’entendait d’une « chose qui entrave la progression ». Les compétences respectives de l’Office et de la Commission canadienne des droits de la personne doivent être prises en compte dans l’interprétation de l’expression « obstacle aux possibilités de déplacement » en contexte institutionnel. L’article 171 de la Loi énonce que l’Office et la Commission sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l’adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence. Cet énoncé indique que la compétence de l’Office sur les questions d’« accessibilité » intéressant les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d’empiéter sur la compétence générale de la Commission relativement aux droits des personnes ayant une déficience.

Lorsqu’une question de droits de la personne se pose, c’est principalement vers la Commission des droits de la personne qu’on se tourne. Pour s’acquitter de ses fonctions spécialisées, la Commission dispose de larges pouvoirs d’enquête. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* établit aussi un tribunal des droits de la personne, dont les membres ont une expérience et des compétences dans le domaine des droits de la personne, y sont sensibilisés et ont un intérêt marqué pour ce domaine. Le tribunal exerce un vaste pouvoir d’enquête et peut trancher des questions de droit et accorder une multitude de mesures correctrices. L’article 24 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet la prise de règlements prévoyant l’établissement de normes d’accès aux services, aux installations ou aux locaux, au profit des personnes atteintes d’une déficience.

L’Office est spécialisé en matière de transports et il a pour mission de superviser l’application de la politique nationale des transports énoncée à l’article 5 de la Loi. Bien que l’élimination des obstacles abusifs auxquels se heurtent les personnes ayant une déficience fasse partie intégrante du mandat général de l’Office, il faut néanmoins mettre cette responsabilité en lien avec l’expertise générale de l’organisme, qui est de nature économique, technique et réglementaire. L’expérience et les compétences de ses membres se rapportent aux questions de transport non de droits de la personne. À l’égard des personnes ayant une déficience, le mandat de l’Office consiste essentiellement à veiller à ce qu’elles aient un accès adéquat à des services de transport efficaces et à ce que soient éliminés les empêchements physiques ou structureux à l’utilisation de ces services. Les lignes directrices et codes de pratiques adoptés au cours des ans par l’Office confirment eux-mêmes cette interprétation. L’Office a également publié des lignes directrices pour améliorer la communication avec

provided to travellers with disabilities.

The meal distribution policy could not possibly have impeded the complainant's access to the train, her mobility once on board or her capacity to eat her meal. This was not a case where a person with disabilities was disinclined from future travel because of the nature of the arrangements made to enable her to travel. Moreover, it was not necessary to decide whether on-board treatment that had that effect on a passenger could constitute an "obstacle" since the complainant had admitted that she would not have filed a complaint had she been informed about the meal distribution policy. The complaint in this case was a customer service issue, and a customer service issue does not become an access or a mobility issue merely because it is experienced by a passenger who suffers from a disability.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 10, 41(4), 170, 171, 172.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 24, 48.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 53(2) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

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; *VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency)*, [2005] 4 F.C.R. 473; (2005), 251 D.L.R. (4th) 418; 330 N.R. 337; 2005 FCA 79; *McKay-Panos v. Air Canada*, [2006] 4 F.C.R. 3; 2006 FCA 8; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.); *Metropolitan Toronto (Municipality) v. Canadian National Railway Co.*, [1998] 4 F.C. 506; (1998), 229 N.R. 386 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Don Mills (Ont.): Oxford University Press, 2004, "mobility".
Compact Oxford English Dictionary, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2005, "obstacle".

les personnes ayant une déficience, dont le but est d'assurer à ces personnes des services uniformes et fiables.

La politique de distribution de repas en cause ne pouvait d'aucune façon nuire à l'accès de la plaignante au train, à ses possibilités de déplacement à bord ou à sa capacité de consommer son repas. Il ne s'agissait pas d'un cas où la nature des dispositions prises pour lui permettre de voyager ont découragé la personne de voyager de nouveau, et puisque la plaignante a reconnu qu'elle ne se serait pas plainte à l'Office si elle avait été au courant de la politique de distribution des repas, il n'y avait pas lieu de décider si un traitement qui aurait cet effet sur un passager pourrait constituer un « obstacle ». En l'espèce, la plainte portait sur une question de service au client et ne devient pas une question d'accessibilité ou de possibilités de déplacement parce que le client est une personne ayant une déficience.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 24, 48.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 53(2) (mod., *idem*).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 10, 41(4), 170, 171, 172.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des Transports)*, [2005] 4 R.C.F. 473; 2005 CAF 79; *McKay-Panos c. Air Canada*, [2006] 4 R.C.F. 3; 2006 CAF 8; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.); *Communauté urbaine de Toronto (Municipalité) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1998] 4 C.F. 506 (C.A.)

DOCTRINE CITÉE

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Don Mills (Ont.): Oxford University Press, 2004, « mobility ».
Compact Oxford English Dictionary, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2005, « obstacle ».

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1983, “obstacle”.

Dictionnaire de l’Académie française, 8^e éd. Paris: Hachette, 1932-35, “déplacement”.

Grand Robert de la langue française: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2^e éd. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1992, “déplacement”, “obstacle”.

Oxford Advanced Learners Dictionary, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, “obstacle”

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “mobility”.

Trésor de la langue française: dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle. Paris: Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986, “obstacle”.

Webster’s Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986, “mobility”, “obstacle”.

APPEAL from a Canadian Transportation Agency decision (No. 115-AT-R-2005) concluding that, under subsection 172(1) of the *Canada Transportation Act*, VIA Rail’s meal distribution policy constituted an “undue obstacle” to the complainant’s mobility as a person with a disability travelling. Appeal allowed.

APPEARANCES:

John A. Champion for appellant.
Elizabeth C. Barker for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Toronto, for appellant.
Legal Services Directorate, Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This Court granted VIA Rail Canada Ltd. (VIA Rail) leave to appeal from a decision (the decision) of the Canadian Transportation Agency (the Agency) dated March 3, 2005 (decision No. 115-AT-R-2005) on the question of whether “[VIA Rail’s] meal distribution policy constituted an undue obstacle to the mobility of the respondent”.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Oxford : Clarendon Press, 1983, « obstacle ».

Dictionnaire de l’Académie française, 8^e éd. Paris : Hachette, 1932-35, « déplacement ».

Grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, 2^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1992, « déplacement », « obstacle ».

Oxford Advanced Learners Dictionary, 7th ed. Oxford : Oxford University Press, 2005, « obstacle ».

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989, « mobility ».

Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle. Paris : Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986, « obstacle ».

Webster’s Third New International Dictionary of the English Language. Springfield, Mass. : Merriam-Webster Inc., 1986, « mobility », « obstacle ».

APPEL de la décision de l’Office des transports du Canada (n° 115-AT-R-2005) concluant qu’aux termes du paragraphe 172(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, la politique de distribution de repas de VIA Rail constituait un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement de la plaignante en tant que voyageuse ayant une déficience. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

John A. Champion pour l’appelante.
Elizabeth C. Barker pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Fasken Martineau DuMoulin s.r.l., Toronto, pour l’appelante.
Direction des services juridiques, Office des transports du Canada, Gatineau, pour les intimés.

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

[1] LEJUGÉ DÉCARY, J.C.A.: La Cour a autorisé VIA Rail Canada Ltd. (VIA Rail) à interjeter appel de la décision n° 115-AT-R-2005 (la décision) rendue le 3 mars 2005 par l’Office des transports du Canada (l’Office) sur la question de savoir si la politique de distribution de repas de VIA Rail constituait un obstacle abusif aux possibilités de déplacement de l’intimée.

[2] The decision was rendered in response to a complaint filed under section 172 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the Act). The complainant, Ms. Meenu Sikand, raised a number of matters arising out of a round trip with VIA Rail between Toronto and Ottawa, alleging that she had encountered a number of “undue obstacles” to her mobility. Ms. Sikand uses a personal electric wheelchair. In the decision, the Agency found that the following constituted undue obstacles to Ms. Sikand’s mobility: (1) the unavailability of the wheelchair tie-down that had been reserved at the time of booking; (2) lack of access to a washroom on the first portion of her trip; and (3) VIA Rail’s meal distribution policy on the return portion.

[3] VIA Rail appeals only from the Agency’s conclusion with respect to the third issue, that is, VIA Rail’s meal distribution policy.

THE FACTS

[4] The facts are not in dispute. VIA Rail offers a meal service only on its first-class cars, referred to as “VIA-1”. VIA Rail offers its VIA-1 passengers a choice of meals during their voyage. It can also accommodate the dietary restriction of its passengers when details of a passenger’s food requirements are provided at the time of making a reservation.

[5] For those passengers on VIA-1 who do not require special meals, VIA Rail generally provides three meal options. The precise quantity of each type of meal carried on each trip is determined by fixed mathematical ratios in response to historical customer preferences.

[6] There are as many meals available as there are passengers. VIA Rail does not stock three meal options for each VIA-1 passenger. As passengers choose from among the available meal options in the process of meal distribution, passengers not yet served may have fewer meal options. On its menu and through on-board announcements, VIA Rail informs its passengers that they may not get the meal of their choice. The beverage service on VIA-1 cars commences at the end of the rail

[2] La décision faisait suite à une plainte déposée sous le régime de l’article 172 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi). La plaignante, M^{me} Meenu Sikand, a soulevé plusieurs questions relativement à un voyage aller-retour Toronto-Ottawa effectué à bord d’un train de VIA Rail et a allégué qu’elle avait été en butte à plusieurs « obstacles abusifs » à la mobilité. M^{me} Sikand utilise un fauteuil roulant électrique. Dans sa décision, l’Office a conclu à l’existence des obstacles suivants aux possibilités de déplacement : 1) le défaut de fournir le dispositif de retenue de fauteuil roulant demandé lors de la réservation du billet, 2) l’impossibilité d’accéder à une salle de toilette pendant le trajet aller et 3) la politique de distribution de repas appliquée par VIA Rail lors du trajet de retour.

[3] L’appel de VIA Rail ne porte que sur la troisième conclusion, concernant la politique de distribution de repas.

LES FAITS

[4] Les faits ne sont pas contestés. VIA Rail ne sert de repas que dans les voitures de première classe, appelées « VIA-1 », et elle offre aux passagers de ces voitures un choix entre divers plats. Elle peut également répondre aux besoins des passagers ayant des restrictions alimentaires lorsque des directives précises lui sont transmises lors de la réservation.

[5] Les passagers des voitures VIA-1 n’ayant pas besoin de repas particuliers ont généralement le choix entre trois plats. Le nombre de chacun des plats est fixé en fonction de pourcentages prédéterminés correspondant aux préférences des clients constatées au fil des ans.

[6] Il n’y a pas plus de repas qu’il n’y a de passagers. VIA Rail ne stocke pas les trois options pour chaque passager VIA-1. Il se peut donc que les passagers non servis voient leur choix se réduire au fur et à mesure de la distribution des repas. Sur les menus et par des annonces faites à bord, VIA Rail informe les passagers de la possibilité qu’ils ne puissent obtenir le repas de leur choix. Le service des repas commence à une extrémité des voitures et celui des boissons à l’autre

car opposite the end where the meal service begins. A 2004 survey revealed that 90% of customers were of the view that VIA Rail meets or exceeds expectations on meal service and customer relations.

[7] The wheelchair tie-downs are available only on VIA-1 cars. The bulk of passengers travelling in wheelchairs pay coach fare. As a matter of policy, when a passenger who uses a wheelchair travels in first class but pays coach fare, her attendant travels free of charge and both receive a complimentary meal. The wheelchair tie-downs are located at the end of the train where the beverage service begins.

[8] Ms. Sikand uses an electric wheelchair with prescribed, customized and moulded seating to support her back. Her travel agency made a reservation for her, her attendant and her two-and-a-half-year-old son to travel in economy class from Toronto to Ottawa on December 2, 2003, with a return date of December 4, 2003, which included a request for her to occupy a wheelchair tie-down. On the return portion of her trip, Ms. Sikand occupied a wheelchair tie-down located in a VIA-1 car and was offered a free meal. As the meal distribution started at the end of the car opposite to the tie-down area, Ms. Sikand was not able to have the full menu from which to choose and had to be satisfied with the only meal option left in the menu. She then filed a complaint with the Agency.

[9] At first, the Agency determined that the complaint was not related to accessibility concerns. The Agency eventually changed its view and decided to address the issue.

[10] It is of interest to note that Ms. Sikand recognized in her evidence that if VIA Rail had informed her travel agency that the meals provided in VIA-1 cars to passengers paying coach fare are an additional benefit provided as a courtesy and that they are available only after other passengers have made their selection, she would not have raised this matter with the Agency.

extrémité. Un sondage réalisé en 2004 indique que 90 % des clients considèrent que VIA Rail répond aux attentes en matière de repas et de relations avec les clients ou dépasse ces attentes.

[7] Seules les voitures VIA-1 sont équipées de dispositifs de retenue de fauteuil roulant (dispositifs de retenue). La plupart des passagers se déplaçant en fauteuil roulant paient le tarif économique. Suivant la politique de VIA, l'accompagnateur d'un passager en fauteuil roulant voyageant en première classe avec un billet de classe économique ne paie pas, et tous deux reçoivent gratuitement un repas. Les dispositifs de retenue sont installés à l'extrémité de la voiture où commence le service des boissons.

[8] M^{me} Sikand utilise un fauteuil roulant électrique muni d'un dossier prescrit, adapté à ses besoins et moulé pour supporter son dos. Son agence de voyage a réservé pour elle, son accompagnateur et son fils de deux ans et demi une place en classe économique pour le 2 décembre 2003 à destination de Toronto, avec retour le 4 décembre 2003. Cette réservation s'accompagnait d'une demande d'utilisation d'un dispositif de retenue. Lors du trajet de retour, le dispositif immobilisant le fauteuil de M^{me} Sikand se trouvait dans une voiture VIA-1, et un repas gratuit a été offert à M^{me} Sikand. Comme la distribution des repas a débuté à l'extrémité du wagon opposée à celle où se trouvait M^{me} Sikand, elle n'a pu jouir de toutes les possibilités initiales et elle a dû se contenter de la seule option disponible. Elle a porté plainte à l'Office.

[9] L'Office a d'abord jugé que la plainte ne soulevait pas de question relative aux possibilités de déplacement, puis elle s'est ravisée et a décidé d'examiner la plainte.

[10] Il importe de signaler que M^{me} Sikand a reconnu dans son témoignage que si VIA Rail avait informé son agence de voyage que les repas servis dans les voitures VIA-1 aux passagers ayant payé le tarif économique constituaient un avantage supplémentaire offert à titre gracieux et qu'ils n'étaient servis qu'après que les autres passagers avaient fait leur choix, elle n'aurait pas soumis cette question à l'Office.

THE IMPUGNED DECISION

[11] The Agency found that the meal distribution policy was an “obstacle” to the mobility of persons with disabilities within the meaning of subsection 172(1) of the Act. The Agency disposed of this matter as follows [at paragraphs 43-44 and 53-56]:

The word “obstacle” is not defined in the CTA. This implies that Parliament did not want to restrict the Agency’s jurisdiction in view of its mandate to eliminate undue obstacles in the federal transportation network. Furthermore, the word “obstacle” lends itself to a broad meaning as it is usually understood to mean something that impedes progress or achievement.

In determining whether or not a situation constituted an “obstacle” to the mobility of a person with a disability in a particular case, the Agency looks to the travel experience of that person as expressed in the application. There is a broad range of circumstances where the Agency has found obstacles in the past. For example, there are cases of obstacles where the person was prevented from travelling, where the person was injured in the course of his or her travels (such as where the lack of appropriate accommodation during travel affects the physical condition of the passenger), or where the person was deprived of his or her mobility aid after the trip as a result of damage caused to the aid while it was being transported. Also, the Agency has found obstacles in instances where the person was ultimately able to travel, but circumstances arising from the experience were such as to detract from the person’s sense of confidence, dignity, safety, or security, recognizing that these feelings may be such as to disincline a person from future travel.

...

The Agency is of the opinion that persons with disabilities have the same rights as others to full participation in all aspects of society and equal access to services is critical to the ability of persons with disabilities to exercise that right.

While every passenger travelling in a VIA-1 car receives a meal, persons located at the tie-down end of the car are offered meal options last as VIA’s meal distribution policy dictated that meal options be offered starting with the passengers at the opposite end of the car. Unlike other passengers who have access to multiple seating choices, which can result in them being seated in various locations throughout the VIA-1 car, passengers who need or choose to remain in their wheelchair will always be located in the tie-down area. As such, unlike other passengers, persons located in the tie-down area will always be the last passengers to be offered

LA DÉCISION EN CAUSE

[11] L’Office a estimé que la politique de distribution des repas était un « obstacle » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience au sens du paragraphe 172(1) de la Loi. Voici ce qu’il a conclu sur cette question [aux paragraphes 43, 44 et 53 à 56] :

L’expression « obstacle » n’est pas définie dans la LTC, ce qui donne à penser que le Parlement ne voulait pas limiter la compétence de l’Office compte tenu de son mandat d’éliminer les obstacles abusifs dans le réseau de transport de compétence fédérale. De plus, le terme « obstacle » a un sens large et s’entend habituellement d’une chose qui entrave le progrès ou la réalisation.

Pour déterminer si une situation constitue ou non un « obstacle » aux possibilités de déplacement d’une personne ayant une déficience dans un cas donné, l’Office se penche sur les déplacements de cette personne qui sont relatés dans la demande. Dans le passé, l’Office a conclu qu’il y avait eu des obstacles dans plusieurs circonstances différentes. Par exemple, dans certains cas des personnes n’ont pas pu voyager, d’autres ont été blessées durant leurs déplacements (notamment quand l’absence d’installations convenables durant le déplacement affecte la condition physique du passager) et d’autres encore ont été privées de leurs aides à la mobilité endommagées pendant le transport. De plus, l’Office a identifié des obstacles dans les cas où des personnes ont finalement été en mesure de voyager, mais les circonstances découlant de l’expérience ont été telles qu’elles ont miné leur sentiment de confiance, de dignité, de sécurité, situation qui pourrait décourager ces personnes de voyager à l’avenir.

[...]

L’Office est d’avis que les personnes ayant une déficience ont les mêmes droits que les autres de participer pleinement à toutes les activités de la société. De plus, l’égalité d’accès aux services est essentielle à l’aptitude des personnes ayant une déficience d’exercer ce droit.

Même si tous les passagers voyageant à bord d’une voiture VIA-1 reçoivent un repas, on offre aux personnes qui prennent place dans la section du dispositif de retenue des choix de repas en dernier puisque la politique de distribution de repas de VIA exige qu’on offre aux passagers un choix de repas à partir de l’autre extrémité de la voiture. Contrairement aux autres passagers qui ont accès à plusieurs choix de sièges, ce qui leur permet de prendre place à différents endroits dans la voiture VIA-1, les passagers qui doivent ou souhaitent rester dans leur fauteuil roulant seront toujours assis dans la section du dispositif de retenue. Ainsi, contrairement aux autres

meal options, if they receive options at all.

The Agency notes that as a result of VIA's meal distribution policy and because Ms. Sikand was seated in the tie-down are [*sic*] on Train No. 48 which is located at the opposite end of the car, Ms. Sikand was not provided a choice of meals.

In light of the foregoing, the Agency finds that VIA's meal distribution policy constituted an obstacle to Ms. Sikand's mobility.

[12] The Agency went on to conclude that the obstacle was undue. In view of the conclusion I have reached that the meal distribution policy does not constitute an "obstacle", I need not examine the Agency's decision with respect to "undueness".

[13] Ms. Sikand did not participate in the appeal. The Agency, as authorized pursuant to subsection 41(4) of the Act, did participate.

[14] This appeal appeared to be moot because, as noted by the Agency in its decision, subsequent to the filing of Ms. Sikand's application, VIA Rail amended its meal distribution policy so that all persons with disabilities will be able, during the reservation process, to select their meal of choice from an inventory of meals that will be available on the train on the day in question.

[15] The issue remains alive, however, because VIA Rail holds the view that its meal distribution policy does not constitute an "obstacle", even less so an "undue obstacle", that it is simply a service issue and that it is as such beyond the reach of the Agency. As a result, its meal distribution policy should not be subject in the future to the scrutiny of the Agency. Counsel for the Agency conceded that the issue was not moot.

RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS

PART V TRANSPORTATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

170. (1) The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network

passagers, les personnes qui prennent place dans cette section seront toujours les derniers passagers à qui l'on offre des choix de repas, s'ils peuvent même avoir un choix.

L'Office souligne qu'en raison de la politique de distribution de repas de VIA et que puisque M^{me} Sikand prenait place dans la section du dispositif de retenue à bord du train n° 48, située à l'extrémité opposée de la voiture, on n'a pas offert de choix de repas à M^{me} Sikand.

À la lumière de ce qui précède, l'Office estime que la politique de distribution de repas de VIA a constitué un obstacle aux possibilités de déplacement de M^{me} Sikand.

[12] L'Office a ensuite conclu qu'il s'agissait d'un obstacle abusif. Vu ma conclusion que la politique de distribution des repas ne constitue pas un « obstacle », il n'est pas nécessaire que j'examine la décision de l'Office sur le « caractère abusif ».

[13] M^{me} Sikand n'a pas pris part à l'appel. L'Office, lui, y a pris part, comme le lui permettait le paragraphe 41(4) de la Loi.

[14] L'appel semble être devenu théorique du fait que VIA Rail a modifié sa politique de distribution de repas postérieurement à la demande de M^{me} Sikand, comme l'a signalé l'Office dans sa décision. Désormais, toutes les personnes ayant une déficience pourront, lors de la réservation, choisir leur repas dans le menu qui sera offert la journée du voyage.

[15] La question conserve toutefois son actualité parce que VIA Rail soutient que sa politique de distribution des repas ne constitue pas un obstacle et encore moins un obstacle abusif, qu'il s'agit uniquement d'un problème de service qui, de ce fait, échappe à la compétence de l'Office et que, par conséquent, la politique ne devrait pas à l'avenir faire l'objet d'un examen de l'Office. L'avocat de l'Office a admis que la question n'était pas théorique.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

PARTIE V TRANSPORT DES PERSONNES AYANT UNE DÉFICIENCE

170. (1) L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport

under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

- (a) the design, construction or modification of, and the posting of signs on, in or around, means of transportation and related facilities and premises, including equipment used in them;
- (b) the training of personnel employed at or in those facilities or premises or by carriers;
- (c) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and
- (d) the communication of information to persons with disabilities.

...

171. The Agency and the Canadian Human Rights Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complimentary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts.

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) Where the Agency is satisfied that regulations made under subsection 170(1) that are applicable in relation to a matter have been complied with or have not been contravened, the Agency shall determine that there is no undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both.

THE STANDARD OF REVIEW

[16] The factors to be considered in applying the pragmatic and functional approach mandated by *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 25, are the

assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

- a) la conception et la construction des moyens de transport ainsi que des installations et locaux connexes—y compris les commodités et l'équipement qui s'y trouvent —, leur modification ou la signalisation dans ceux-ci ou leurs environs;
- b) la formation du personnel des transporteurs ou de celui employé dans ces installations et locaux;
- c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;
- d) la communication d'information à ces personnes.

[...]

171. L'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence.

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) L'Office rend une décision négative à l'issue de son enquête s'il est convaincu de la conformité du service du transporteur aux dispositions réglementaires applicables en l'occurrence.

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux.

NORME DE CONTRÔLE

[16] Les facteurs à prendre en considération dans l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle établie par l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, sont

(1) presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (2) expertise of the tribunal; (3) purpose of the legislation and the provision; and (4) nature of the question.

[17] The issue of whether a given policy constitutes an “obstacle” within the meaning of section 172 of the Act is different from that of whether an obstacle constitutes an “undue obstacle” under that section. With respect to the latter, this Court in *VIA Rail Canada Inc. v. Canada (Transportation Agency)*, [2005] 4 F.C.R. 473 (F.C.A.) (the *Renaissance Cars* case) found that the patent unreasonableness standard was applicable. A fresh examination of the four *Dr. Q* factors is therefore warranted.

[18] The first factor—a statutory right of appeal—suggests a less deferential standard of review (see *Renaissance Cars*, at paragraph 23).

[19] The second factor—relative expertise—also calls for lesser deference as the Agency has no more expertise than the courts in defining the word “obstacle” in section 172 of the Act (see *Renaissance Cars*, at paragraph 24).

[20] The third factor—purpose of the legislation and provision—also points to a lower level of deference, as the provisions at issue are contained in a discrete part of the Act and have a human rights aspect to them (see *Renaissance Cars*, at paragraph 25).

[21] The fourth factor—nature of the question—also invites lesser deference. The question is not only one of statutory interpretation; it is also one which requires a comparison, under section 171 of the Act, of the respective jurisdiction of the Agency and of the Canadian Human Rights Commission in matters of human rights. Courts must ensure that one tribunal, in this case the Agency, does not by an incorrect interpretation of its enabling statute enlarge its jurisdiction at the expense of the agencies—the Canadian Human Rights Commission and the Canadian

énoncés au paragraphe 25 : 1) la présence ou l’absence dans la loi d’une clause privative ou d’un droit d’appel, 2) l’expertise du tribunal, 3) l’objet de la loi et de la disposition particulière et 4) la nature de la question.

[17] Déterminer si une politique constitue un « obstacle » au sens de l’article 172 de la Loi n’est pas la même chose que déterminer si un obstacle est « abusif » au sens de cet article. Dans ce dernier cas, notre Cour a statué dans *VIA Rail Canada Inc. c. Canada (Office des Transports)*, [2005] 4 R.C.F. 473 (l’affaire des *Voitures Renaissance*), que la norme applicable était celle de la décision manifestement déraisonnable. Il faut donc reprendre l’examen des quatre facteurs énumérés dans l’arrêt *Dr Q*.

[18] Le premier facteur—l’existence d’un droit d’appel—indique qu’il y a lieu d’appliquer une norme de contrôle moins rigoureuse (voir *Voitures Renaissance*, au paragraphe 23).

[19] Le deuxième facteur—qui concerne l’expertise du tribunal—commande lui aussi une norme de contrôle moins rigoureuse, puisque l’Office n’a pas plus d’expertise que les tribunaux judiciaires pour définir le mot « obstacle » utilisé à l’article 172 de la Loi (voir *Voitures Renaissance*, au paragraphe 24).

[20] Le troisième facteur—l’objet de la loi et de la disposition—indique également une norme moins rigoureuse, puisque les dispositions en cause sont énoncées dans une partie distincte de la Loi et se rattachent, par certains aspects, aux droits de la personne (voir *Voitures Renaissance*, au paragraphe 25).

[21] Le quatrième facteur—la nature de la question—appelle également une norme moins rigoureuse. Il ne s’agit pas simplement d’interpréter des dispositions législatives; il faut également comparer, en vertu de l’article 171 de la Loi, les compétences respectives de l’Office et de la Commission canadienne des droits de la personne en matière de droits de la personne. Les tribunaux judiciaires doivent veiller à ce qu’un tribunal, en l’occurrence l’Agence, n’élargisse pas indûment sa compétence par une interprétation fautive de sa loi habilitante et ne porte pas atteinte à celle de tribunaux

Human Rights Tribunal—which specialize in the protection of human rights.

[22] Taken together, the factors point to a correctness standard with respect to the statutory meaning of the word “obstacle” (see also *McKay-Panos v. Air Canada*, [2006] 4 F.C.R. 3 (F.C.A.)).

“OBSTACLE”

[23] Matters pertaining to section 172 complaints that have been decided by this Court dealt with features of the Renaissance cars that had to be redesigned or restructured in order to allow access to persons in wheelchairs (*Renaissance Cars*) and with airplane seats that could not accommodate a person disabled by reason of her obesity (*McKay-Panos*). The question of whether a requirement in a tariff that attendants travelling with disabled persons be capable of assisting disabled persons to board or disembark a train, constitutes an “obstacle” was raised, but not decided, in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25 (C.A.) (*Lemonde*).

[24] In the case at bar, the Agency found that the unavailability of a reserved wheelchair tie-down and the lack of access to the washroom on one of the trips were “obstacles”. VIA Rail did not appeal these findings. The Agency also found that [at paragraph 14] “various service issues, including the fish meal she was offered on the outbound portion of her trip, the non-availability of meals that had been requested for her attendant and her son, and the lack of seat for her son”, were not related to accessibility concerns and represented, rather, “customer service issues that could affect any traveller”.

[25] The Agency is of the view that it can be inferred from the fact that the term “obstacle” has not been defined that Parliament did not want to restrict the Agency’s jurisdiction and that the term lends itself to a

administratifs spécialisés dans la protection des droits de la personne, comme la Commission canadienne des droits de la personne et le Tribunal canadien des droits de la personne.

[22] Il ressort de l’ensemble de ces facteurs que la norme de contrôle applicable à l’interprétation du mot « obstacle » dans la Loi est celle de la décision correcte (voir également, *McKay-Panos c. Air Canada*, [2006] 4 R.C.F. 3 (C.A.F.)).

« OBSTACLE »

[23] Les plaintes fondées sur l’article 172 que notre Cour a examinées portaient notamment sur les caractéristiques de wagons qu’il avait fallu repenser afin d’en assurer l’accès aux personnes se déplaçant en fauteuil roulant (*Voitures Renaissance*) et sur des sièges d’avion qui ne pouvaient être utilisés par des personnes dont la déficience résultait de l’obésité (*McKay-Panos*). Dans l’affaire *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.) (*Lemonde*), s’est également posée la question de savoir si constitue un « obstacle » l’exigence inscrite dans un tarif que les accompagnateurs de personnes ayant une déficience soient capables d’aider ces personnes à monter à bord d’un train ou à en descendre, mais elle n’a pas été tranchée.

[24] En l’espèce, l’Office a conclu que le défaut de fournir un dispositif de retenue qui avait été réservé et l’inaccessibilité des salles de bain au cours de l’un des trajets constituaient des « obstacles ». VIA Rail n’a pas interjeté appel de ces conclusions. L’Office a aussi jugé que [au paragraphe 14] « diverses questions portant sur le service, y compris le repas de poisson qu’on lui a offert à l’aller, la non-disponibilité des repas qui ont été demandés pour son accompagnateur et son fils et l’absence de siège pour son fils » n’étaient pas liées aux préoccupations en matière d’accessibilité et qu’il s’agissait plutôt « de questions de service à la clientèle qui pourraient concerner n’importe quel voyageur ».

[25] L’Office a estimé que l’absence de définition du mot « obstacle » dans la Loi signifiait que le législateur n’avait pas voulu limiter la compétence de l’Office et a exprimé l’avis que le mot avait un sens large. Je ne

broad meaning. I do not agree. The term “obstacle” has to be read in context. In its immediate legislative context, it is associated with “mobility” (in French, “*possibilités de déplacement*”). “Obstacle”, “mobility”, “*déplacement*”, in their primary and ordinary meaning, refer to obstacles of a physical nature.

[26] Relying on the *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 7th ed., this Court, in *Lemondé*, at paragraph 29, has affirmed that the term “obstacle” is to be interpreted as a “thing that obstructs progress”.

[27] The following definitions may also be useful:

“obstacle” in English:

1. a situation, an event, etc. that makes it difficult for you to do or achieve something (syn. Hindrance)
2. an object that is in your way and makes it difficult for you to move forward. (*Oxford Advanced Learner’s Dictionary*, 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.)
1. A thing that blocks one’s way or hinders progress. (*Compact Oxford English Dictionary of Current English*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2005.)
1. Something that stands in the way or opposes: something that hinders progress: a physical or moral impediment or obstruction. (*Webster’s Third New International Dictionary of the English Language*, Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.)

“*obstacle*” in French:

- a. *Ce qui arrête ou ralentit le mouvement, la progression, le passage de quelqu’un ou de quelque chose.*
- b. *Au fig. Difficulté d’ordre matériel, moral ou intellectuel empêchant ou gênant la réalisation de quelque chose. (Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle, Paris : Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986.)*
1. (Concret) *Ce qui s’oppose au passage, gêne le mouvement*
2. (Abstrait) *Difficulté qui s’oppose à la pensée, à l’action, à l’obtention d’un résultat. (Grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la*

partage pas ce point de vue. Il faut placer le mot « obstacle » dans son contexte. Dans la Loi, ce mot est associé à l’expression « possibilités de déplacement » (en anglais, « *mobility* »). Le sens principal et ordinaire de ces mots et expressions renvoie à des obstacles de nature physique.

[26] Se reportant à la définition donnée par le *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 7^e éd., notre Cour a statué au paragraphe 29 de l’arrêt *Lemondé*, que le mot « obstacle » s’entendait d’une « chose qui entrave la progression ».

[27] Les définitions suivantes peuvent également être utiles :

« *obstacle* », en anglais :

1. *a situation, an event, etc. that makes it difficult for you to do or achieve something (syn. Hindrance)*
2. *an object that is in your way and makes it difficult for you to move forward. (Oxford Advanced Learners Dictionary, 7^e éd. Oxford: Oxford University Press, 2005.)*
1. *A thing that blocks one’s way or hinders progress. (Compact Oxford English Dictionary, 3^e éd. New York: Oxford University press, 2005.)*
1. *something that stands in the way or opposes: something that hinders progress: a physical or moral impediment or obstruction (Webster’s Third New International Dictionary, of the English Language, Springfield, Mass: Merriam-Webster Inc., 1986.)*

« *obstacle* », en français :

- a. *Ce qui arrête ou ralentit le mouvement, la progression, le passage de quelqu’un ou de quelque chose.*
- b. *Au fig. Difficulté d’ordre matériel, moral ou intellectuel empêchant ou gênant la réalisation de quelque chose. (Trésor de la langue française : dictionnaire de la langue du XIX^e et du XX^e siècle, Paris : Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986.)*
1. (Concret) *Ce qui s’oppose au passage, gêne le mouvement*
2. (Abstrait) *Difficulté qui s’oppose à la pensée, à l’action, à l’obtention d’un résultat. (Grand Robert de la langue française : dictionnaire alphabétique et analogique de la*

langue française, 2e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1992.)

“mobility”:

1. a. Ability to move or to be moved; capacity of change of place; movableness... Also, facility of movement (*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.)

4. The ability to move or be moved freely or easily (*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills (Ont.): Oxford University Press, 2004)

1. The quality or state of being mobile: the capacity of movement ... (*Webster's Third New International Dictionary*, 1986).

“déplacement”:

A. 1. *Changement de place.*

2. *Changement de résidence ou de poste.*

3. *Action d'aller d'un lieu à un autre.*

B. *Au fig. Changement de position ou de direction.* (*Dictionnaire de L'Académie française*, 8e éd. Paris : Hachette, 1932-35.)

4. *Action de se déplacer (en parlant de personne), d'aller d'un lieu à un autre.* (*Grand Robert de la langue française.*)

[28] In its institutional context, the expression “obstacle to mobility” has to be understood in light of the respective jurisdiction of the Agency and of the Canadian Human Rights Commission (the Commission). Section 171 of the Act provides that the Agency and the Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and avoid jurisdictional conflicts. Counsel for the Agency suggested that section 171 of the Act is an indication that Parliament intended the Agency to have a wide jurisdiction over human rights issues. Quite the contrary, in my respectful view, section 171 of the Act is an indication that the Agency should not use its jurisdiction over matters pertaining to “accessibility” of persons with disabilities to encroach upon the Commission’s general jurisdiction over matters pertaining to the human rights of persons with disabilities.

langue française, 2° éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1992.)

« mobility » :

1. a. *Ability to move or to be moved; capacity of change of place; movableness . . . Also, facility of movement (Oxford English Dictionary, 2° éd. Oxford : Clarendon Press, 1989.)*

4. *The ability to move or be moved freely or easily (Canadian Oxford Dictionary, 2° éd. Don Mills (Ont.): Oxford University Press, 2004)*

1. *The quality or state of being mobile: the capacity of movement [. . .] (Webster's Third New International Dictionary, 1986).*

« déplacement » :

A. 1. *Changement de place.*

2. *Changement de résidence ou de poste.*

3. *Action d'aller d'un lieu à un autre.*

B. *Au fig. Changement de position ou de direction.* (*Dictionnaire de L'Académie française*, 8° éd. Paris : Hachette, 1932-35.)

4. *Action de se déplacer (en parlant de personne), d'aller d'un lieu à un autre.* (*Grand Robert de la langue française.*)

[28] Les compétences respectives de l’Office et de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) doivent être prises en compte dans l’interprétation de l’expression « obstacle aux possibilités de déplacement » en contexte institutionnel. L’article 171 de la Loi énonce que l’Office et la Commission sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l’adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence. L’avocate de l’Office a avancé l’argument que cette disposition signale l’intention du législateur de conférer une large compétence à l’Office en matière de droits de la personne. J’estime au contraire que l’article 171 indique que la compétence de l’Office sur les questions d’« accessibilité » intéressant les personnes ayant une déficience ne devrait pas lui permettre d’empiéter sur la compétence générale de la

Commission sur les droits de la personne des personnes ayant une déficience.

[29] When it comes to dealing with human rights, the Canadian Human Rights Commission is the primary institution to turn to. To achieve its specialized mission, it is given broad powers of investigation. The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 also establishes a Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), whose members have experience, expertise and interest in, and sensitivity to, human rights (see subsection 48.1(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27]), which has a broad power of inquiry, which may determine questions of law and which is empowered to grant a multitude of remedies (see subsection 53(2) [as am. *idem*]). Under section 24 of the *Canadian Human Rights Act*, the Governor in Council may, “for the benefit of persons having any disability, make regulations prescribing standards of accessibility to services, facilities or premises”.

[30] The Agency, on the other hand, is specialized in transportation matters. As noted by this Court in *Metropolitan Toronto (Municipality) v. Canadian National Railway Co.*, [1998] 4 F.C. 506 (C.A.), at page 517, the Agency is a “‘highly specialized tribunal’ and it is not seriously questioned that the CTA is the depository of much expert knowledge and experience.”

[31] The mandate of the Agency is to oversee the application of the national transportation policy defined in section 5 of the Act. That mandate is aptly described as follows by the Agency on its Web site (online: Canadian Transportation Agency <<http://www.cta-otc.gc.ca>>):

The Agency has a mandate to administer the economic regulatory provisions affecting all modes of transport under federal jurisdiction found in various Acts of Parliament. Among other responsibilities, the Agency:

- licenses air and rail carriers;

[29] Lorsqu’une question de droits de la personne se pose, c’est principalement vers la Commission des droits de la personne qu’on se tourne. Pour s’acquitter de ses fonctions spécialisées, la Commission dispose de larges pouvoirs d’enquête. La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, établit aussi un tribunal des droits de la personne (le Tribunal), dont les membres doivent avoir une expérience et des compétences dans le domaine des droits de la personne, y être sensibilisés et avoir un intérêt marqué pour ce domaine (voir paragraphe 48.1(2) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27]), Tribunal qui peut exercer un vaste pouvoir d’enquête et trancher des questions de droit et qui est habilité à accorder une multitude de mesures correctrices (voir paragraphe 53(2) [mod., *idem*]). Aux termes de l’article 24 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le gouverneur en conseil peut « par règlement, établir au profit des personnes atteintes d’une déficience des normes d’accès aux services, aux installations ou aux locaux ».

[30] L’Office, quant à lui, est spécialisé en matière de transports. Comme notre Cour l’a signalé dans *Communauté urbaine de Toronto (Municipalité) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1998] 4 C.F. 506 (C.A.), à la page 517, l’Office est un « tribunal hautement spécialisé » et « il n’est pas sérieusement contesté que l’OTC a des connaissances et une expérience spéciales ».

[31] L’Office a pour mission de superviser l’application de la politique nationale des transports énoncée à l’article 5 de la Loi. Il a lui-même défini avec justesse ce mandat dans son site Web (adresse du site : <<http://www.cta-otc.gc.ca>>) :

L’Office a pour mandat d’administrer les dispositions réglementaires économiques des diverses lois du Parlement touchant tous les modes de transport de compétence fédérale. L’Office s’acquie entre autres des responsabilités suivantes :

- délivrance de permis/de licences aux transporteurs aériens et ferroviaires;

- resolves complaints between shippers and railways concerning rail rates, service and other matters as well as complaints between travellers and airlines concerning air tariff matters;
 - removes undue obstacles to persons with disabilities who travel via the air, rail and marine networks;
 - approves proposed construction of railway lines;
 - administers the railway revenue cap regime concerning western grain transportation;
 - protects the interest of Canadian marine vessels operators when authorizing foreign vessels to operate in Canadian waters; and
 - participates in international bilateral negotiations and administers bilateral agreements as the Canadian aeronautical authority.
- traitement des différends entre expéditeurs et transporteurs au sujet des tarifs ferroviaires, des services et d'autres questions, de même que des plaintes des voyageurs au sujet des tarifs aériens;
 - élimination des obstacles abusifs auxquels sont confrontées les personnes ayant une déficience qui empruntent les réseaux aérien, ferroviaire et maritime;
 - autorisation des projets de construction de chemins de fer;
 - administration du revenu admissible maximal des transporteurs ferroviaires pour le transport du grain de l'Ouest;
 - protection des intérêts des exploitants canadiens de navires avant d'autoriser l'importation de navires étrangers en eaux canadiennes;
 - participation aux négociations internationales bilatérales et administration des accords bilatéraux à titre d'autorité aéronautique canadienne.

[32] While the removal of undue obstacles to persons with disabilities is an integral part of the general mandate of the Agency, it must nevertheless be related to its general expertise, which is of an economic, technical and regulatory nature. Members of the Agency might be expected to have some experience in transportation matters (as is illustrated by the conflict of interest provision found in section 10 of the Act). They are not expected to have expertise in human rights matters.

[32] Bien que l'élimination des obstacles abusifs auxquels se heurtent les personnes ayant une déficience fasse partie intégrante du mandat général de l'Office, il faut néanmoins mettre cette responsabilité en lien avec l'expertise générale de l'organisme, qui est de nature économique, technique et réglementaire. On peut s'attendre à ce que les membres de l'Office aient de l'expérience dans les questions de transport (comme l'illustre l'article 10 de la Loi, régissant les conflits d'intérêts), mais il n'y a pas lieu de s'attendre à ce qu'ils en aient en matière de droits de la personne.

[33] It follows, in my view, that with respect to persons with disabilities, the Agency's mandate is essentially to ensure that they have proper access to effective transportation services and that there are no physical or structural impediments to their ability to use these services.

[33] Il s'ensuit, selon moi, qu'à l'égard des personnes ayant une déficience, le mandat de l'Office consiste essentiellement à veiller à ce qu'elles aient un accès adéquat aux services de transport et à ce que soient éliminés les empêchements physiques ou structureux à l'utilisation de ces services.

[34] This interpretation is confirmed by the very policies and codes of practice which the Agency has adopted and followed throughout the years. Quite surprisingly, none of these were brought to the attention of the Court.

[34] Les lignes directrices et codes de pratiques adoptés au cours des ans par l'Office confirment eux-mêmes cette interprétation. Étonnamment, aucun de ces textes n'a été porté à l'attention de la Cour.

[35] In its Code of Practice respecting Passenger Rail Car Accessibility and Terms and Conditions of Carriage by Rail of Persons with Disabilities, adopted in 1998

[35] Dans son Code de pratiques concernant l'Accessibilité des voitures de chemin de fer et conditions de transport ferroviaire des personnes ayant

(online: Canadian Transportation Agency, see paragraph 31), the Agency has set out minimum standards that rail carriers are expected to meet “for ensuring that persons with disabilities obtain access to this country’s transportation system by eliminating unnecessary or unjustified barriers” (Introduction, A).

[36] The Code of Practice addresses two general areas. Part I deals with “Passenger Rail Car Accessibility”. Section 1.2, which applies to “All Passenger Rail Cars”, covers matters such as identification of the fact that wheelchairs can be accommodated, signage, lighting, stairs, handrails and grab bars, floor, emergency window exits, seats with floor space to accommodate a service animal, tactile seat markers, means to communicate announcements, washrooms, alarms, storage place for personal wheelchair and on-board wheelchairs provided by carrier. Section 1.3 applies to “Coach Cars with a Wheelchair Tie-down” and deals with the number of tie-downs, doorways, washrooms, location of tie-downs and armrests. Section 1.4 deals with “Wheelchair-Accessible Sleeping Cars”, and so on.

[37] Part 2 deals with “Terms and Conditions of Carriage by Rail of Persons with Disabilities”. Section 2.2.2 deals with “Services Provided on Request That Do Not Require Advance Notice”. The services are: description at the time of reservation of services available, periodical enquiry about the needs of the person, announcement and, where menus are furnished, assistance in reading it. Sections 2.2.3 to 2.2.7 deal with services that require advance notice. Arrival and departure services include entraining and detraining and transferring between the person’s wheelchair and a wheelchair provided by the carrier. On-board services include assisting with transferring between wheelchair and a seat, assisting with moving to washrooms, servicing food not accessible to the person, assisting with meals such as opening packages and cutting large food portions, periodical inquiry about the person’s needs.

une déficience, adopté en 1998 (en ligne : voir l’Office des transports du Canada, voir paragraphe 31), l’Office a établi les normes minimales que les transporteurs doivent observer « de s’assurer que les personnes ayant une déficience ont accès au réseau des transports canadien en supprimant les obstacles inutiles ou injustifiés » (Introduction, A).

[36] Le Code de pratiques se divise en deux parties générales. La première a trait à « l’Accessibilité des voitures passagers de chemin de fer », et sa section 1.2, qui s’applique à « toutes les voitures passagers », porte sur des points comme l’indication d’accessibilité aux fauteuils roulants, la signalisation, l’éclairage, les escaliers, les mains courantes et barres d’appui, les planchers, les fenêtres servant d’issue de secours, les sièges avec espace suffisant pour recevoir un animal aidant, les indicateurs tactiles, les moyens de communiquer les annonces, les toilettes, les alarmes, les espaces de rangement pour fauteuils roulants personnels et les fauteuils roulants de bord fournis par le transporteur. La section 1.3 s’applique aux « Voitures-coachs munies d’un dispositif de retenue pour fauteuil roulant » et régit le nombre de dispositifs de retenue, les embrasures de portes, les toilettes, l’emplacement des dispositifs de retenue et les accoudoirs. La section 1.4 concerne les « Voitures-lits accessibles aux fauteuils roulants », etc.

[37] La partie 2 s’intitule « Conditions de transport ferroviaire des personnes ayant une déficience ». La section 2.2.2 porte sur les « Services à fournir sur demande et sans préavis ». Ces services sont : la description lors de la réservation des services offerts, les annonces et, lorsqu’un menu est offert, de l’aide pour le lire. Les sections 2.2.3 à 2.2.7 portent sur les services nécessitant un préavis. Les services à l’arrivée et au départ comprennent l’embarquement et le débarquement ainsi que le transfert du fauteuil roulant de la personne à celui qui est fourni par le transporteur. Les services à bord comprennent l’assistance pour le transfert du fauteuil roulant au siège, l’assistance pour le déplacement vers les toilettes, le service de repas lorsque la voiture-restaurant n’est pas accessible, l’assistance lors des repas, notamment pour ouvrir les emballages et couper les gros aliments, vérifier périodiquement si la personne a besoin d’un service.

[38] In another code of practice, this one dealing with Removing Communication Barriers for Travellers with Disabilities, the Agency describes its role as follows:

The Agency may make regulations to eliminate undue obstacles in the transportation network under federal jurisdiction. More specifically, the Agency may regulate:

- The design, construction or modification of means of transportation and related facilities and premises and their equipment;
- Signage;
- Training of personnel interacting with persons with disabilities;
- The tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage of persons with disabilities; and
- Communication of information for persons with disabilities.

[39] The Agency also published some guidelines for improving communications with persons with disabilities, the purpose of which is to ensure that consistent and reliable service is provided to travellers with disabilities.

[40] I fail, with respect, to see how the meal distribution policy could possibly have impeded the complainant's access to the train, her mobility once on board or her capacity to eat her meal. This is not a case where a person with disabilities was disinclined from future travel because of the nature of the arrangements made to enable her to travel and I need not decide whether on-board treatment that had that effect on a passenger could constitute an "obstacle", as Ms. Sikand has indeed admitted that she would not have filed a complaint had she been informed about the meal distribution policy. The complaint in this case is a customer service issue, and a customer service issue does not become an access or a mobility issue merely because it is experienced by a passenger who suffers from a disability. If the human rights of the complainant have been infringed, that is a matter better left to the Canadian Human Rights Commission.

[38] Dans un autre code de pratiques, portant, celui-là, sur l'Élimination des entraves à la communication avec les voyageurs ayant une déficience, l'Office décrit ainsi son rôle :

L'Office peut prendre les règlements pour éliminer les obstacles abusifs qui existent dans le réseau de transport de compétence fédérale. En particulier, l'Office peut réglementer :

- la conception, la construction ou la modification des moyens de transport et des installations et locaux connexes, et leurs équipements;
- la signalisation;
- la formation des personnes qui entretiennent des rapports avec les personnes ayant une déficience;
- les tarifs, les taux, les prix des billets, les redevances ainsi que les conditions de transport des personnes ayant une déficience;
- la transmission de renseignements aux personnes ayant une déficience.

[39] L'Office a également publié des lignes directrices pour améliorer la communication avec les personnes ayant une déficience, dont le but est d'assurer à ces personnes des services uniformes et fiables.

[40] En toute déférence, je ne vois pas en quoi la politique de distribution de repas en cause a pu nuire à l'accès de la plaignante au train, à ses possibilités de déplacement lorsqu'elle a été à bord ou à sa capacité de consommer son repas. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où la nature des dispositions prises pour lui permettre de voyager ont découragé la personne de voyager de nouveau, et puisque M^{me} Sikand elle-même a reconnu qu'elle ne se serait pas plainte à l'Office si elle avait été au courant de la politique de distribution des repas, je n'ai pas à décider si un traitement qui aurait cet effet sur un passager pourrait constituer un « obstacle ». En l'espèce, la plainte porte sur une question de service au client et ne devient pas une question d'accessibilité ou de possibilités de déplacement parce que le client est une personne ayant une déficience. Si des droits de la personne ont été enfreints, il conviendrait de saisir la Commission canadienne des droits de la personne de la question.

DISPOSITION

[41] I would allow the appeal, I would set aside decision No. 115-AT-R-2005 of the Canadian Transportation Agency in so far as it relates to VIA Rail's meal distribution policy and I would dismiss the complaint of Ms. Sikand in so far as it related to that policy.

No costs were sought.

SEXTON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

DISPOSITIF

[41] J'accueillerais l'appel, j'infirmes la décision n° 115-AT-R-2005 de l'Office des transports du Canada dans la mesure où elle concerne la politique de distribution de repas de VIA Rail et je rejetterais la plainte de M^{me} Sikand dans la mesure où elle se rapporte à cette politique.

Aucuns dépens n'ont été demandés.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

2006 FC 120
T-433-04
T-835-04

2006 CF 120
T-433-04
T-835-04

Abbott Laboratories and Abbott Laboratories Limited (*Applicants*)

Abbott Laboratories et Laboratoires Abbott Limitée (*demandereses*)

v.

c.

The Minister of Health and Pharmascience Inc. (*Respondents*)

Le ministre de la Santé et Pharmascience Inc. (*défendeurs*)

INDEXED AS: ABBOTT LABORATORIES v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ABBOTT LABORATORIES c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)

Federal Court, Harrington J.—Toronto, January 9, 10, 11, 19; Ottawa, February 2, 2006.

Cour fédérale, juge Harrington—Toronto, 9, 10, 11 et 19 janvier; Ottawa, 2 février 2006.

Patents — Infringement — Applicants (Abbott) seeking orders prohibiting Minister of Health from issuing notices of compliance to Pharmascience with respect to PMS Clarithromycin until Abbott's 2277274 patent, pertaining to crystal form 0 clarithromycin, expired — PMS Clarithromycin containing form II clarithromycin, but manufactured from form 0 — That use of form 0 not infringing any claim for form 0 as medicine itself, or for use as medicine — von Finckenstein J.'s decision in Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health) applied: Abbott not capable of asserting patent under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations as form 0 created in intermediate process, not found in final product — Applications dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Les demandereses (Abbott) sollicitaient des ordonnances interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Pharmascience relativement à la PMS-Clarithromycine avant l'expiration du brevet 2277274 d'Abbott, portant sur la forme cristalline 0 de la clarithromycine — La PMS-Clarithromycine contient de la clarithromycine sous la forme II, mais est produite à partir de la forme 0 — Cette utilisation de la forme 0 ne contrefait aucune revendication pour la forme 0 comme médicament en soi ou pour son utilisation comme médicament — La Cour a appliqué la décision rendue par le juge von Finckenstein dans Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé) : Abbott ne pouvait faire valoir son brevet sous le régime du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), au motif que la forme 0 était une substance intermédiaire, qui ne se retrouvait pas dans le produit final — Demandes rejetées.

The applicants (Abbott) sought orders prohibiting the Minister of Health from issuing notices of compliance to Pharmascience for its drug PMS Clarithromycin until their patent No. 2277274 ('274) expires. That patent pertains to crystal form 0 of clarithromycin, and is one of the patents listed against Abbott's drug Biaxin Bid® (Biaxin). The clarithromycin in Pharmascience's drug is form II of clarithromycin. Pharmascience alleged, in two separate notices of allegation before the Court, that PMS Clarithromycin will not infringe any claim for the medicine itself or for its use. Abbott argued that because the form II clarithromycin found in Pharmascience's final product is manufactured from form 0, the '274 patent has been infringed.

Les demandereses (Abbott) sollicitaient des ordonnances interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Pharmascience relativement à sa drogue PMS-Clarithromycine avant l'expiration de leur brevet 2277274 (le brevet '274). Ce brevet porte sur une forme cristalline de clarithromycine dite « forme 0 » et est l'un des brevets inscrits à l'égard de la drogue Biaxin Bid^{MD} (Biaxin) d'Abbott. La clarithromycine de la drogue de Pharmascience se présente sous une autre forme cristalline, dite « forme II ». Pharmascience soutenait dans les deux avis d'allégation contestés devant la Cour que le produit PMS-Clarithromycine ne contreferait aucune revendication pour le médicament en soi ou pour son utilisation. Abbott affirmait quant à elle que le brevet '274 avait été contrefait, au motif que la forme II, qui entraînait dans la composition du produit final de Pharmascience, avait été fabriquée à partir de la forme 0.

Held, the applications should be dismissed.

Jugement : les demandes doivent être rejetées.

Pharmascience did not allege in its notices of allegation that crystal form 0 of clarithromycin was ineligible for listing on the patent register because the medicine was clarithromycin as such. Therefore, that argument could not be considered. In any event, crystal form 0 was not barred from listing on the grounds that clarithromycin itself is the medicine as both crystal and non-crystal forms of a substance may be considered medicines.

Pharmascience argued that there was no claim for medicine in form 0 because it could not be formulated into a drug with therapeutic properties. That submission was essentially the same as the one it had made in another Federal Court case (under reserve) pertaining to the validity of the '274 patent. While more than one notice of allegation may be served with respect to the same patent, the allegations must be factually and legally distinct, which was not the case here. Pharmascience was therefore not permitted to make the same argument again. In any event, form 0 is a medicine as defined in section 2 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations). The expert evidence showed that it is a substance capable of being used in the treatment of infections.

Notwithstanding these conclusions, Pharmascience's use of form 0 clarithromycin did not infringe any claim for form 0 as a medicine itself, or any claim for its use as a medicine. PMS Clarithromycin contains no form 0, and the fact that form 0 was used in the preparation of Pharmascience's form II does not bar the Minister from issuing a notice of compliance. The issue was not whether Pharmascience had infringed patent '274, but whether its PMS Clarithromycin infringed any claim for the medicine. Form 0 is created and disappears in intermediate steps in the manufacturing process. The fact that form 0 has medicinal attributes is irrelevant as it was not being used for those attributes. *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* was applied. In that case, ratiopharm, another generic drug company, also sought a notice of compliance based on Biaxin. That application was heard by von Finckenstein J. who held that Abbott could not assert its patent under the NOC Regulations because form 0 clarithromycin was only created in an intermediate step during the manufacture of form II, and was not itself the final product.

No prohibition order was granted as Abbott did not establish that Pharmascience's non-infringement claim was

Pharmascience ne soutenait pas dans ses avis d'allégation que la forme cristalline 0 de la clarithromycine n'était pas admissible à l'inscription au registre au motif que le médicament était la clarithromycine en tant que telle. Par conséquent, cet argument n'a pu être pris en considération. Quoi qu'il en soit, la forme cristalline 0 ne pouvait être considérée comme inadmissible à l'inscription au motif que la clarithromycine en soi est le médicament, puisque les formes cristallines aussi bien que non cristallines d'une substance peuvent être considérées comme des médicaments.

Pharmascience a affirmé qu'il n'y avait pas de revendication pour un médicament concernant la forme 0 parce que celle-ci ne pouvait entrer dans la composition d'une drogue à propriétés thérapeutiques. Cette thèse était pour l'essentiel la même que celle qu'elle avait présentée devant la Cour fédérale dans une autre instance (en attente de décision), relative à la validité du brevet '274. Il est possible de signifier plusieurs avis d'allégation à l'égard du même brevet, mais les allégations qu'ils contiennent doivent être distinctes sous le rapport des faits aussi bien que du droit; or tel n'était pas le cas dans la présente espèce. Pharmascience n'était donc pas autorisée à présenter de nouveau le même argument. Quoi qu'il en soit, la forme 0 est un médicament au sens de l'article 2 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (Règlement sur les AC). La preuve d'expert a montré qu'elle est une substance pouvant servir au traitement d'infections.

Malgré ces conclusions, l'utilisation par Pharmascience de la forme 0 ne contrefaisait aucune revendication pour celle-ci en tant que médicament en soi ni aucune revendication pour son utilisation comme médicament. La PMS-Clarithromycine ne contient pas la forme 0, et le fait que la forme 0 ait été utilisée dans la préparation de la forme II de Pharmascience n'empêche pas le ministre de délivrer un avis de conformité. La question à trancher n'était pas de savoir si Pharmascience avait contrefait le brevet '274, mais plutôt si sa drogue PMS-Clarithromycine contrefaisait une revendication pour le médicament. La forme 0 est produite et disparaît dans les étapes intermédiaire du procédé de fabrication. Le fait que la forme 0 ait des propriétés thérapeutiques n'est pas pertinent, étant donné qu'elle n'était pas utilisée en raison de ces propriétés. La Cour a appliqué *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*. Dans cette affaire, ratiopharm, autre fabricant de génériques, demandait aussi un avis de conformité fondé sur le Biaxin. Cette demande a été entendue par le juge von Finckenstein, qui a statué qu'Abbott ne pouvait faire valoir son brevet sous le régime du Règlement sur les AC, au motif que la forme 0 n'était qu'une forme intermédiaire servant à obtenir la forme II et n'était pas en soi le produit final.

Il n'a pas été rendu d'ordonnance d'interdiction au motif qu'Abbott n'avait pas établi le caractère infondé de

not justified. However, because most of the Court hearing dealt with an issue that Pharmascience had already argued before another Judge, Pharmascience was only awarded 50% of the costs it would otherwise have been entitled to receive.

l'allégation d'absence de contrefaçon formulée par Pharmascience. Cependant, comme la plus grande partie de l'audience avait porté sur une question à propos de laquelle Pharmascience avait déjà fait valoir ses moyens devant un autre juge, la Cour ne lui a adjugé que 50 pour cent des dépens auxquels elle aurait normalement eu droit.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)), Tariff B (as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32), Column III.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 "invention", 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 2 "medicine".

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health) (2005), 42 C.P.R. (4th) 121; 2005 FC 1093; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; 2000 SCC 66; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67.

CONSIDERED:

Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193; (1998), 161 D.L.R. (4th) 47; 80 C.P.R. (3d) 368; 227 N.R. 299; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2004), 36 C.P.R. (4th) 437; 260 F.T.R. 276; 2004 FC 1349; affd (2005), 339 N.R. 277; 2005 FCA 250; leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 459 (QL); *Biovail Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2005), 37 C.P.R. (4th) 487; 267 F.T.R. 243; 2005 FC 9; *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38 (F.C.T.D.); affd (2002), 18 C.P.R. (4th) 558; 2002 FCA 147; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 1; 205 N.R. 360 (F.C.A.); affg (1996), 67 C.P.R. (3d) 484; 109 F.T.R. 216 (F.C.T.D.); *Glaxo Group*

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « invention », 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2 « médicament ».
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)), tarif B (mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32), colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé), 2005 CF 1093; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; 2000 CSC 66; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)* 2004 CF 1349; conf. par 2005 CAF 250; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. n° 459 (QL); *Biovail Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2005 CF 9; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 2064 (1^{re} inst.) (QL); conf. par 2002 CAF 147; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1996] A.C.F. n° 1334 (C.A.) (QL); conf. [1996] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL); *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1430 (1^{re} inst.) (QL); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1504; *Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être*

Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1995), 64 C.P.R. (3d) 65; 103 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 44 C.P.R. (4th) 108; 2005 FC 1504; *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422; (1987), 43 D.L.R. (4th) 273; 16 C.I.P.R. 55; 18 C.P.R. (3d) 206; 16 F.T.R. 81 (T.D.); *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97; 341 N.R. 330; 2005 FCA 270; *Alfred v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 49 Imm. L.R. (3d) 189; 2005 FC 1134; *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285; 34 C.B.R. 202 (B.C.S.C.); *Kremikovtzi Trade v. Phoenix Bulk Carriers Ltd.* (2006), 345 N.R. 61; 2006 FCA 1.

REFERRED TO:

Fournier Pharma Inc. v. Canada (Minister of Health) (2004), 38 C.P.R. (4th) 297; 2004 FC 1718; *GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 350; 239 F.T.R. 32; 2003 FC 1055; *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140; (2003), 23 C.P.R. (4th) 289; 2003 FCA 24; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58; 97 F.T.R. 288 (F.C.T.D.); *Tourki v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 205 C.C.C. (3d) 449; 2006 FC 50.

AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

APPLICATIONS for prohibition orders preventing the Minister of Health from issuing notices of compliance to Pharmascience Inc. with respect to its drug PMS Clarithromycin. Applications dismissed.

APPEARANCES:

Steven Mason, Andrew J. Reddon and Marcus A. Klee for applicants.
No one appearing for respondent Minister of Health.
Carol V. E. Hitchman and Paula M. Bremner for respondent Pharmascience Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for applicants.

social), [1988] 1 C.F. 422 (1^{re} inst.); *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270; *Alfred c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1134; *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; (1954), 13 W.W.R. (N.S.) 285; 34 C.B.R. 202 (C.S.C.-B.); *Kremikovtzi Trade c. Phoenix Bulk Carriers Ltd.*, 2006 CAF 1.

DÉCISIONS CITÉES :

Fournier Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2004 CF 1718; *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140; 2003 CAF 24; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 985 (1^{re} inst.) (QL); *Tourki c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 50.

DOCTRINE CITÉE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto : Carswell, 1969.

DEMANDES d'ordonnances interdisant au ministre de la Santé de délivrer des avis de conformité à Pharmascience Inc. relativement à sa drogue PMS-Clarithromycine. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Steven Mason, Andrew J. Reddon et Marcus A. Klee pour les demanderesse.
Personne n'a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.
Carol V. E. Hitchman et Paula M. Bremner pour la défenderesse Pharmascience Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les demanderesse.

Deputy Attorney General of Canada for respondent
Minister of Health.

Hitchman & Springings for respondent
Pharmascience Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour le
défendeur le ministre de la Santé.

Hitchman & Springings pour la défenderesse
Pharmascience Inc.

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

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

HARRINGTON J.:

LE JUGE HARRINGTON :

INTRODUCTION

INTRODUCTION

[1] This case is yet another chapter in a struggle between two drug companies; the one which wishes to bring its product to market, and the other which wishes to keep it off.

[1] La présente espèce est une autre bataille dans le conflit qui oppose deux compagnies pharmaceutiques : l'une qui veut mettre son produit sur le marché, et l'autre qui veut l'en empêcher.

[2] Pharmascience has sought regulatory approval from the Minister of Health for its drug PMS Clarithromycin, an antibiotic which apparently compares favourably with Abbott's drug Biaxin Bid®. The clarithromycin in Pharmascience's drug is in a crystal form, known as form II. Abbott seeks a Court order prohibiting the Minister from giving approval until its patent 2277274 ('274) expires in 2017. That patent is for another crystalline form of clarithromycin, known as form 0. Although PMS Clarithromycin contains no clarithromycin in crystal form 0, the form II which it uses in its final product is manufactured from form 0. Hence, Abbott takes the position that its patent has been infringed. The Minister takes no position, leaving the companies to battle it out. The battleground is the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] (the NOC Regulations).

[2] Pharmascience a sollicité l'approbation réglementaire du ministre de la Santé pour son médicament PMS-Clarithromycine, un antibiotique qui soutient avantageusement la comparaison avec le médicament d'Abbott, Biaxin Bid^{MD}. La clarithromycine dans le médicament de Pharmascience se présente sous une forme cristalline, appelée forme II. Abbott veut obtenir une ordonnance de la Cour empêchant le ministre de donner son approbation avant l'expiration du brevet 2277274 ('274) en 2017. Ce brevet concerne une autre forme cristalline de clarithromycine, appelée forme 0. Bien que PMS-Clarithromycine ne contienne pas de clarithromycine sous la forme cristalline 0, la forme II qui est utilisée dans son produit final est fabriquée à partir de la forme 0. Abbott est donc d'avis que son brevet a été contrefait. Le ministre ne prend pas parti et laisse les compagnies se battre en cour. C'est sur le terrain du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133] (le Règlement AC) que se livre la bataille.

REGULATORY BACKGROUND

LE CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE

[3] The *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] deals with "invention[s]", which it defines [at section 2] as "any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter." A patent grants for its term (currently 20 years) the "exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention

[3] La *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] porte sur les « invention[s] », lesquelles s'entendent [à l'article 2] de : « Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Le brevet accorde pour sa durée (qui est actuellement de 20 ans) « le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer,

and selling it to others” (section 42 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16]). However, by way of exception, the Act goes on to provide that it is not an infringement to make use of the patented invention if reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or other country. The federal government regulates the manufacture, construction, use and sale of pharmaceutical products, and in so doing requires information from drug manufacturers. In addition, Parliament has authorized the Governor in Council to make regulations in that regard (section 55.2 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2]).

[4] Section 55.2 of the *Patent Act* and the NOC Regulations thereunder provide for what is commonly referred to as an “early working exception” to the monopoly granted by a patent. Had Pharmascience accepted that the notice of compliance it seeks would not issue until the patent expires, the Abbott companies, Abbott Laboratories as the American owner thereof and Abbott Laboratories Limited as its Canadian exploiter, would have had no legal recourse. The early working exception allows competitors to be in position to put their product on the market as soon as the patent expires. Otherwise, since it takes two years or more to obtain regulatory approval of a drug, even if only on the basis of comparison to another, the patent would in effect create a monopoly for more than 20 years. However, Pharmascience is not prepared to wait. It wants a notice of compliance now.

[5] Abbott is of the view that Pharmascience is infringing at least seven patents it holds in relation to three crystal forms of clarithromycin, their formation and their uses. It could take an ordinary civil action for alleged infringement thereof. Pharmascience would deny liability, and given the highly technical nature of patent infringement litigation, and the inevitable appeals from interlocutory orders and the trial judgment, the case would go on for years and years. More importantly, in all likelihood Pharmascience would be permitted to sell

construire, exploiter et vendre à d’autres [...] l’objet de l’invention » (article 42 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16]). Cependant, la Loi prévoit une exception à cette règle : il n’y a pas contrefaçon de brevet lorsque l’utilisation de l’invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d’information qu’oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère. Le gouvernement fédéral régit la fabrication, la construction, l’utilisation et la vente des produits pharmaceutiques et, ce faisant, exige des renseignements des fabricants de drogues. En outre, le Parlement a autorisé le gouverneur en conseil à prendre des règlements à cet égard (article 55.2 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2]).

[4] L’article 55.2 de la *Loi sur les brevets* et le Règlement AC, pris en application de celle-ci, prévoient au monopole accordé par un brevet ce qu’on appelle communément une « exception relative à la fabrication anticipée ». Si Pharmascience avait accepté que l’avis de conformité qu’elle demande ne soit pas délivré avant l’expiration du brevet en cause, les entreprises Abbott, soit Abbott Laboratories, le propriétaire américain dudit brevet, et les Laboratoires Abbott Limitée, la société qui l’exploite au Canada, n’auraient eu aucun recours en droit. L’exception relative à la fabrication anticipée permet aux concurrents du breveté d’être en mesure de mettre leurs produits respectifs sur le marché dès l’expiration du brevet. Autrement, comme il faut au moins deux ans pour obtenir l’approbation réglementaire d’une drogue, même s’il s’agit seulement d’une comparaison avec une autre drogue, le brevet créerait en fait un monopole de plus de 20 ans. Cependant, Pharmascience n’est pas disposée à attendre : elle veut un avis de conformité dès maintenant.

[5] Abbott soutient que Pharmascience contrefait au moins sept des brevets qu’elle détient à l’égard de trois formes cristallines de clarithromycine, leur formation et leurs utilisations. Abbott pourrait intenter une action civile ordinaire en contrefaçon de ces brevets. Pharmascience contesterait cette action et, étant donné la nature hautement technique des litiges en contrefaçon de brevet, ainsi que les appels dont feraient inévitablement l’objet les ordonnances interlocutoires et le jugement de première instance, l’affaire durerait de

its product during that litigation. An interlocutory injunction is unlikely, as in most cases an award for damages would make the patent holder whole. This may be why Abbott has not yet taken a patent infringement action.

[6] This leaves us with the NOC Regulations which endeavour to strike a balance between the ongoing need to develop new and improved medicines against the desirability of making them available to the public at a reasonable cost. On the one hand, the development of new drugs with significant investment in time and research must be rewarded. On the other hand, “copycat” drugs foster competition and keep costs down.

[7] The NOC Regulations and the history of patented medicines in Canada were recently reviewed by the Supreme Court in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Biolysse*). Certainly the NOC Regulations foster a great deal of tension between the inventors, innovative companies such as Abbott, and copycats, as generic companies, such as Pharmascience, were called in *Biolysse*.

NOC REGULATIONS

[8] A company, such as Abbott, which has been issued a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine, may submit a patent list which is entered into a register maintained by the Minister. Among other things, the submission must indicate the dosage form, strength and route of administration of the drug, identify any Canadian patent owned or used under licence or with the consent of the patent owner and certify that it “contains a claim for the medicine itself or a claim for the use of the medicine.” If the patent predates the submission for a notice of compliance, it must be submitted for entry in the register contemporaneously. Otherwise, it may be submitted within 30 days after issuance of the patent. Thus, the patent list is somewhat of a moving target. Although Biaxin was

longues années. Chose plus importante, Pharmascience serait vraisemblablement autorisée à vendre son produit pendant ce litige. Il est peu probable qu’une injonction interlocutoire soit prononcée, puisque dans la plupart des cas l’attribution de dommages-intérêts au breveté suffit à l’indemniser intégralement. C’est peut-être la raison pour laquelle Abbott n’a pas encore intenté d’action en contrefaçon de brevet.

[6] Nous sommes donc ramenés au Règlement AC, qui essaie d’établir un juste équilibre entre la nécessité permanente de créer des médicaments et de les perfectionner et la volonté de les mettre à la disposition du public à des prix raisonnables. D’un côté, le temps et les efforts de recherche qu’exige la création de médicaments doivent être rémunérés; de l’autre, les « copies » de drogues favorisent la concurrence et empêchent les prix de monter.

[7] La Cour suprême du Canada a récemment examiné le Règlement AC et l’histoire des médicaments brevetés au Canada dans l’arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Biolysse*). Il est certain que le Règlement AC provoque une vive tension entre les inventeurs, c’est-à-dire les entreprises innovatrices telles qu’Abbott, et les fabricants de génériques (ou de « copies », pour reprendre le terme employé dans *Biolysse*) tels que Pharmascience.

LE RÈGLEMENT AC

[8] L’entreprise qui, comme Abbott, a obtenu un avis de conformité pour une drogue contenant un médicament peut soumettre une liste de brevets au ministre, qui l’inscrit au registre qu’il tient. L’entreprise qui soumet la liste de brevets doit, entre autres : préciser la forme posologique, la concentration et la voie d’administration de la drogue; spécifier tout brevet canadien dont elle est propriétaire ou à l’égard duquel elle détient une licence ou a obtenu le consentement du propriétaire pour l’inclure dans la liste; et certifier que ce brevet « comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l’utilisation du médicament ». Si le brevet est antérieur à la demande d’avis de conformité, il doit être soumis pour inscription au registre au moment du dépôt de cette

approved in the early 1990s, the filing date of the application for the patent in question was 1997, it was made available for public inspection in 1998, and only granted in 2003. Relevant patents may be added to the list as they are granted.

[9] At current count, Abbott has listed at least seven patents against Biaxin. That mere listing has what Mr. Justice Iacobucci termed a “draconian” effect in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, at paragraph 33. See also *Biolyse*, at paragraphs 21-24.

[10] The listing of the patent effectively blocks the Minister from issuing an NOC to a second company, i.e. Pharmascience, which seeks an NOC on the grounds of bioequivalence. In order to get around this, the generic must serve the innovator with a notice of allegation, alleging among other things that the patent is not valid or was not eligible for listing or that its drug would not infringe any claim in the patent for the medicine itself or for its use. In this case, Pharmascience has limited its allegation to non-infringement.

[11] If the innovator does not respond, the Minister is no longer prevented from issuing an NOC. For instance, in this case Pharmascience served a notice of allegation with respect to five patents, but Abbott only took issue on one. Therefore, the other four patents, 2386527, 2386534, 2387356, and 2387361, but only as circumscribed by the notice of allegation, are no longer at issue.

[12] If, as in this case as regards patent '274, the innovator reacts by applying for an order to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance, the Minister is prevented by operation of law from issuing a notice of compliance for 24 months or until the Court has declared that the patent is not valid or that no claim

demande. Sinon, il peut être soumis dans les 30 jours suivant sa délivrance. On voit donc que la liste de brevets est en quelque sorte une cible mouvante. Le Biaxin a été approuvé au début des années 1990, mais la demande du brevet correspondant a été déposée en 1997, a été ouverte à l'inspection publique en 1998, et n'a été accueillie qu'en 2003. Les brevets applicables peuvent être ajoutés à la liste au fur et à mesure qu'ils sont délivrés.

[9] Abbott a jusqu'à maintenant inscrit au moins sept brevets à l'égard du Biaxin. La simple inscription de ces brevets a un effet que le juge Iacobucci a qualifié de « draconien » au paragraphe 33 de l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193. Voir aussi *Biolyse*, aux paragraphes 21 à 24.

[10] L'inscription du brevet a pour effet d'empêcher le ministre de délivrer à une « seconde personne », Pharmascience en l'occurrence, l'AC qu'elle demande sur le fondement de la bioéquivalence. Pour contourner cet obstacle, le fabricant de génériques doit signifier à l'entreprise innovatrice un avis d'allégation, portant entre autres que le brevet n'est pas valide ou n'était pas admissible à l'inscription au registre, ou que sa drogue ne contreferaient aucune des revendications du brevet pour le médicament en soi ou pour son utilisation. Dans la présente espèce, Pharmascience a limité son allégation à l'absence de contrefaçon.

[11] Si l'entreprise innovatrice ne répond pas, le ministre n'est plus empêché de délivrer l'AC demandé. Par exemple, dans l'affaire qui nous occupe, Pharmascience a signifié un avis d'allégation relativement à cinq brevets, mais Abbott ne l'a contesté qu'à l'égard d'un seul. Par conséquent, les quatre autres brevets—2386527, 2386534, 2387356 et 2387361—ne sont plus en litige, mais seulement dans la mesure circonscrite par l'avis d'allégation.

[12] Si, comme elle l'a fait dans la présente espèce à propos du brevet '274, l'entreprise innovatrice réagit en demandant une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité, le ministre se trouve légalement empêché de délivrer un tel avis pendant 24 mois, ou jusqu'à ce que la Cour ait déclaré le brevet

for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed. In effect, Abbott has obtained an injunction before the merits of its application have been judicially considered even on a preliminary basis.

[13] The Canadian patent at issue, '274, is entitled "Crystal form 0 of Clarithromycin".

LITIGATION CONCERNING CLARITHROMYCIN

[14] Abbott does not claim to have invented clarithromycin itself. It was first covered by a Japanese patent in 1980 and by an American patent in 1982.

[15] However, Abbott has been granted at least seven Canadian patents which it has listed against Biaxin. These patents claim three crystalline formations of clarithromycin, their formation or their uses. Abbott calls them form 0, form I and form II.

[16] The litigation between Abbott and Pharmascience began with respect to patent 2261732 ('732) which claims a process for the preparation of form II of clarithromycin. Apparently, that was the only patent listed against Biaxin at the time. Pharmascience's notice of allegation was limited to an allegation that it would not infringe that patent. It did not go so far as to allege that the patent was invalid. The law permits the generic to serve more than one notice of allegation with respect to the same drug. As aforesaid, the patent list is not frozen by litigation, and new patents may be added on the register. However, even with respect to the same patent, separate notices of allegation may be served with respect to different dosages. Furthermore, one notice may be limited to infringement, and another to patent validity. Pharmascience says it limited its original notice of allegation with respect to the '732 patent to non-infringement in the belief it would be easier to succeed on that ground rather than on validity. It did not need to succeed on both grounds.

invalide ou statué qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites. Abbott a obtenu en fait une injonction avant qu'un tribunal n'examine sa demande au fond, même de manière préliminaire.

[13] Le brevet canadien en cause, soit le brevet '274, est intitulé : « forme cristalline [*sic*] 0 de Clarithromycine ».

LA CONTESTATION JUDICIAIRE RELATIVE À LA CLARITHROMYCINE

[14] Abbott ne soutient pas avoir inventé la clarithromycine en tant que telle. L'invention de cette substance a été revendiquée pour la première fois par un brevet japonais en 1980, puis par un brevet américain en 1982.

[15] Cependant, Abbott s'est fait délivrer au moins sept brevets canadiens qu'elle a inclus dans sa liste touchant le Biaxin. Ces brevets revendiquent trois formes cristallines de clarithromycine, leur formation ou leurs utilisations. Abbott désigne ces trois formes : forme 0, forme I et forme II.

[16] Le litige opposant Abbott et Pharmascience a commencé relativement au brevet 2261732 (le brevet '732), qui revendique un procédé de préparation de la forme II de clarithromycine. Ce brevet était apparemment à l'époque le seul inscrit sur la liste relative au Biaxin. L'avis d'allégation de Pharmascience se limitait à la thèse que son produit ne contreferait pas ce brevet. Elle n'allait pas jusqu'à soutenir que celui-ci ait été invalide. La loi permet au fabricant de génériques de signifier plusieurs avis d'allégation à l'égard de la même drogue. Comme nous le disions plus haut, la liste de brevets n'est pas figée par les procédures judiciaires, et de nouveaux brevets peuvent être ajoutés au registre. Cependant, même à l'égard d'un même brevet, des avis d'allégation distincts peuvent être signifiés pour des formes posologiques distinctes. En outre, un avis d'allégation peut se limiter à la question de la contrefaçon, et un autre à celle de la validité du brevet. Pharmascience déclare avoir limité à la thèse de l'absence de contrefaçon son premier avis d'allégation

[17] Abbott responded by applying for a prohibition order against the Minister. It succeeded before Mr. Justice Gibson in October 2004. His decision may be found at (2004), 36 C.P.R. (4th) 437. His decision was upheld by the Federal Court of Appeal [(2005), 339 N.R. 277], without additional reasons. An application for leave to appeal to the Supreme Court is currently pending [leave to appeal has since been refused, [2005] S.C.C.A. No. 459 (QL)]. That order, if it stands, prohibits the Minister from issuing Pharmascience an NOC until that particular patent expires in July 2017.

[18] The next step was for Pharmascience to issue another notice of allegation not only against the said same patent, but also against several others, including '274, the patent before me. That notice of allegation is to the effect that the patents so identified are invalid, or were ineligible for listing in the register in the first place. Since one cannot infringe an invalid patent, even if Mr. Justice Gibson's decision stands, Abbott may have only obtained a pyrrhic victory.

[19] As expected, Abbott took issue with these allegations and filed a notice of application for a prohibition order against the Minister under Court docket No. T-1035-02. That application was heard on the merits before Mr. Justice O'Keefe, and is currently under reserve. Thus, the validity of patent '274 is before Mr. Justice O'Keefe and is not the subject matter of the applications before me.

[20] Pharmascience, not content to allege that patent '274 is invalid, alleges in the two separate notices of allegation before me that PMS Clarithromycin will not infringe any claim for the medicine itself or for its use. One notice relates to the 250 mg dosage, and the other to the 500 mg dosage. Abbott filed notices of application for prohibition orders on each. The two applications have now been consolidated and were heard on a common record.

touchant le brevet '732 parce qu'elle pensait avoir plus de chances de l'emporter en invoquant ce motif plutôt que l'invalidité du brevet. Elle n'avait donc pas à réussir sur les deux fronts.

[17] Abbott a réagi en demandant contre le ministre une ordonnance d'interdiction, que le juge Gibson lui a accordée en octobre 2004 (2004 CF 1349). La Cour d'appel [2005 CAF 250] a confirmé la décision du juge Gibson, sans formuler de motifs supplémentaires. Une demande d'autorisation d'appel devant la Cour suprême est actuellement en instance [autorisation de pouvoir est maintenant refusé, [2005] S.C.C.A. n° 459 (QL)]. Cette ordonnance, si elle n'est pas infirmée, interdit au ministre de délivrer un AC à Pharmascience jusqu'à l'expiration du brevet en cause, en juillet 2017.

[18] Pharmascience a ensuite signifié un autre avis d'allégation, non seulement à l'égard du brevet susdit, mais aussi de plusieurs autres, dont le brevet '274, qui fait l'objet de la présente espèce. Cet avis d'allégation porte que les brevets y désignés ne sont pas valides ou n'étaient pas admissibles à l'inscription au registre. Cependant, comme il n'est pas possible de contrefaire un brevet invalide, même si la décision du juge Gibson n'est pas remise en cause, Abbott pourrait bien n'avoir remporté qu'une victoire à la Pyrrhus.

[19] Comme qu'il fallait s'y attendre, Abbott a contesté ces allégations et a déposé un avis de demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction contre le ministre dans le cadre du dossier T-1035-02. Cette demande a été entendue au fond par le juge O'Keefe, qui a pris l'affaire en délibéré. Par conséquent, le juge O'Keefe étant saisi de la question de la validité du brevet '274, celle-ci ne fait pas l'objet des présentes demandes.

[20] Pharmascience, non contente de soutenir que le brevet '274 est invalide, affirme dans les deux avis d'allégation distincts ici contestés devant moi que le produit PMS-Clarithromycine ne contrefera aucune revendication pour le médicament en soi ou pour son utilisation. L'un de ces avis porte sur la forme posologique de 250 mg, et l'autre sur la forme de 500 mg. Abbott a déposé des avis de demande visant à obtenir une ordonnance d'interdiction pour chacun de

[21] Pharmascience is not the only generic which has sought a notice of compliance based on Biaxin. So has Ratiopharm, which has another way of converting form 0 to form II. In *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2005), 42 C.P.R. (4th) 121 (F.C.), an application which dealt with the validity of patent '274, its eligibility for listing, and non-infringement, Mr. Justice von Finckenstein held that the patent was valid, and that crystal form 0 of clarithromycin was a medicine. However, he concluded that Abbott could not assert its patent under the NOC Regulations because form 0 was only created in an intermediate step during the manufacture of form II, and was not itself in the final product. That case is currently under appeal. He considered form 0 a medicine because it was "a substance intended or capable for being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state or the symptoms thereof" (emphasis added) [NOC Regulations, section 2, definition of "medicine"].

ISSUES

[22] The parties agree that what is at issue in these applications is "claims for the medicine itself." No claim for the use of the medicine is in issue.

[23] As finally argued, Pharmascience asserted three reasons why PMS Clarithromycin does not infringe any claim for medicine in patent '274:

A. The medicine in the patent is clarithromycin as such, not crystal form 0. Abbott cannot claim to have invented clarithromycin, as it was invented by others. Therefore, PMS Clarithromycin cannot infringe Abbott's claims to the medicine itself.

ces avis. Les deux demandes déposées par Abbott sont maintenant réunies et ont été instruites dans le cadre du même dossier.

[21] Pharmascience n'est pas le seul fabricant de génériques à avoir demandé un avis de conformité relativement au Biaxin. Ratiopharm, qui dispose d'une autre façon de convertir la forme 0 dans la forme II, a fait de même. Dans l'affaire *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1093, demande portant sur la validité du brevet '274, son admissibilité à l'inscription au registre et l'absence de contrefaçon, le juge von Finckenstein a statué que ce brevet était valide et que la forme 0 cristalline de clarithromycine était un médicament. Cependant, il a aussi conclu qu'Abbott ne pouvait faire valoir son brevet sous le régime du Règlement AC, au motif que la forme 0 n'était qu'une substance intermédiaire servant à obtenir la forme II et n'était pas en soi le produit final. Sa décision est actuellement en appel. Il considérait la forme 0 comme un médicament parce qu'elle est une « [s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes » (non souligné dans l'original) [Règlement AC, l'article 2, définition du terme « médicament »].

LES QUESTIONS EN LITIGE

[22] Les parties s'entendent sur le fait que ce sont des « revendications pour le médicament en soi » qui sont en litige dans les présentes demandes. Aucune revendication pour l'utilisation du médicament n'est ici en cause.

[23] Dans ses conclusions finales, Pharmascience fait valoir trois raisons pour lesquelles la PMS-Clarithromycine ne contrefait aucune revendication pour un médicament du brevet '274 :

A. Le médicament qui fait l'objet du brevet est la clarithromycine en tant que telle et non la forme cristalline 0. Abbott ne peut revendiquer l'invention de la clarithromycine, puisqu'elle a été inventée par d'autres. Par conséquent, la PMS-Clarithromycine ne peut contrefaire les revendications d'Abbott pour le médicament en soi.

B. If the patent does contain a medicinal claim for crystal form 0 of clarithromycin, that claim cannot stand because form 0 is not actually a medicine. It cannot be formulated into a medicine (except when combined with a carbomer, which is not in issue) and has no therapeutic value;

C. Even if form 0 is a medicine, no claim would be infringed because Pharmascience does not use it as a medicine. Form 0 is created as an intermediate step in the process by which its supplier makes form II. Such medicinal properties it may have as an antibiotic, or otherwise, are irrelevant.

[24] Abbott's position on these three issues is:

A. Pharmascience is precluded from arguing that the medicine is clarithromycin *per se*, rather than crystal form 0 thereof. The scope of the proceeding was delimited by Pharmascience in its notices of allegation. It alleged form 0 was not a medicine because it had no therapeutic value. It did not allege that it was not a medicine because the medicine was clarithromycin. In any event, there is case law to the effect that patents for different crystal forms of a medicine may themselves be listed as having a claim for medicine.

B. The allegation that the patent was not validly listed on the register because form 0 has no therapeutic value, and thus is not a medicine, was argued before Mr. Justice O'Keefe. It should not be a subject-matter of this case. In any event, form 0 is a medicine.

C. The argument that the patent cannot be asserted on the grounds that form 0 is an intermediate and not used in the drug PMS Clarithromycin is without merit. Form 0 is a medicine, and is used by Pharmascience, and its supplier, in the manufacturing process. Therefore, the making, constructing, using or selling of PMS Clarithromycin infringes a claim for the medicine itself.

B. Si le brevet comporte effectivement une revendication pour la forme cristalline 0 de clarithromycine en tant que médicament, cette revendication ne peut être maintenue, au motif que la forme 0 n'est pas vraiment un médicament. Elle ne peut être formulée de manière à produire un médicament (sauf si elle est combinée à un carbomère, cas exclu du présent litige) et n'a pas de valeur thérapeutique.

C. Même si la forme 0 est un médicament, aucune revendication ne serait contrefaite puisque Pharmascience ne l'utilise pas comme médicament. La forme 0 est produite comme substance intermédiaire dans le procédé de fabrication de la forme II. Les propriétés thérapeutiques qu'elle peut avoir comme antibiotique ou autrement sont dénuées de pertinence.

[24] La position d'Abbott sur ces trois questions est la suivante :

A. Pharmascience ne peut soutenir que le médicament est la clarithromycine en soi plutôt que sa forme cristalline 0. C'est elle qui a délimité la portée de la procédure dans ses avis d'allégation, où elle a posé que la forme 0 n'était pas un médicament en invoquant son absence de valeur thérapeutique et non le fait que le médicament était la clarithromycine. Quoi qu'il en soit, il existe des précédents selon lesquels les brevets portant sur des formes cristallines différentes d'un médicament peuvent être eux-mêmes inscrits comme comportant une revendication pour un médicament.

B. La thèse selon laquelle le brevet n'était pas dûment inscrit au registre au motif que la forme 0 n'a pas de valeur thérapeutique et n'est donc pas un médicament a été défendue devant le juge O'Keefe et ne devrait donc pas l'être de nouveau dans la présente affaire. Quoi qu'il en soit, la forme 0 est un médicament.

C. L'argument voulant qu'Abbott ne puisse faire valoir son brevet, au motif que la forme 0 est une substance intermédiaire et n'est pas utilisée dans la drogue PMS-Clarithromycine, est dénué de fondement. La forme 0 est un médicament, et elle est utilisée par Pharmascience, ainsi que par son fournisseur, dans le procédé de fabrication. Par conséquent, la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente de la PMS-

Clarithromycine contrefait une revendication pour le médicament en soi.

DISPOSITION

[25] After considering the record, the opinions of the expert witnesses and the written submissions and oral argument on behalf of the parties, I have concluded as follows:

A. Since Pharmascience did not allege in its notice of allegation that crystal form 0 of clarithromycin was ineligible for listing on the register because the medicine was clarithromycin as such, there is nothing for Abbott to disprove. Therefore, that issue does not form part of this application. However, if I am wrong, crystal form 0 is not barred from listing on the grounds that clarithromycin itself is the medicine. Both crystal and non-crystal forms of a substance may be considered medicines;

B. Pharmascience did allege in its notice of allegation with respect to non-infringement that there was no claim for medicine in form 0 because it could not be formulated into a drug with therapeutic properties. However, it essentially made the same submission before Mr. Justice O'Keefe, and so is not permitted to make the same argument again. However, if I am wrong on that point, I find that form 0 is a medicine because it is a substance capable of being used in the treatment of infections;

C. Nevertheless, Pharmascience's use of form 0 does not infringe any claim for form 0 as a medicine itself, or any claim for its use as a medicine. This is because PMS Clarithromycin contains no form 0. The fact that form 0 was used in the preparation of Pharmascience's form II does not bar the Minister from issuing a notice of compliance. Form 0 is created and disappears in intermediate steps in the manufacturing process. The mere fact that form 0 has medicinal attributes is irrelevant. It is not being used for those medicinal attributes. Although judicial comity would suggest that

DÉCISION

[25] Au vu du dossier, des opinions des témoins experts, ainsi que des conclusions orales et écrites présentées au nom des parties, je conclus ce qui suit :

A. Comme Pharmascience n'a pas soutenu dans son avis d'allégation que la forme cristalline 0 de la clarithromycine n'était pas admissible à l'inscription au registre au motif que le médicament était la clarithromycine en tant que telle, Abbott n'a rien à réfuter à cet égard. Par conséquent, cette question ne fait pas l'objet de la présente espèce. J'ajouterai cependant, au cas où ma conclusion se révélerait erronée, que la forme cristalline 0 ne peut être considérée comme inadmissible à l'inscription au motif que la clarithromycine en soi est le médicament : les formes cristallines aussi bien que non cristallines d'une substance peuvent être considérées comme des médicaments.

B. Pharmascience a bel et bien affirmé dans son avis d'allégation relatif à l'absence de contrefaçon qu'il n'y avait pas de revendication pour un médicament concernant la forme 0 parce qu'elle ne pouvait entrer dans la composition d'une drogue à propriétés thérapeutiques. Cependant, elle a pour l'essentiel présenté la même thèse devant le juge O'Keefe, de sorte qu'elle n'est pas autorisée à la répéter ici. Pour le cas où je ferais erreur sur ce point, je conclus que la forme 0 est un médicament, au motif qu'elle est une substance pouvant servir au traitement des infections.

C. Néanmoins, l'utilisation par Pharmascience de la forme 0 ne contrefait aucune revendication pour celle-ci en tant que médicament en soi ni aucune revendication pour son utilisation comme médicament. La raison en est que la PMS-Clarithromycine ne contient pas la forme 0. Le fait que la forme 0 ait été utilisée dans la préparation de la forme II de Pharmascience n'empêche pas le ministre de délivrer un avis de conformité. La forme 0 est produite et disparaît dans les étapes intermédiaires du procédé de fabrication. Le simple fait que la forme 0 ait des propriétés thérapeutiques n'est pas

I follow the decision of Mr. Justice von Finckenstein in his *Abbott Laboratories* decision, unless I formed the view that he was clearly wrong, I am following his decision because I think he was clearly right.

ANALYSIS

[26] The first step is to consider what is claimed in the patent. As the patent is notionally addressed to a person skilled in the art or science of the subject-matter, the Court should take the advice of experts. Patent claim construction was considered in depth by the Supreme Court in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024 and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067. I had occasion to consider the essentials thereof within the context of notice of compliance proceedings in *Biovail Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2005), 37 C.P.R. (4th) 487 (F.C.). Mr. Justice von Finckenstein took the same approach in *Abbott*.

[27] Both parties agree that the patent is addressed to a chemist with at least two years' experience in crystallization processes. However, Pharmascience argues that the person skilled in the art also has experience in pharmaceutical formulations.

[28] *Abbott* cries foul because that latter attribute was not suggested in the proceedings pending before Mr. Justice O'Keefe. Pharmascience responds that it was *Abbott* itself which raised the formulation issue through the affidavit of one of its experts, Dr. Stephen Byrn, who claims some expertise in that area. This is what led to Pharmascience obtaining an expert opinion from Dr. Robert Miller, whom it characterizes as the only witness with formulation expertise.

[29] I have come to the view that formulation is a side issue, and that appropriate opinion can be offered to the Court by a chemist with at least two years' experience in

pertinent. Elle n'est pas utilisée en raison de ces propriétés thérapeutiques. Bien que la courtoisie judiciaire ne m'incite à suivre la décision *Abbott Laboratories*, rendue par le juge von Finckenstein, que pour autant que je ne la considère pas comme manifestement erronée, je suis ici cette décision parce que je l'estime manifestement juste.

ANALYSE

[26] La première chose à faire est de se demander ce qui est revendiqué dans le brevet. Comme celui-ci s'adresse théoriquement à une personne versée dans l'art ou la science dont relève son objet, la Cour doit consulter des experts. La Cour suprême du Canada a examiné en profondeur l'interprétation des revendications de brevet dans les arrêts *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024 et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067. J'ai eu l'occasion de passer en revue l'essentiel de ces principes appliqués au contexte des avis de conformité dans la décision *Biovail Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2005 CF 9. Le juge von Finckenstein a adopté la même approche dans *Abbott*.

[27] Les deux parties s'accordent à dire que le brevet s'adresse à un chimiste possédant au moins deux années d'expérience des procédés de cristallisation. Cependant, Pharmascience soutient que la personne versée dans l'art possède aussi une expérience de la formulation de produits pharmaceutiques.

[28] *Abbott* proteste parce qu'il n'a pas été fait mention de cette dernière qualité dans la procédure en instance devant le juge O'Keefe. Pharmascience réplique que c'est *Abbott* elle-même qui a soulevé la question de la formulation dans l'affidavit d'un de ses experts, M. Stephen Byrn, qui fait valoir une compétence dans ce domaine. C'est ce qui a amené Pharmascience à demander une opinion d'expert à M. Robert Miller, qu'elle présente comme étant le seul témoin compétent en matière de formulation.

[29] Je suis arrivé à la conclusion que la formulation est une question secondaire et que la Cour peut se satisfaire de l'opinion d'un chimiste possédant au moins

crystallizing compounds. I would have thought that the patent is also addressed to a physician. I would want a drug containing a medicine prescribed to me by a medical doctor, not by a chemist. However, in this case it seems clear that clarithromycin and the three crystal forms invented by Abbott have the same medicinal properties.

CANADIAN PATENT 2277274

[30] The abstract for the patent entitled "Crystal form 0 of clarithromycin" states:

The present invention concerns the novel antibiotic 6-0-methylerythromycin A form 0 solvate of formula (1), a process for its preparation, pharmaceutical compositions comprising this compound and a method of use as a therapeutic agent

[31] In the "Technical Field" portion of the disclosure it is said that the invention relates to a compound having therapeutic utility and to a method of its preparation. By way of background it is said that 6-0-methylerythromycin A form 0 solvate commonly known as clarithromycin is a semi-synthetic macrolide antibiotic and that two distinct crystal forms, designated form I and form II, were previously identified. Clarithromycin as such was said to exhibit excellent contra activity against certain bacteria. The "Summary of the Invention" declares, among other things, that form 0 "is also a useful intermediate in the preparation of" forms I and II (emphasis added).

[32] In one embodiment, the invention is said to provide a process for the preparation of 6-0-methylerythromycin A. Although usable in tablet form, it may also be used in an oral suspension which is helpful for patients who have difficulty swallowing. However, it has a pronounced bitter taste. Abbott claims a 6-0 methylerythromycin A carbomer (acrylic acid copolymer) which provides particles sufficiently palatable for use in an oral suspension. These carbomer complexes are not at issue.

deux années d'expérience de la cristallisation de composés. J'aurais pensé que le brevet s'adressait aussi à un médecin. Je voudrais en effet qu'une drogue contenant un médicament me soit prescrite par un docteur en médecine et non par un chimiste. Cependant, il semble clair ici que la clarithromycine et les trois formes cristallines inventées par Abbott ont les mêmes propriétés thérapeutiques.

LE BREVET CANADIEN 2277274

[30] Il est dit dans l'abrégé du brevet intitulé « Forme cristalline [*sic*] 0 de clarithromycine » :

[TRADUCTION] La présente invention concerne le nouvel antibiotique, la forme 0 solvatée de la 6-0-méthylérythromycine A de la formule (1), une façon de le préparer, des compositions pharmaceutiques comprenant ce composé et un mode d'utilisation comme agent thérapeutique.

[31] Dans la portion [TRADUCTION] « Domaine technique » de l'exposé de l'invention, il est mentionné que l'invention a trait à un composé ayant une utilité thérapeutique et à un mode de préparation du composé. On signale à titre d'information que la forme 0 solvatée de la 6-0-méthylérythromycine A, connue sous le nom de clarithromycine, est un antibiotique semi-synthétique de la classe des macrolides et que deux formes cristallines distinctes, baptisées forme I et forme II, ont été précédemment identifiées. La clarithromycine présenterait, dit-on, une excellente activité contre certaines bactéries. Dans le [TRADUCTION] « Résumé de l'invention », on déclare, entre autres, que la forme 0 [TRADUCTION] « est également un intermédiaire utile dans la préparation des » formes I et II (non souligné dans l'original).

[32] Dans une de ses applications, l'invention fournirait une méthode de préparation de la 6-0-méthylérythromycine A. Bien qu'elle puisse être utilisée en comprimé, elle peut également prendre la forme d'une suspension buvable, forme utile dans le cas des patients qui ont de la difficulté à avaler. Elle a toutefois un goût très amer. Abbott revendique un carbomère de la 6-0-méthylérythromycine (copolymère de l'acide acrylique) qui fournit des particules de goût assez agréable pour être utilisables dans une suspension buvable. Ces complexes carbomères ne sont pas en cause.

[33] Abbott makes 53 claims. It says that claims 1, 4, 5 and 16 are in issue. Pharmascience protests that claim 16 was not mentioned before oral argument.

[34] Clearly claim 1 is the most important. The claim is for “[a] crystalline antibiotic designated 6-0 methylerythromycin A Form 0 solvate [having a certain structure in which the] solvating molecule selected from the group consisting of ethanol, isopropyl acetate, isopropanol and tetrahydrofuran.” The solvating molecule in Pharmascience’s form 0 is ethanol.

[35] Claims 4 and 5 are claims dependent on claim 1 in which the solvate is characterized by certain peaks in the powder x-ray diffraction pattern. Claim 16 like claim 1 is for the form 0 solvate but substantially free of form I and form II. It was mentioned in the decision of Mr. Justice von Finckenstein. However, like claims 4 and 5, it need not be considered separately. If Claim 1 is infringed, all four are infringed. If claim 1 is not infringed, neither are the other three.

[36] There is no doubt that the patent discloses how to make crystal form 0 of clarithromycin. Abbott was also provided with the particulars of the manufacturing process by which Pharmascience’s supplier, Teva, manufactures form II. It begins with Erythromycin which, following various chemical reactions, is synthesized into clarithromycin crude, which in turn is crystallized into clarithromycin crystal form 0. Form 0 is recrystallized in a slurry, from which form II eventually emerges. The experiments carried out by independent experts retained by Abbott confirm that there is no form 0 in the form II used by Pharmascience.

[37] Although the advice of the experts called by both parties was generally helpful in explaining the underlying scientific principles of crystallization, and the fact that the crystal must dissolve within the body to

[33] Abbott fait 53 revendications. Selon elle, les revendications 1, 4, 5 et 16 sont en cause. Pharmascience proteste devant l’absence de mention de la revendication 16 avant la plaidoirie.

[34] Manifestement, c’est la revendication I qui est la plus importante. La revendication concerne [TRADUCTION] « un antibiotique cristallin baptisé forme 0 solvatée de la 6-0-méthylérythromycine A [et ayant une certaine structure; dans cette structure], la molécule solvatante est choisi parmi le groupe se composant d’éthanol, d’acétate d’isopropyle, d’isopropanol et de tétrahydrofurane ». La molécule solvatante dans la forme 0 de Pharmascience est l’éthanol.

[35] Les revendications 4 et 5 sont des revendications tributaires de la revendication 1; dans cette dernière, le solvate est caractérisé par certains pics dans le diagramme de diffraction des rayons X. La revendication 16 comme la revendication 1 concerne la forme 0 solvatée, mais la forme I et la forme II y sont pour l’essentiel absentes. Dans sa décision, le juge von Finckenstein le mentionne. Tout comme les revendications 4 et 5, il n’est pas nécessaire d’examiner cette revendication séparément. Si la revendication 1 est contrefaite, les quatre sont contrefaites. Si la revendication 1 n’est pas contrefaite, aucune des trois autres ne l’est.

[36] Nul doute que le brevet divulgue comment fabriquer la forme cristalline 0 de la clarithromycine. Abbott a reçu des informations précises sur le procédé qu’utilise Teva, le fournisseur de Pharmascience, pour fabriquer la forme II. Le point de départ est l’érythromycine qui, après diverses réactions chimiques, est synthétisée en forme brute de clarithromycine, qui à son tour est cristallisée dans la forme cristalline 0 de la clarithromycine. La forme 0 est recrystallisée dans une bouillie, d’où émerge finalement la forme II. Les expériences menées par des experts indépendants engagés par Abbott confirment qu’il n’y a pas de forme 0 dans la forme II utilisée par Pharmascience.

[37] Bien qu’elles se soient en général révélées utiles pour ce qui est d’expliquer les principes scientifiques sous-jacents à la cristallisation, ainsi que le fait que le cristal doit se dissoudre dans le corps pour avoir une

have any medicinal value, a good deal of all their opinions was nothing more than argument in support of the propositions put forth by their respective clients. This is not the role of an expert, who is supposed to offer opinion, not argument, to the Court, indifferent to who is paying the bill. Nevertheless, having taken into consideration the advice of these experts, and indeed they are experts, and reading the NOC Regulations purposively I am satisfied that they do not cover a substance which is produced at an intermediate stage of a process, even if that substance has medicinal properties. Indeed it is the opinion of Abbott's experts, even before they were cross-examined, which I found to be most helpful.

WHAT IS A MEDICINE?

[38] The experts all agree that the medicine itself is the molecule clarithromycin, which Abbott does not claim to have invented in this or any other patent. However, this point was not alleged by Pharmascience in justification of its proposition that PMS Clarithromycin would not infringe any claim for the medicine itself.

[39] Applications under the NOC Regulations are counter-intuitive. The agenda is set by the generic, Pharmascience, by what it says in its notice of allegation. Those allegations stand unless proved not to be justified by the innovator who takes the application to Court. The proceedings do not serve as a judgment on validity or infringement; the only issue is to determine whether the Minister is at liberty to issue the requested notice of compliance. See *Biovail*, paragraph 9 and *Fournier Pharma Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 38 C.P.R. (4th) 297 (F.C.). The NOC order cannot be raised as *res judicata* in a patent infringement action.

[40] In *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 38, affirmed at (2002), 18 C.P.R. (4th) 558, Madam Justice Tremblay-Lamer held that a party could not introduce

quelconque valeur thérapeutique, les opinions des experts appelés à témoigner par les deux parties n'étaient, pour une bonne part, rien de plus qu'une argumentation à l'appui des thèses de leurs clients respectifs. Ce n'est pas là le rôle de l'expert, qui est censé proposer une opinion et non des arguments à la Cour, laquelle ne se soucie pas de savoir qui paie la facture. Néanmoins, après avoir examiné les opinions de ces experts—ce qu'ils sont effectivement—et avoir relu le Règlement AC dans une perspective téléologique, j'estime établi que celui-ci ne s'applique pas à une substance intermédiaire, même si elle a par ailleurs des propriétés thérapeutiques. En fait, c'est l'opinion des experts d'Abbott, même avant leur contre-interrogatoire, que j'ai trouvé la plus utile.

QU'EST-CE QU'UN MÉDICAMENT?

[38] Les experts sont tous d'accord pour dire que le médicament en soi est la molécule clarithromycine, dont Abbott ne revendique l'invention ni dans le brevet en cause ni dans aucun autre. Cependant, Pharmascience n'a pas fait valoir cet argument à l'appui de sa thèse que la PMS-Clarithromycine ne contreferait aucune revendication pour le médicament en soi.

[39] Les demandes présentées sous le régime du Règlement AC relèvent d'un schéma contre-intuitif. C'est le fabricant de génériques, en l'occurrence Pharmascience, qui fixe le programme, au moyen des propositions formulées dans son avis d'allégation. Ces propositions sont considérées comme fondées, sauf preuve du contraire par l'entreprise innovatrice qui porte la demande devant la Cour. Celle-ci, dans le cadre d'une telle procédure, ne statue pas sur la validité du brevet ou la contrefaçon; il ne lui appartient que d'établir si le ministre a la faculté de délivrer l'avis de conformité demandé. Voir *Biovail*, au paragraphe 9, ainsi que *Fournier Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1718. L'ordonnance relative à l'AC ne peut être invoquée au titre de la chose jugée dans une action en contrefaçon de brevet.

[40] Dans *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [2000] A.C.F. n° 2064 (1^{re} inst.) (QL); conf. par 2002 CAF 147, la juge Tremblay-Lamer a statué qu'il n'était pas permis à une

new matters on a point not included in the notice of allegation. In *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 70 C.P.R. (3d), the Federal Court of Appeal held that the Motions Judge [(1996), 67 C.P.R. (3d) 484] did not err in refusing leave to file further evidence to remedy a deficiency in the notice. In any event, a patent may be listed on the register if it claims a drug containing the same medicine for which the notice of compliance was given, even though that medicine may be in a different form or crystal structure. Thus, Abbott was entitled to list patent '274 against Biaxin itself notwithstanding that no form 0 is found in Biaxin (only form II is), and notwithstanding that it was not entitled to list clarithromycin itself. (*GlaxoSmithKline Inc. v. Apotex Inc.* (2003), 29 C.P.R. (4th) 350 (F.C.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 3 F.C. 140 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.); *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 65 (F.C.T.D.)).

[41] Consequently, it is not open to Pharmascience to argue that it will not infringe any claim for the medicine itself, on the grounds that the medicine is clarithromycin, whatever form it takes, crystalline or not.

IS FORM 0 A MEDICINE?

[42] Although form 0 cannot be ruled out as a medicine on the grounds that the medicine is clarithromycin itself, it does not necessarily follow that this particular crystal form is itself a medicine.

[43] Section 2 of the NOC Regulations defines "medicine" as meaning "a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof" (emphasis added).

partie de présenter de nouvelles prétentions ou de nouveaux moyens sur une question ne figurant pas dans l'avis d'allégation. Dans *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1996] A.C.F. n° 1334 (C.A.) (QL), la Cour d'appel fédérale a statué que le juge des requêtes [[1996] A.C.F. n° 348 (1^{re} inst.) (QL)] n'avait pas commis d'erreur en refusant l'autorisation de déposer des éléments de preuve supplémentaires pour combler une lacune de l'avis d'allégation. Quoi qu'il en soit, peut être inscrit au registre le brevet qui revendique une drogue contenant le même médicament que celui pour lequel l'avis de conformité a été délivré, même si ce médicament se présente sous une forme ou une structure cristalline différente. Par conséquent, Abbott avait le droit d'inclure dans sa liste le brevet '274 relativement au Biaxin en soi même si celui-ci ne contient pas la forme 0 (il contient seulement la forme II) et même si elle n'avait pas le droit d'y inclure la clarithromycine en soi. *GlaxoSmithKline Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CF 1055; *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 3 C.F. 140 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 985 (1^{re} inst.) (QL); et *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1430 (1^{re} inst.) (QL).

[41] Par conséquent, il n'est pas loisible à Pharmascience de faire valoir qu'elle ne contrefera aucune revendication pour le médicament en soi, au motif que le médicament est la clarithromycine, sous quelque forme—cristalline ou non—qu'elle se présente.

LA FORME 0 EST-ELLE UN MÉDICAMENT?

[42] S'il est vrai qu'on ne peut exclure que la forme 0 soit un médicament au motif que le médicament est la clarithromycine en soi, il ne s'ensuit pas nécessairement que cette forme cristalline particulière soit elle-même un médicament.

[43] L'article 2 du Règlement AC comporte la définition suivante du terme « médicament » : « Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état

[44] Abbott submits that I should not consider Pharmascience's allegation that form 0 has no medicinal properties because that issue formed part of the application argued before Mr. Justice O'Keefe. It matters not that he has not yet rendered his decision. It is well established that whether one calls it abuse of process, issue estoppel, *lis pendens* or what you will, courts will not allow the same point to be litigated twice on the merits.

[45] In its notices of allegation in the applications before me, Pharmascience alleged that patent '274 "relates to a non-therapeutically useful crystal structure (because it converts readily to Form I) that can only be used as an intermediate and is not proper subject matter under the *NOC Regulations*." In the invalidity proceedings before Mr. Justice O'Keefe, Pharmascience alleged that the patent only teaches form 0 as a useful process intermediate, having no antibiotic effect and no therapeutic value because of its invalidity, storage requirements and necessarily high solvent levels. It could not be administered to a patient.

[46] Pharmascience acknowledges there is some overlapping in these allegations, but that is an unfortunate byproduct of its right to issue separate notices concerning validity and non-infringement. I say it is the same allegation. Abbott says this is an abuse of process.

[47] I consider Abbott's position to be the correct one. Pharmascience relies upon the decision of Madam Justice Tremblay-Lamer in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 44 C.P.R. (4th) 108 (F.C.). While that case, like others before it, recognizes that more than one notice of allegation may be served with respect to the same patent, the allegations must be factually and legally distinct. Having already argued this point,

physique anormal, ou de leurs symptômes » (non souligné dans l'original).

[44] Abbott soutient que je ne devrais pas tenir compte de l'allégation de Pharmascience selon laquelle la forme 0 n'a pas de propriétés thérapeutiques, parce que cette question faisait partie de la demande entendue par le juge O'Keefe. Il importe peu que ce dernier n'ait pas encore rendu sa décision. Il est de droit constant que—qu'on invoque l'abus de procédure, l'exception de chose jugée, la litispendance ou tout autre principe qu'on voudra—les tribunaux ne permettent pas que le même point soit mis en litige et instruit au fond deux fois.

[45] Dans les avis d'allégation qui font l'objet des présentes demandes, Pharmascience allègue que le brevet '274 [TRADUCTION] « se rapporte à une structure cristalline sans utilité thérapeutique (puisqu'elle se convertit facilement dans la forme I) qui ne peut servir que de substance intermédiaire et n'entre donc pas dans le champ d'application du Règlement AC ». Dans le cadre de la procédure en invalidité portée devant le juge O'Keefe, Pharmascience a soutenu que le brevet ne décrit la forme 0 que comme une substance intermédiaire utile, dépourvue d'effet antibiotique et de valeur thérapeutique du fait de son invalidité, de ses conditions de conservation et de sa teneur nécessairement élevée en solvants. La forme 0 ne pourrait être administrée à un patient.

[46] Pharmascience reconnaît que ces allégations coïncident en partie, mais c'est là, fait-elle valoir, une conséquence regrettable de son droit de signifier des avis d'allégation distincts touchant la validité et l'absence de contrefaçon. Selon moi, il s'agit de la même allégation. Abbott soutient que cette démarche constitue un abus de procédure.

[47] Je souscris à la thèse d'Abbott. Pharmascience invoque la décision rendue par la juge Tremblay-Lamer dans *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1504. S'il est vrai que cette décision, comme d'autres avant elle, reconnaît la possibilité de signifier plusieurs avis d'allégation relativement au même brevet, les allégations qu'ils contiennent doivent être distinctes sous le rapport des faits aussi bien que du droit. Ayant

Pharmascience cannot argue it again. Indeed, I cannot see any advantage for Pharmascience in arguing the same point twice. The more it puts this issue in play, the more it is at risk. All Abbott needs is one holding in one NOC that form 0 is a medicine in order that a prohibition order issue against the Minister.

[48] However if I am wrong on that point, I hold that form 0 is a medicine because, to use the language of the NOC Regulations, it is “a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, medication or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof” [emphasis added]. Pharmascience submits that form 0 cannot be considered a medicine because (1) it would never obtain regulatory approval and (2) it could not be formulated into a drug which could actually be administered to a patient.

[49] The NOC Regulations do not define medicine as a substance intended or capable of being the active ingredient in a drug for which a notice of compliance will likely be issued. As Mr. Justice Rouleau said [at page 439] in *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422 (T.D.), the Minister’s decision to issue a notice of compliance is discretionary. “The Minister in exercising his discretion weighs the predicted benefit of the drug in relation to the foreseeable risk of adverse reaction to it. The Minister’s determination is one made in contemplation of public health and represents the implementation of social and economic policy.”

[50] It may be impractical to use form 0 (which if allowed to dry out converts into form I) or too expensive. I was not impressed by the argument that it would not be approved because it would have to be kept wet in ethanol, a form of alcohol. Other drug formations have been approved which use far more solvates. I am left with the impression that there is more alcohol in one liquor-filled chocolate, than in a week’s worth of a

déjà défendu cette thèse, Pharmascience ne peut la présenter de nouveau. En fait, je ne vois pas en quoi il serait utile à Pharmascience de faire valoir le même moyen deux fois. Plus elle soulève cette question, plus elle court de risques. Il suffirait à Abbott d’une seule conclusion, à propos d’un seul AC, portant que la forme 0 est un médicament pour obtenir une ordonnance d’interdiction contre le ministre.

[48] Cependant, pour le cas où ma conclusion se révélerait erronée sur ce point, je conclus que la forme 0 est un médicament au motif que, pour reprendre les termes du Règlement AC, elle est une « [s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un désordre, d’un état physique anormal, ou de leurs symptômes » [non souligné dans l’original]. Pharmascience soutient que la forme 0 ne peut être considérée comme un médicament aux motifs suivants : 1) il n’y a aucune chance qu’elle obtienne l’approbation réglementaire; et 2) elle ne peut entrer dans la composition d’une drogue qui pourrait être effectivement administrée à un patient.

[49] Le Règlement AC ne définit pas le médicament comme une substance destinée à servir ou pouvant servir de principe actif à une drogue pour laquelle un avis de conformité sera vraisemblablement délivré. Comme le rappelait le juge Rouleau [à la page 439] dans *Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 1 C.F. 422 (1^{re} inst.), la délivrance d’un avis de conformité relève d’un pouvoir discrétionnaire du ministre : « Le ministre, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, apprécie les bienfaits attendus de cette drogue et le risque prévisible d’une mauvaise réaction à celle-ci. L’appréciation du ministre vise la santé publique et constitue la mise à exécution d’une politique sociale et économique. »

[50] L’utilisation de la forme 0 (qui se convertit dans la forme I si on la laisse sécher) peut se révéler peu commode ou trop coûteuse. Je n’ai pas été impressionné par l’argument selon lequel elle ne serait pas approuvée parce qu’il faudrait la garder humide dans l’éthanol, qui est une forme d’alcool. On a approuvé d’autres formes pharmaceutiques utilisant beaucoup plus de solvates. J’ai le sentiment qu’il y a plus d’alcool dans un seul

prescription drug containing form 0 as a medicine.

[51] The process of crystallization was clearly explained by Drs. Myerson and Atwood, called by Abbott. A substance may exist both in crystalline and non-crystalline form. Crystals of the same material with identical crystal structures may have very different qualities. A given material, carbon for instance, may crystallize into one or more distinct structures such as graphite and diamonds. This ability is called polymorphism.

[52] The experts agree that the broadest of the patent claims is claim 1. I agree with Dr. Myerson who says that it is a *per se* claim, meaning that Abbott claims the crystal form 0 of clarithromycin, howsoever made, howsoever used. A person skilled in the art would know that the words “a crystalline antibiotic” in claim 1 are meant to describe the fact that form 0 has antibacterial activity. As to the allegation that the patent relates to a non-therapeutically useful crystal structure because it readily converts into form I, and therefore can only be used as an intermediate, he notes that the patent states that form 0 has the same spectrum as antibacterial activity as form II. Indeed, as a matter of grammar, the patent provides that “Form 0 may also be used as an intermediate to make form I or form II” [emphasis added]. Certainly, on the language of the claim, a claim for a medicine is made out.

[53] However, the point is not only whether or not there is a claim to a medicine, the point is also whether form 0 is a medicine. Drs. Myerson and Atwood are of the view that a person skilled in the art at the relevant time, 1998, would know that form 0 must be kept wet as otherwise it would dry into form I. Their evidence is persuasive.

bonbon à la liqueur que dans une provision d'une semaine d'une drogue de prescription qui contiendrait la forme 0 comme médicament.

[51] Le procédé de la cristallisation a été clairement expliqué par MM. Myerson et Atwood, cités par Abbott. Une substance peut se présenter sous une forme cristalline aussi bien que sous une forme non cristalline. Des cristaux de la même matière possédant des structures cristallines identiques peuvent avoir des qualités très différentes. Une matière donnée, le carbone par exemple, peut se cristalliser en une ou plusieurs structures distinctes telles que le graphite et le diamant. Cette capacité est appelée « polymorphisme ».

[52] Les experts s'accordent à dire que la revendication à la portée la plus large du brevet est la revendication 1. Je conviens avec M. Myerson que cette revendication porte sur le médicament en soi, c'est-à-dire qu'Abbott y revendique la forme cristalline 0 de la clarithromycine quels que soient son procédé de fabrication et son utilisation. La personne versée dans l'art saurait que les termes [TRADUCTION] « un antibiotique cristallin » de la revendication 1 visent à exprimer le fait que la forme 0 a une activité antibactérienne. Pour ce qui concerne l'allégation selon laquelle le brevet se rapporterait à une structure cristalline dépourvue d'utilité thérapeutique au motif qu'elle se convertit facilement dans la forme I et ne peut donc servir que de substance intermédiaire, le brevet, rappelle M. Myerson, porte que la forme 0 a les mêmes possibilités d'action antibactérienne que la forme II. En fait, si l'on se reporte à son libellé même, le brevet dit que [TRADUCTION] « la forme 0 est également utile dans la préparation [...] des formes I et II » [non souligné dans l'original]. Il ne fait donc aucun doute, à en juger par le texte du brevet, qu'il comporte une revendication pour un médicament.

[53] Cependant, il ne s'agit pas seulement de savoir s'il y a ou non une revendication pour un médicament, mais aussi de savoir si la forme 0 est bien un médicament. MM. Myerson et Atwood pensent que la personne versée dans l'art aurait su, à l'époque pertinente (1998), que la forme 0 doit être gardée humide pour ne pas se convertir dans la forme I. Leurs témoignages me paraissent convaincants.

[54] There is no doubt in my mind that given the right dosage one could take a spoonful of form 0 out of Teva's intermediate stage and that it would be as therapeutically useful as form II, or clarithromycin itself. Dr. Byrn, also called by Abbott, stated that there were packaging methods and systems which could keep form 0 from converting into form I. He cited blister packs and capsules as packaging which would keep form 0 wet. Form 0 could also be suspended in an appropriate liquid containing ethanol to be used as syrup.

[55] Dr. Miller, the formulator called by Pharmascience, was not helpful on this point. In *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, in pointing out that a patent is not addressed to an ordinary member of the public, but to a worker skilled in the art, Mr. Justice Binnie [at paragraph 44] relied on the following words of Dr. Fox: “[h]e is assumed to be a man who is going to try to achieve success and not one who is looking for difficulties or seeking failure” (Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters for Patent for Inventions*, 4th ed., page 184). As his cross-examination painfully brings out, Dr. Miller focused on the impracticalities of packaging form 0, rather than whether packaging was in fact possible.

[56] However, Dr. Miller conceded “if one were to put the wet crystals into a proper package and seal it properly, I would think that at least in a moderate term drying would not occur.” Drying would convert form 0 into form I. Dr. Rohani, another expert called by Pharmascience, agreed that if form 0 was sealed airtight, it would not convert into form I.

[57] Thus, I conclude that crystal form 0 of clarithromycin is a medicine as it is capable of being used as such.

[58] Pharmascience correctly points out that the patent does not teach how to package form 0. However,

[54] Il ne fait pour moi aucun doute que, à condition que la bonne dose soit établie, un patient pourrait prendre une cuillerée de la forme 0 telle qu'obtenue par Teva comme substance intermédiaire et que cette forme se révélerait d'une utilité thérapeutique égale à celle de la forme II ou de la clarithromycine elle-même. M. Byrn, autre témoin expert d'Abbott, a déclaré qu'il existait des méthodes et systèmes de conditionnement propres à empêcher la forme 0 de se convertir dans la forme I. Selon lui, la forme 0 pourrait par exemple être gardée humide en plaquettes alvéolaires et en capsules. Elle pourrait aussi être suspendue dans un liquide approprié contenant de l'éthanol et être ainsi consommée sous forme de sirop.

[55] M. Miller, le formulateur appelé à témoigner par Pharmascience, n'a pas été d'un grand secours sur ce point. Le juge Binnie [au paragraphe 44], faisant remarquer qu'un brevet ne s'adresse pas au citoyen ordinaire mais au travailleur versé dans l'art, a repris dans l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, les propos suivants de Fox : [TRADUCTION] « On suppose que cette personne [le travailleur versé dans l'art] va tenter de réussir, et non rechercher les difficultés ou viser l'échec » (Harold G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters for Patent for Inventions*, 4^e éd., page 184). Comme son contre-interrogatoire ne le montre que trop, M. Miller s'est concentré sur les difficultés que présente le conditionnement de la forme 0, plutôt que sur le point de savoir si ce conditionnement est en fait possible.

[56] Toutefois, M. Miller a reconnu que [TRADUCTION] « si on mettait des cristaux humides dans un emballage adéquat et bien scellé, je pense qu'ils ne sécheraient pas à moyen terme ». Le séchage transformerait la forme 0 en forme I. M. Rohani, un autre expert auquel Pharmascience a fait appel, a convenu que si la forme 0 était scellée hermétiquement, elle ne se transformerait pas dans la forme I.

[57] En conséquence, je conclus que la forme cristalline 0 de la clarithromycine est un médicament, étant donné qu'elle peut être utilisée comme tel.

[58] Pharmascience fait remarquer avec raison que le brevet n'enseigne pas le conditionnement de la forme 0.

I agree with Abbott's experts that the problem, and the solution, are obvious. Keep form 0 wet.

DOES PMS CLARITHROMYCIN INFRINGE?

[59] It is useful to repeat Abbott's claim 1: "A crystalline antibiotic designated 6-O-Methylenerythromycin A Form 0 solvate having . . . structure." In its effort to disprove the notices of allegation, Abbott argues:

a. Claim 1 is a product claim, and cannot be read down as suggested by Pharmascience to a claim for use as an antibiotic or in a carbomer complex.

b. The NOC Regulations do not absolve an infringement of a claim for a medicine on the grounds that the medicine in the drug, in this case PSM Clarithromycin, contains the medicine in another crystal form.

I agree with Abbott on the first point, but not on the latter.

[60] I prefer the opinion of Abbott's experts that claim 1 is a *per se* claim, a claim for a crystal howsoever made and howsoever used. This is the same conclusion as reached by Mr. Justice von Finckenstein in *Abbott*. I am also fortified by the decision in *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97 (F.C.A.). The prime issue in that case was the sufficiency of the notice of allegation. Pfizer held a patent for crystalline azithromycin dihydrate. Novopharm was seeking a notice of compliance for azithromycin monohydrate, yet Mr. Justice Malone speaking for the Court of Appeal had no hesitation to say [at paragraph 5] "Claim 1 claims crystalline azithromycin dihydrate and is a product *per se* claim."

[61] For the purpose of these allegations, it is not necessary to consider where form 0 was made. I will

Cependant, je suis d'accord avec les experts d'Abbott pour dire que le problème est évident, comme sa solution, qui consiste à garder la forme 0 humide.

LA PMS-CLARITHROMYCINE CONTREFAIT-ELLE UNE REVENDICATION?

[59] Il n'est pas inutile de reproduire ici le texte de la revendication 1 d'Abbott : [TRADUCTION] « un antibiotique cristallin baptisé forme 0 solvatée de la 6-O-méthylérythromycine A [et ayant une certaine structure] ». Abbott avance les arguments suivants contre les avis d'allégation :

a. La revendication 1 est une revendication de produit et ne peut être réduite, comme le voudrait Pharmascience, à une revendication pour l'utilisation du produit visé comme antibiotique ou dans un complexe carbomère.

b. Le Règlement AC ne permet pas de conclure à l'absence de contrefaçon d'une revendication pour un médicament au motif que la drogue, la PMS-Clarithromycine en l'occurrence, contient ce médicament sous une autre forme cristalline.

Je souscris au premier de ces arguments, mais non au second.

[60] Je me range plutôt à l'avis des experts d'Abbott selon lequel la revendication 1 est une revendication pour le médicament en soi, c'est-à-dire ayant pour objet un cristal, quels qu'en soient le procédé de fabrication et l'utilisation. C'est là la conclusion à laquelle est arrivé le juge von Finckenstein dans la décision *Abbott*. Je suis également conforté dans ma conclusion par l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270. La question principale dans cette affaire était le caractère suffisant ou non de l'avis d'allégation. Pfizer détenait un brevet sur le dihydrate d'azithromycine cristallisé, et Novopharm voulait obtenir un avis de conformité pour le monohydrate d'azithromycine. Pourtant, le juge Malone, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, n'a pas hésité à déclarer [au paragraphe 5] : « La revendication 1 porte sur le dihydrate d'azithromycine cristallisé et il s'agit d'une revendication relative au produit en soi ».

[61] Pour l'examen des allégations qui nous occupent, il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'endroit où la

assume in the absence of evidence to the contrary that form 0 is made in Canada. I draw no distinction between Pharmascience and its supplier of form 0, Teva.

[62] Pharmascience does not make, construct, use or sell form 0 for its medicinal qualities. It uses it as a stepping stone to make form II, which it puts in its PMS Clarithromycin tablets. The issue before me is not whether Pharmascience has infringed patent '274; rather the question is whether its drug PMS Clarithromycin infringes any claim for the medicine. Dr. Atwood points out that a substance may take on millions of crystalline forms. Although that substance may in itself be a medicine, some of the crystalline forms may not, because they cannot dissolve in the body. They may be no more beneficial than a penny swallowed by a child. Form 0 did not need to have medicinal value, as long as it could be converted into form II which does.

[63] There is a clear distinction between a drug infringing a patent, and the drug's maker infringing the patent. It may be that Pharmascience and Teva are infringing patent '274, but that is not the question. An analogy may be drawn with *in rem* proceedings in an admiralty action or in forfeiture proceedings. For certain purposes, the *res*, or thing, takes on a juridical personality distinct from its owner. Just as a ship plagued with a maritime lien may be liable *in rem*, while her owner is not liable *in personam*, the manufacturers of a drug may have infringed a patent, while the drug itself does not. See *Tourki v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2006), 205 C.C.C. (3d) 449 (F.C.), at paragraphs 40-41.

[64] As mentioned previously, ratiopharm Inc. has developed another process by which form 0 is created at an intermediate stage in the production of form II. In *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*

forme 0 a été produite. Je supposerai, en l'absence de preuve du contraire, qu'elle est fabriquée au Canada. Je n'établis aucune distinction entre Pharmascience et son fournisseur de forme 0, Teva.

[62] Ce n'est pas pour ses propriétés thérapeutiques que Pharmascience fabrique, construit, utilise ou vend la forme 0. Elle s'en sert comme substance intermédiaire pour obtenir la forme II, qu'elle intègre dans ses comprimés de PMS-Clarithromycine. La question dont je suis saisi n'est pas de savoir si Pharmascience a contrefait le brevet '274, mais plutôt de savoir si sa drogue PMS-Clarithromycine contrefait une revendication pour le médicament. M. Atwood a rappelé qu'une substance peut revêtir des millions de formes cristallines. Dans le cas où cette substance est elle-même un médicament, il arrive que certaines de ses formes cristallines ne le soient pas, parce qu'elles ne peuvent se dissoudre dans le corps. En fait, ces formes peuvent se révéler aussi peu bénéfiques qu'une pièce de monnaie avalée par un enfant. Il n'était pas nécessaire que la forme 0 ait une valeur thérapeutique, pourvu qu'elle puisse être convertie dans la forme II, qui a une valeur thérapeutique.

[63] Il y a une nette distinction à faire entre la contrefaçon d'un brevet par une drogue et par le fabricant de la drogue. Il se peut que Pharmascience et Teva contrefassent le brevet '274, mais là n'est pas la question ici. On peut établir une analogie entre l'espèce et l'action réelle ou *in rem* en matière de droit maritime ou de confiscation. Pour certaines fins, la *res*, c'est-à-dire la chose, revêt une personnalité juridique distincte de son propriétaire. De même qu'on peut attribuer une responsabilité *in rem* à un navire faisant l'objet d'un privilège maritime tandis que son propriétaire n'est pas considéré comme responsable *in personam*, ainsi le fabricant d'une drogue peut avoir contrefait un brevet, alors que ce n'est pas le cas de la drogue elle-même. Voir les paragraphes 40 et 41 de *Tourki c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2006 CF 50.

[64] Comme nous le disions plus haut, ratiopharm Inc. a élaboré un autre procédé où la forme 0 sert de substance intermédiaire à la production de la forme II. À ce propos, le juge von Finckenstein faisait observer ce

(2005), 42 C.P.R. (4th) 121 (F.C.), Mr. Justice von Finckenstein had this to say at paragraph 53:

This Court must determine if it is infringement under the NOC Regulations and they demand that there be infringement of the claim for the medicine itself or infringement of the claim for the use of the medicine. Clearly that is not the case here. At best, there could be infringement by the product resulting from stage 5 of Ratiopharm's CLX. However, the result of stage 5 of the CLX is not Ratiopharm's final product, but an intermediate product. This intermediate is not made, constructed, used or sold as a medicine but is merely a way station on the road to the final product. Thus, it defies logic to say the production of this intermediate product (assuming for argument's sake that it is Form 0) infringes on the claims of the '274 Patent for the medicine itself and/or for the use of the medicine.

Abbott submits his decision can no longer stand in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, and the Supreme Court's decision in *Biolyse*.

[65] Judicial comity suggests that a judge of a lower court should exercise restraint when faced with a legal point previously decided by another member of that same court. It is not an application of the rule of *stare decisis*, but a recognition that decisions of the court should be consistent, so that there be some predictability. Mr. Justice Richard (as he then was) reviewed the authorities in the context of NOC proceedings in *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 65 (F.C.T.D.), at paragraph 40. So did Madam Justice Dawson more recently in *Alfred v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 49 Imm. L.R. (3d) 189 (F.C.). She referred [at paragraph 15] to *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (B.C.S.C.), where Mr. Justice Wilson said [at page 591]:

. . . I have no power to overrule a brother Judge, I can only differ from him, and the effect of my doing so is not to settle

qui suit au paragraphe 53 de la décision *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1093 :

La Cour doit décider s'il s'agit d'une contrefaçon au sens entendu dans le *Règlement sur les médicaments brevetés*; or, le Règlement précise qu'il doit y avoir contrefaçon de la revendication pour le médicament en soi ou de la revendication pour l'utilisation du médicament. De toute évidence, ce n'est pas le cas en l'espèce. Au mieux, il pourrait y avoir contrefaçon en raison du produit obtenu à l'étape 5 du procédé CLX de Ratiopharm. Toutefois, le résultat de l'étape 5 n'est pas le produit final du procédé de Ratiopharm mais plutôt un produit intermédiaire. Ce produit intermédiaire n'est pas fabriqué, construit, utilisé ou vendu en tant que médicament, il s'agit uniquement d'un produit transitoire avant l'obtention du produit final. En conséquence, il serait contraire à toute logique de prétendre que la fabrication de ce produit intermédiaire (s'il s'agit bien de la forme 0) contrefait les revendications du brevet 274 pour le médicament en soi et/ou pour l'utilisation du médicament en soi.

Abbott soutient que cette décision n'est plus valable, à la lumière des conclusions de la Cour d'appel fédérale consignées dans l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, et de celles qu'a formulées la Cour suprême dans *Biolyse*.

[65] La courtoisie judiciaire veut qu'un juge de juridiction inférieure fasse preuve de retenue à l'égard de la décision rendue sur une question de droit par un autre membre de la même juridiction. Il ne s'agit pas là d'une application de la règle *stare decisis*, mais plutôt de la reconnaissance du fait que les décisions de la Cour doivent concorder les unes avec les autres, de manière à assurer une certaine prévisibilité. Le juge Richard (tel était alors son titre) a examiné la jurisprudence applicable à cet égard au contexte des procédures relatives aux AC dans *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1430 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 40. La juge Dawson a fait de même plus récemment dans *Alfred c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1134. Elle y citait [au paragraphe 15] la décision *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B), où le juge Wilson faisait remarquer ce qui suit [à la page 591] :

[TRADUCTION] [. . .] Je n'ai pas le pouvoir d'infirmer la décision d'un collègue, je ne puis qu'exprimer mon désaccord

but rather to unsettle the law, because, following such a difference of opinion, the unhappy litigant is confronted with conflicting opinions emanating from the same Court and therefore of the same legal weight.

[66] Mr. Justice Richard was of the view that previous decisions should be followed unless the judge considered them to be clearly wrong. Madam Justice Dawson said she would only go against the decision of another judge if: (a) subsequent decisions have affected the validity of the impugned judgment; (b) it has been demonstrated that some binding authority in case law and relevant statute was not considered; or (c) the judgment itself was unconsidered, i.e. given where the exigencies required an immediate decision.

[67] The Federal Court of Appeal will not overrule itself even if it considers the first case was wrongly decided. The first case must be manifestly wrong in that the Court overlooked a relevant statutory provision or a case that ought to have been followed. See *Kremikovtzi Trade v. Phoenix Bulk Carriers Ltd.* (2006), 345 N.R. 61 (F.C.A.). Mr. Justice Nadon stated at paragraph 35:

Before concluding, however, I wish to add that were I not bound by *Paramount, supra*, I would have been inclined to decide the issue in favour of Phoenix. Since I suspect that the issue before us is of some importance to the maritime community and, hence, that leave to appeal to the Supreme Court of Canada might be sought, it will be useful for me to elaborate as to why I believe *Paramount, supra*, was wrongly decided.

[68] I find myself in complete agreement with Mr. Justice von Finckenstein that the production of an intermediate product not found in the final product does not infringe claims of the '274 patent for the medicine itself. I choose to follow him because I think he is right. Judicial comity has nothing to do with it. However, I must now consider whether his decision is a spent force in light of the two decisions cited by Abbott.

avec lui; et un tel désaccord n'a pas pour effet de fixer le droit, mais plutôt de le rendre encore plus incertain, puisque le malheureux plaideur se trouve ainsi devant des opinions divergentes émanant de la même Cour et ayant donc le même poids juridique.

[66] Le juge Richard a formulé l'opinion qu'un juge doit suivre les décisions antérieures à moins qu'il ne les estime manifestement erronées. Quant à la juge Dawson, elle a expliqué qu'elle ne refuserait de s'aligner sur la décision d'un autre juge que dans l'un ou l'autre des cas suivants : a) des décisions ultérieures ont mis en cause la validité du jugement en question; b) il a été démontré que le juge en cause n'a pas pris en considération un élément contraignant de la jurisprudence ou de la législation applicable; c) le jugement était lui-même inconsideré, c'est-à-dire qu'il a été rendu dans une situation exigeant une décision immédiate.

[67] La Cour d'appel fédérale ne contredira pas une de ses décisions antérieures même si elle l'estime erronée. Il faut que la décision antérieure soit manifestement erronée au sens où la Cour n'a pas tenu compte d'une disposition légale applicable ou d'un précédent auquel elle aurait dû se conformer. Voir à ce sujet le paragraphe 35 de *Kremikovtzi Trade c. Phoenix Bulk Carriers Ltd.*, 2006 CAF 1, où le juge Nadon s'exprime dans les termes suivants :

Avant de conclure toutefois, je voudrais ajouter que, si je n'étais pas lié par l'arrêt *Paramount*, j'aurais incliné à statuer en faveur de Phoenix. Je soupçonne que la question dont nous sommes saisis présente quelque importance pour les milieux maritimes, et donc qu'un pourvoi pourrait bien être déposé devant la Cour suprême du Canada, et c'est la raison pour laquelle je crois utile d'expliquer pourquoi, selon moi, l'arrêt *Paramount* fut une décision erronée.

[68] Je fais entièrement mien l'avis du juge von Finckenstein portant que la production d'une substance intermédiaire qui ne se retrouve pas dans le produit final ne contrefait pas les revendications pour le médicament en soi du brevet '274. Je choisis de me conformer à sa conclusion, non pas par courtoisie judiciaire, mais parce que je pense qu'il a raison. Je dois cependant me demander maintenant si sa décision a épuisé son effet étant donné les deux arrêts cités par Abbott.

[69] Abbott submits that there is an inference in *Pfizer* that had there been evidence that its product was produced at an intermediate stage of the manufacturing process, then there would have been an infringement. I do not read the decision that way. I read it as stating the obvious: that it would be impossible for Pfizer to make out a case unless some of its patented product was in the intermediate. In other words, the presence of the product in the intermediate is a condition precedent to an argument that a claim for medicine would be infringed by the drug in its final form. The reasons give no hint as to what the decision would have been had there been proof that dihydrate was produced as an intermediate.

[70] Nor do I think *Biolysse* assists Abbott. If one were to read more into the case than that what is said, one might argue that claims for crystal forms of a medicine are not claims for medicine at all. Mr. Justice Binnie said, at paragraph 22: “[g]enerally speaking, the ‘second person’ intends to manufacture and distribute a ‘copy-cat’ version of the active medicinal ingredient” (my underlining). If the active medicinal ingredient is clarithromycin, then Abbott has no grounds for complaint. If the active medicinal ingredient is form 0, it has no reason to complain either.

CONCLUSION

[71] Abbott has not established on the balance of probabilities that Pharmascience’s allegation that PMS Clarithromycin would not infringe any claim in patent 2277274 for the medicine itself or its use is not justified. Therefore, no prohibition order shall issue against the Minister. The applications shall be dismissed.

COSTS

[72] The two prime facts on which this decision turns were alleged by Pharmascience in its notices of allegations. They were that form 0 was created at an intermediate step in the manufacturing process of form II, and that the final product in PMS Clarithromycin was

[69] Abbott fait valoir qu’il y a dans *Pfizer* une inférence selon laquelle, s’il avait été prouvé que son produit était fabriqué à une étape intermédiaire du procédé de fabrication, la contrefaçon aurait été établie. Je n’interprète pas cette décision ainsi. Selon moi, elle ne fait que formuler une évidence, à savoir qu’il serait impossible pour Pfizer d’établir le bien-fondé de sa position à moins qu’une partie de son produit breveté ne se trouve dans la substance intermédiaire. Autrement dit, la présence du produit dans la substance intermédiaire est une condition préalable à la thèse qu’une revendication pour un médicament serait contrefaite par la drogue sous sa forme finale. L’exposé des motifs reste muet sur le point de savoir ce qu’aurait été la décision s’il avait été prouvé que le dihydrate était produit en tant que substance intermédiaire.

[70] Je ne pense pas non plus que l’arrêt *Biolysse* aide Abbott. Si l’on voulait extrapoler à partir de ce texte, on pourrait soutenir que les revendications portant sur les formes cristallines d’un médicament ne sont absolument pas des revendications pour un médicament. Le juge Binnie écrivait au paragraphe 22 de cet arrêt : « De façon générale, la “deuxième personne” entend fabriquer et distribuer une “copie” du médicament actif » (non souligné dans l’original). Si le médicament actif est la clarithromycine, Abbott n’a aucun motif de se plaindre. Si le médicament actif est la forme 0, elle n’a aucun sujet de plainte non plus.

CONCLUSION

[71] Abbott n’a pas établi suivant la prépondérance de la preuve le caractère infondé de l’allégation de Pharmascience selon laquelle la PMS-Clarithromycine ne contreferait aucune revendication pour le médicament en soi ou pour son utilisation du brevet 2277274. Par conséquent, aucune ordonnance d’interdiction ne sera prononcée contre le ministre. Les demandes seront rejetées.

DÉPENS

[72] Les deux faits principaux dont dépend la présente décision ont été invoqués par Pharmascience dans ses avis d’allégation. Ces faits sont les suivants : la forme 0 est produite comme substance intermédiaire dans le procédé de fabrication de la forme II; et le produit final

form II. No form 0 was present.

[73] Most of the Court hearing dealt with whether form 0 was a medicine, a point which should not have been before me because Pharmascience already argued it before Mr. Justice O'Keefe. I see no reason why invalidity should have been raised in an earlier NOC, and non-infringement subsequently.

[74] Taking into account my discretion under rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], I am awarding 50% of the costs which would otherwise be taxed as counsel fees and reasonable disbursements, including fees and disbursements of experts. Counsel fees shall be calculated on Column III [Tariff B (as am. by SOR/2004-283, ss. 30, 31, 32)], mid-range. There shall only be one set of costs covering both applications. As the Minister did not participate, there shall be no costs for or against him.

dans la PMS-Clarithromycine est la forme II, la forme 0 en étant absente.

[73] La plus grande partie de l'audience a porté sur la question de savoir si la forme 0 est un médicament, question qui n'aurait pas dû être soulevée devant moi puisque Pharmascience l'avait déjà traitée devant le juge O'Keefe. Je ne vois pas pourquoi l'argument de l'invalidité aurait dû être avancé dans un AC antérieur, et l'absence de contrefaçon par la suite.

[74] Vu le pouvoir discrétionnaire que me confère à cet égard de la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], j'adjuge 50 pour cent des dépens qui seraient autrement taxés au titre des honoraires d'avocat et des débours raisonnables, y compris les indemnités et débours relatifs aux témoins experts. Les honoraires d'avocat seront calculés selon le montant moyen de la colonne III [tarif B (mod. par DORS/2004-283, art. 30, 31, 32)]. Les deux demandes feront l'objet d'un seul mémoire de dépens. Comme le ministre n'a pas participé aux débats, il n'est pas adjugé de dépens en sa faveur ou contre lui.

A-628-04
2006 FCA 61

A-628-04
2006 CAF 61

Gérard Thériault (*Appellant*)

v.

The Appropriate Officer of C Division of the Royal Canadian Mounted Police and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: THÉRIAULT v. ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.—Montréal, January 9; Ottawa, February 10, 2006.

RCMP — Appeal from Federal Court decision Royal Canadian Mounted Police Act, s. 43(8) limitation on initiation of disciplinary hearing not applicable as internal RCMP investigations incomplete, all facts not known — Confusing limitation, exercise of right of prosecution — Purposes, objective of limitation period examined — Extent of knowledge required by s. 43(8) — Objective assessment of knowledge of person empowered to initiate prosecution — S. 43(8) referring to institutional knowledge, not personalized knowledge — Appeal allowed.

Construction of Statutes — Royal Canadian Mounted Police Act, s. 43(8) prohibiting initiation of hearing by appropriate officer in respect of alleged contravention of Code of Conduct by member after expiration of one year from time contravention, identity of member known to appropriate officer — Meaning of “known to the appropriate officer”, application to facts — Interpretation must take into account intended purpose, context of provision — Twofold purpose of s. 43(8) — Linking knowledge to position, not incumbent, reconciling objectives — Must not insert conditions — Knowledge of contravention, identity of perpetrator required to start limitation period.

This was an appeal from the Federal Court’s dismissal of an application for judicial review of the RCMP Commissioner’s dismissal of an appeal from an Adjudication Board’s order dismissing the appellant if he did not resign

Gérard Thériault (*appelant*)

c.

L’officier compétent de la division C de la gendarmerie royale du Canada et le procureur général du Canada (*intimés*)

RÉPERTORIÉ : THÉRIAULT c. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (C.A.F.)

Cour d’appel fédérale, juges Létourneau, Nadon et Pelletier J.C.A.—Montréal, 9 janvier; Ottawa, 10 février 2006.

GRC — Appel de la décision de la Cour fédérale que la prescription prévue à l’art. 43(8) de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada quant à la convocation d’une audience disciplinaire ne s’applique pas parce que les enquêtes internes de la GRC n’étaient pas complétées et que tous les faits n’étaient pas connus — Le juge a confondu la prescription et l’exercice du droit de poursuite — Examen du but et des objectifs de la prescription — Examen du degré de connaissance qui est exigé par l’art. 43(8) — Appréciation objective de la connaissance d’une personne habilitée à intenter une poursuite — La connaissance dont fait état l’art. 43(8) est une connaissance institutionnelle et non personnalisée — Appel accueilli.

Interprétation des lois — L’art. 43(8) de la Loi sur la Gendarmerie royale du Canada stipule que l’officier compétent ne peut convoquer une audience relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d’une année après que la contravention et l’identité de ce membre ont été portées à sa connaissance — Signification des termes « connaissance de l’officier compétent », application aux faits de la cause — L’interprétation doit tenir compte de l’objectif recherché et du contexte dans lequel s’inscrit la disposition — La prescription de l’art. 43(8) sert un double objectif — Une interprétation qui fait en sorte que la connaissance se rattache au poste ou à la fonction d’officier compétent plutôt qu’au titulaire permet de concilier ces deux objectifs — Il ne faut pas insérer des conditions — La connaissance de la contravention et de l’identité de son auteur sont exigées pour que le délai de prescription commence.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre du rejet par la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire du rejet par le commissaire de la GRC d’un appel interjeté à l’encontre de la décision du Comité d’arbitrage d’ordonner le

within 14 days. The appellant had been a member of the RCMP since 1981. On March 18, 1999 it came to the attention of Chief Supt. Sugrue that the appellant was the manager of a bar/restaurant controlled and frequented by criminal bikers. Chief Supt. Sugrue was appointed acting Commanding Officer of "C" Division, replacing the commanding officer, Assistant Commissioner Lange, on an intermittent basis from May to October 1999. Assistant Commissioner Lange, the "appropriate officer" pursuant to section 43, decided to initiate a disciplinary hearing on October 23, 2000. He had been verbally informed of the allegations against the appellant on November 8, 1999.

The *Royal Canadian Mounted Police Act*, subsection 43(8) prohibits the initiation of a hearing by an appropriate officer in respect of an alleged contravention of the Code of Conduct by a member after the expiration of one year from the time the contravention and the identity of that member become known to the appropriate officer. From the outset, the appellant objected to the disciplinary proceeding based on the limitation period.

The issues were the correct definition of "known to the appropriate officer" in subsection 43(8) and the application of the knowledge definition to the facts.

Held, the appeal should be allowed.

The standard of review of the definition was correctness and of the application to the facts was reasonableness.

The standards of conduct imposed on professionals or police officers vested with special powers to ensure that the law is observed are enacted both to protect the public and to promote the public's confidence in professional and public bodies. In police forces, their purpose is also to maintain discipline and integrity, both essential to ensure the respect and cooperation by the public, which are necessary to achieving the objectives of law enforcement. The purpose of introducing a limitation provision into a disciplinary system is to provide some fairness in the treatment of offenders and to enable them to put forward a full and complete defence which may be compromised by the lapse of time or undue delay in taking action. In this case, Parliament provided that the limitation period will only run from the day the appropriate officer has knowledge of the two essential components for prosecution of an offence, namely its existence and the identity of its perpetrator. By enacting the limitation period in subsection 43(8), Parliament sought to determine a starting point reconciling the need to protect the public and the credibility of the institution with that of providing fair

congéiement de l'appelant s'il ne démissionnait pas dans les 14 jours. L'appelant était membre de la GRC depuis 1981. Le 18 mars 1999, le surintendant principal Sugrue fut informé que l'appelant était gérant d'un bar/restaurant contrôlé et fréquenté par des motards criminalisés. À titre intermittent, de mai à octobre 1999, le surintendant Sugrue a été nommé de façon intérimaire commandant de la division « C » en remplacement du commandant en titre, le commissaire-adjoint Lange. Le commandant en titre, M. Lange, est la personne qui, en tant qu'officier compétent au terme de l'article 43 de la Loi, a décidé de convoquer une audience disciplinaire contre l'appelant le 23 octobre 2000. Il a indiqué qu'il avait été mis au courant verbalement des allégations contre l'appelant le 8 novembre 1999.

Le paragraphe 43(8) de la *Loi sur la Gendarmerie Royale du Canada* prévoit que l'officier compétent ne peut convoquer une audience relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d'une année après que la contravention et l'identité de ce membre ont été portées à sa connaissance. L'appelant s'est objecté dès le départ à la poursuite disciplinaire intentée contre lui en invoquant la prescription.

Dans le cas présent, la question en litige revenait à définir ce que signifient les termes « connaissance de l'officier compétent » que l'on retrouve au paragraphe 43(8) de la Loi et à appliquer cette définition aux faits de l'espèce.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La norme de la décision correcte s'appliquait à la définition de ces termes par l'autorité administrative, et celle de la raisonnable à son application aux faits de la cause.

Les normes déontologiques, imposées à des professionnels ou à des policiers investis de pouvoirs spéciaux pour faire respecter les lois, sont édictées à la fois pour assurer la protection du public et promouvoir la confiance de ce dernier dans les organismes professionnels ou publics. Elles visent également, dans les corps policiers, à y maintenir la discipline et l'intégrité, deux éléments essentiels pour s'assurer du respect et de la collaboration du public qui sont indispensables à la poursuite des objectifs de mise en œuvre des lois. L'introduction d'un mécanisme de prescription dans un système de poursuite disciplinaire a pour but d'y apporter une certaine équité dans le traitement des contrevenants et de leur permettre de présenter une défense pleine et entière que peuvent compromettre l'écoulement du temps ou les retards indus à procéder. Dans le cas qui nous occupe, le législateur a prévu que la prescription ne courait que du jour où l'officier compétent avait connaissance des deux éléments essentiels à la poursuite d'une contravention, soit son existence et l'identité de son auteur. En édictant le délai de prescription du paragraphe 43(8), le législateur visait à en déterminer un point

treatment for its members and persons involved in it.

On the question of the knowledge and degree of knowledge required by subsection 43(8) for a limitation period to begin to run, the appropriate officer acquires knowledge of a contravention and the identity of its perpetrator when he or she has sufficient credible and persuasive information about the components of the alleged contravention and the identity of its perpetrator to reasonably believe that the contravention was committed and that the person to whom it is attributed was its perpetrator. From that point, within the limitation period, an inquiry to check and confirm the credible and persuasive information received and now known regarding the contravention and its perpetrator can be carried out, if it is deemed necessary. Accordingly, for there to be knowledge of these facts for the purposes of a limitation period, there need not be evidence beyond all reasonable doubt or for its existence to have been confirmed by proof or verification.

The standard of assessment of the knowledge of a person empowered to initiate a prosecution is, for the purposes of a limitation period in which the starting point is the knowledge the person has of the contravention, an objective standard. It is not up to the person with such powers (the appropriate officer) to determine the time when he acquires the knowledge which is sufficient to cause the limitation to run. That determination is for the tribunal before which it is alleged that the proceedings are subject to limitation (the Adjudication Board). The objective standard of assessment refers to a test of "reasonableness" to describe the belief which the appropriate officer must have that a contravention has been committed and that the person to whom it is attributed is the perpetrator. Faced with the same information which the appropriate officer had, a reasonable person could only come to the same conclusion.

The Adjudication Board concluded that Supt. Sugrue had knowledge of the alleged contravention and the identity of its perpetrator, as the officer in charge of criminal investigations (OCCI), but held that when he was acting as appropriate officer he did not have the knowledge in that capacity. The External Review Committee (upon whose recommendation the Commissioner based his decision) properly rejected this interpretation, stating that the knowledge of a contravention of the Code of Conduct follows a member when he takes command of the Division, even if only on an interim basis. However it erred in concluding that it would probably have ill behaved Supt. Sugrue to bring disciplinary proceedings against the appellant. It may have been desirable for purposes of internal management that the proceedings be initiated by

de départ qui concilie la nécessité de protéger le public et la crédibilité de l'institution et celle d'octroyer un traitement équitable aux membres qui la composent et s'y dévouent.

Sur la question de la connaissance et du degré de connaissance requis par le paragraphe 43(8) de la Loi pour actionner le mécanisme de la prescription, l'officier compétent acquiert la connaissance d'une contravention et de l'identité de son auteur lorsqu'il possède suffisamment d'informations crédibles et convaincantes quant aux éléments constitutifs de la contravention alléguée et quant à l'identité de son auteur pour raisonnablement croire que cette contravention a été commise et que la personne à qui on l'impute en est l'auteur. De là, à l'intérieur du délai de prescription, une enquête de vérification et de confirmation des informations crédibles et convaincantes reçues et maintenant connues quant à la contravention et à son auteur peut se faire, si le besoin s'en fait sentir. Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'il y ait une connaissance de ces faits aux fins de la prescription, qu'une preuve hors de tout doute raisonnable de ceux-ci ait été colligée ou que leur existence ait été confirmée par une enquête de vérification ou de certification.

La norme d'appréciation de la connaissance d'une personne habilitée à intenter une poursuite est, pour les fins d'une prescription dont le point de départ est la connaissance qu'elle a de la contravention, une norme objective. Il n'appartient pas à la personne ainsi habilitée, en l'occurrence l'officier compétent, de déterminer le moment où il acquiert une connaissance suffisante pour déclencher la prescription. Cette détermination appartient au tribunal devant qui il est allégué que les poursuites sont prescrites (le Comité d'arbitrage). La norme objective d'appréciation retenue par les tribunaux réfère à un critère de « raisonabilité » pour qualifier la croyance que l'officier compétent doit avoir qu'une contravention a été commise et que la personne à qui on l'impute en est l'auteur. Confrontée à la même information dont dispose l'officier compétent, une personne raisonnable ne pourrait qu'en arriver à la même conclusion.

Le Comité d'arbitrage a conclu que le surintendant Sugrue à titre d'officier responsable des enquêtes criminelles (OREC) connaissait la contravention reprochée et l'identité de son auteur, mais que lorsqu'il agissait comme officier compétent, il n'avait pas cette connaissance en cette capacité. C'est à bon droit que le Comité externe a rejeté cette interprétation en affirmant que si un membre a connaissance d'une allégation à l'effet qu'un autre membre a contrevenu au *Code de déontologie*, cette connaissance le suit lorsqu'il assume le commandement de la division, même s'il n'assume ses fonctions que de façon intérimaire. Le Comité externe a toutefois commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il aurait probablement été mal venu de la part du surintendant Sugrue d'intenter des procédures disciplinaires contre l'appellant.

the incumbent appropriate officer, but the protection of the public interest and the integrity of the institution required that the officers speak to each other and coordinate their efforts, since the running of the limitation was initiated by the knowledge the acting appropriate officer Sugrue had of the contravention and its perpetrator. The knowledge referred to in subsection 43(8) is knowledge which relates to the position or function, not to its incumbent. It is institutional, not personalized or *ad personam*, knowledge. The objectives sought by Parliament in enacting the limitation rule in subsection 43(8) cannot be avoided by allowing one appropriate officer to disregard or divest himself of knowledge which he has and another, who ultimately initiates the proceedings, to rely on belated knowledge or a lack of knowledge, when objectively the conditions of subsection 43(8) were met: an appropriate officer performing the full powers of the position was familiar with the components of the contravention and the identity of its perpetrator. Both the Adjudication Board and the External Committee concluded that Supt. Sugrue had the knowledge required by subsection 43(8) before he assumed the position of appropriate officer in May 1999. The filing of disciplinary complaints in October 2000 was beyond the limitation period and a hearing before an Adjudication Board could not be initiated.

In holding that the knowledge referred to in subsection 43(8) could not exist so long as the internal RCMP investigations had not been completed and all the facts were not known in order to exercise the right of prosecution, the Federal Court Judge confused limitation and exercise of the right of prosecution. It is not necessary to have available all the evidence or information required to carry out a prosecution to start the limitation period running. The Judge's position effectively extended the limitation period beyond what is contemplated by subsection 43(8).

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, s. 987(1) (as enacted by S.C. 2001, c. 9, s. 183).
Farm Improvement and Marketing Cooperatives Loans Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 25, s. 17(4).
Fertilizers Act, R.S.C., 1985, c. F-10, s. 10.1(1) (as enacted by S.C. 1997, c. 6, s. 50).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 23(5).
Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32, s. 38(4) (as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 583).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c.

Peut-être était-il souhaitable pour les fins de gestion interne que les poursuites soient intentées par l'officier compétent en titre, mais la protection de l'intérêt public et de l'intégrité de l'institution n'exigeait pas moins qu'ils se parlent et qu'ils coordonnent leurs efforts puisque le mécanisme de la prescription fut actionné par la connaissance que l'officier compétent intérimaire Sugrue avait de la contravention et de son auteur. La connaissance dont fait état le paragraphe 43(8) est une connaissance qui se rattache au poste ou à la fonction et non à son titulaire. Il s'agit d'une connaissance institutionnelle et non personnalisée ou *ad personam*. Les objectifs recherchés par le législateur en édictant la norme de prescription du paragraphe 43(8) ne sauraient être contournés en permettant qu'un officier compétent fasse abstraction ou se départisse de la connaissance qu'il a et qu'un autre, qui finalement intente les poursuites, puisse invoquer une connaissance tardive ou une absence de connaissance alors qu'objectivement les conditions du paragraphe 43(8) étaient satisfaites : un officier compétent assumant les pleins pouvoirs de la fonction connaissait les éléments constitutifs de la contravention et l'identité de son auteur. Tant le Comité d'arbitrage que le Comité externe ont conclu que le surintendant Sugrue avait la connaissance requise par le paragraphe 43(8) de la Loi avant qu'il n'assume les fonctions d'officier compétent en mai 1999. Le dépôt des plaintes disciplinaires le 23 octobre 2000 se situait en dehors du délai de prescription et on ne pouvait pas convoquer une audience du Comité d'arbitrage.

En concluant que la connaissance dont il est fait mention au paragraphe 43(8) de la Loi ne pouvait exister tant que les enquêtes internes de la GRC n'étaient pas complétées et que tous les faits n'étaient pas connus pour pouvoir exercer le droit de poursuite, le juge de la Cour fédérale a confondu la prescription et l'exercice du droit de poursuite. Pour démarrer la prescription, il n'est pas nécessaire d'avoir en main toute la preuve ou l'information qui est requise pour exercer le droit de poursuite. La position prise par le juge a eu pour effet de proroger le délai de prescription au-delà de ce qui est envisagé par le paragraphe 43(8).

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

- Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32, art. 38(4) (mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 583).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 23(5).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 43 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16), partie IV (mod., *idem*).
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 987(1) (édicte par L.C. 2001, ch. 9, art. 183).
Loi sur les engrais, L.R.C. (1985), ch. F-10, art. 10.1

R-10, s. 43 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 8, s. 16), Part IV (as am. *idem*).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5.

(édicte par L.C. 1997, ch. 6, art. 50).

Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 25, art. 17(4).

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Fingold (1999), 45 B.L.R. (2d) 261; 89 O.T.C. 249 (Ont. Gen. Div.); *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.*, [1989] O.J. No. 1007 (H.C.J.) (QL); *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia* (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 237; 143 B.C.A.C. 132; 2000 BCCA 400.

CONSIDERED:

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.

REFERRED TO:

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; *Bécharde v. Roy*, [1975] C.A. 509 (Qc); *R. v. Sentes* (2003), 175 Man. R. (2d) 84 (Prov. Ct.).

AUTHORS CITED

Brown, J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998.

Cournoyer, Guy et Patrick de Niverville. *La procédure disciplinaire du Barreau du Québec*, Collection de Droit: Éthique, déontologie et pratique professionnelle, Vol. 1 Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 2005-2006.

Goulet, Mario. *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1993.

Petit Larousse illustré. Paris: Larousse, 1997.

Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 1992.

Poirier, Sylvie. *La discipline professionnelle au Québec: principes législatifs, jurisprudentiels et aspects pratiques*. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais, 1998.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. v. Fingold (1999), 45 B.L.R. (2d) 261; 89 O.T.C. 249 (Div. gén. Ont.); *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.*, [1989] O.J. n° 1007 (H.C.J.) (QL); *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia* (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 237; 143 B.C.A.C. 132; 2000 BCCA 400.

DÉCISION EXAMINÉE :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44.

DÉCISIONS CITÉES :

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 509 (Qc); *R. v. Sentes* (2003), 175 Man. R. (2d) 84 (C. P.).

DOCTRINE CITÉE

Brown, J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto : Canvasback, 1998.

Cournoyer, Guy et Patrick de Niverville. *La procédure disciplinaire du Barreau du Québec*, Collection de Droit : Éthique, déontologie et pratique professionnelle, Vol. 1 Cowansville : Éditions Yvon Blais Inc., 2005-2006.

Goulet, Mario. *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1993.

Petit Larousse illustré. Paris : Larousse, 1997.

Petit Robert 1 : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 1992.

Poirier, Sylvie. *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs, jurisprudentiels et aspects pratiques*. Cowansville (Qué.) : Éditions Yvon Blais, 1998.

APPEAL from the Federal Court's dismissal of an application for judicial review of the RCMP Commissioner's dismissal of an appeal of an Adjudication Board's order dismissing the appellant RCMP member if he did not resign within 14 days (*Thériault v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2004), 36 Admin. L.R. (4th) 66; 258 F.T.R. 271; 2004 FC 1506). Appeal allowed.

APPEARANCES:

James R. K. Duggan for appellant.
Raymond Piché and *Paul Deschênes* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

James R. K. Duggan, Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: Were the disciplinary proceedings brought against the appellant as a member of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) subject to a limitation period pursuant to subsection 43(8) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16] of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 (the Act)? That subsection states: "No hearing may be initiated by an appropriate officer under this section in respect of an alleged contravention of the Code of Conduct by a member after the expiration of one year from the time the contravention and the identity of that member became known to the appropriate officer" [underlining added]. It should be noted that the knowledge in question here is that of the appropriate officer, not of persons responsible for investigating and reporting on allegations of misconduct. In other words, knowledge by third parties, even if they are subordinates of the appropriate officer, will not cause the limitation period to begin to run.

[2] The Court was told that the issue is important because it is the first time that it had come before this appellate level and the position taken by the Federal Court departs from the practice which had previously

APPEL interjeté à l'encontre du rejet par la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire du rejet par le commissaire de la GRC d'un appel interjeté à l'encontre de la décision du Comité d'arbitrage d'ordonner le congédiement de l'appelant s'il ne démissionnait pas dans les 14 jours (*Thériault c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, 2004 CF 1506). Appel accueilli.

ONT COMPARU :

James R. K. Duggan pour l'appelant.
Raymond Piché et *Paul Deschênes* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

James R. K. Duggan, Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Les procédures disciplinaires intentées contre l'appelant en tant que membre de la Gendarmerie Royale du Canada (GRC) étaient-elles prescrites en vertu du paragraphe 43(8) [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16] de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 (Loi)? Ce paragraphe stipule : « [I] officier compétent ne peut convoquer une audience en vertu du présent article relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d'une année après que la contravention et l'identité de ce membre ont été portées à sa connaissance » [soulignement ajouté]. Il convient de noter que la connaissance dont il est ici question est celle de l'officier compétent et non celle des personnes qui sont chargées de faire enquête et rapport sur les allégations de manquements à la déontologie. En d'autres termes, la connaissance par des tiers, même si ce sont des subalternes de l'officier compétent, ne permet pas de faire démarrer la période de prescription.

[2] La question est importante, nous dit-on, parce que c'est la première fois qu'elle est portée devant notre juridiction d'appel et que la position prise par la Cour fédérale déroge à la pratique qui avait cours

been followed by adjudication boards on the extent and nature of the knowledge required in order to meet the conditions of subsection 43(8). I will return to this point. Before that, a brief review of the background to the proceedings is necessary.

BRIEF REVIEW OF BACKGROUND TO PROCEEDINGS

[3] From the outset, the appellant objected to the disciplinary proceeding brought against him on two allegations of conduct offences, namely of having acted as a manager in a bar/restaurant frequented by motorcycle gangs and having sought to facilitate a drug transaction there. His objection based on the limitation period was not accepted by the Adjudication Board, which ordered him to be dismissed if he did not resign within 14 days. His appeal to the RCMP Commissioner (the Commissioner) was dismissed by the latter on the recommendation of the RCMP External Review Committee (External Committee). At that point the appellant unsuccessfully filed an application for judicial review in the Federal Court [(2004), 36 Admin. L.R. (4th) 66] against the Commissioner's decision. It is the dismissal of that application for judicial review which is now being appealed.

FACTUAL BACKGROUND

[4] At the time the misconduct allegations were made, the appellant had been a member of the RCMP since 1981.

[5] On March 18, 1999, when he was subject to a suspension in another matter which is unrelated to the case at bar, Cpl. Verdon of the RCMP was informed by a member of the anti-gang division of the Service de police de la Communauté Urbaine de Montréal [Montréal Urban Community Police Force] (SPCUM) that the appellant was the manager of a bar/restaurant controlled and frequented by criminal bikers. According to this information, the appellant even shut the door in the face of investigators from the morality squad of the SPCUM while they were going about their duties (appeal book, Vol. 1, page 57).

[6] Cpl. Verdon informed Supt. Fournier, the responsible officer in the divisional intelligence services

précédemment au sein des comités d'arbitrage quant au degré et aux éléments de connaissance requis pour satisfaire aux conditions du paragraphe 43(8). Je reviendrai sur cette question. Auparavant, un bref rappel de l'historique des procédures s'impose.

BREF RAPPEL HISTORIQUE DES PROCÉDURES

[3] L'appelant s'est objecté dès le départ à la poursuite disciplinaire intentée contre lui sous deux allégations de contravention à la déontologie, soit d'avoir agi comme gérant dans un bar/restaurant fréquenté par des motards criminalisés et d'avoir tenté à cet endroit de faciliter une transaction de stupéfiants. Son objection fondée sur la prescription n'a pas été retenue par le Comité d'arbitrage qui a ordonné son congédiement s'il ne démissionnait pas dans un délai de 14 jours. Son appel au commissaire de la GRC (commissaire) fut rejeté par ce dernier sur recommandation du Comité externe d'examen de la GRC (Comité externe). De là, l'appelant a intenté, mais sans succès, une demande de contrôle judiciaire en Cour fédérale [2004 CF 1506] à l'encontre de la décision du commissaire. C'est du rejet de cette demande de contrôle judiciaire dont il y a maintenant appel.

LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[4] L'appelant était membre de la GRC depuis 1981 au moment où lui furent reprochés les manquements à la déontologie.

[5] Le 18 mars 1999, alors qu'il était sous le coup d'une suspension pour une autre affaire qui n'est pas reliée à la présente, le caporal Verdon de la GRC fut informé par un membre de la section anti-gang du Service de police de la Communauté urbaine de Montréal (SPCUM) que l'appelant était gérant d'un bar/restaurant contrôlé et fréquenté par des motards criminalisés. Suivant cette information, l'appelant aurait même fermé la porte au nez aux enquêteurs de la section moralité du SPCUM alors qu'ils étaient dans l'exercice de leurs fonctions (dossier d'appel, vol. 1, page 57).

[6] Le caporal Verdon informe le surintendant Fournier, officier responsable du Service divisionnaire

for the RCMP "C" Division of the information obtained from the SPCUM. On the same day he received that information, Supt. Fournier passed it on to the officer in charge of criminal investigations (the OCCI), here Chief Supt. Sugrue (appeal book, Vol. 1, page 85). Without delay, the latter met with Staff Sgt. Wafer of the RCMP Special Investigations Division in Montréal, Supt. Dion (a deputy OCCI) and Supt. Fournier. The meeting between these individuals led to a decision to transfer the investigation of the information received to the RCMP Special Investigations Division, which reported to the OCCI. Staff Sgt. Wafer was made responsible for coordinating the investigation with the SPCUM (appeal book, page 116).

[7] At this stage, the RCMP's information was sketchy and uncertain. Its substance had to be verified and further investigated. Thus, on March 19, 1999 Staff Sgt. Wafer contacted Lt. Plante of the SPCUM. He learned two things from Lt. Plante: documentation regarding the appellant would be available in the following week and a double agent operation targeting the bar/restaurant in question and the drug trafficking would soon be under way.

[8] A meeting was held between Lt. Plante of the SPCUM and Staff Sgts. Wafer and Martel on April 23, 1999. Staff Sgts. Wafer and Martel were informed of the progress with the undercover operation. They learned that the appellant had tried to obtain cocaine for the double agent. They heard that a detailed report on the offences committed by the appellant would be submitted to them shortly (appeal book, pages 61-62).

[9] On May 10, 1999, Sgt. Hardy joined the Special Investigations Division and was given responsibility for the investigation of the appellant. At that point he reported to Staff Sgt. Martel, who had just replaced Staff Sgt. Wafer. For the purposes of this case, Mr. Martel was under the direct authority of Supt. Sugrue (appeal book, page 120).

[10] On June 23, 1999, Sgt. Hardy received from Lt. Plante of the SPCUM the notes taken by the double agent when he met the appellant. On July 27, 1999, Staff

de renseignements pour la division « C » de la GRC, des renseignements obtenus du SPCUM. Le jour même où il reçoit cette information, le surintendant Fournier en transmet la teneur à l'officier responsable des enquêtes criminelles (l'OREC), en l'occurrence le surintendant principal Sugrue (dossier d'appel, vol. 1, page 85). Sans attendre, ce dernier se réunit avec le sergent d'état-major Wafer du Bureau des enquêtes spéciales de la GRC à Montréal, le surintendant Dion (un adjoint de l'OREC) et le surintendant Fournier. La réunion de ces intervenants débouche sur une décision de confier à la section des Enquêtes spéciales de la GRC, qui relève de l'OREC, le mandat d'enquêter sur l'information reçue. Le sergent d'état-major Wafer est chargé de coordonner l'enquête avec le SPCUM (dossier d'appel, page 116).

[7] À ce stade, l'information détenue par la GRC était embryonnaire et ténue. Il fallait en vérifier la teneur et l'approfondir. Aussi, le sergent d'état-major Wafer communique-t-il, le 19 mars 1999, avec le lieutenant Plante du SPCUM. Il apprend alors de ce dernier deux choses : la documentation concernant l'appellant sera disponible au cours de la semaine suivante et une opération d'agent double visant le bar/restaurant en question et le trafic de stupéfiants serait bientôt menée.

[8] Une rencontre a lieu le 23 avril 1999 entre le lieutenant Plante du SPCUM et les sergents d'état-major Wafer et Martel. Ces derniers sont informés du déroulement de l'opération d'infiltration. Ils apprennent que l'appellant a tenté d'obtenir de la cocaïne pour l'agent double. On leur dit qu'un rapport détaillé portant sur les contraventions commises par l'appellant leur serait fourni sous peu (dossier d'appel, pages 61 et 62).

[9] Le 10 mai 1999, le sergent Hardy se joint à la section des enquêtes spéciales et se voit confier la responsabilité de l'enquête concernant l'appellant. Il relève à ce moment du sergent d'état-major Martel qui vient de remplacer le sergent d'état-major Wafer. Monsieur Martel est, aux fins de cette affaire, sous l'autorité directe du surintendant Sugrue (dossier d'appel, page 120).

[10] Le sergent Hardy reçoit le 23 juin 1999, du lieutenant Plante du SPCUM, les notes prises par l'agent double lorsque ce dernier a rencontré l'appellant. Le 27

Sgt. Couture of the RCMP Internal Investigations Division reviewed the notes in the possession of Sgt. Hardy when he met with him (Appeal Book, page 59). At that time it was agreed that the information on hand was sufficient to initiate an internal investigation pursuant to Part IV [sections 37-45.17 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16)] of the Act. However, according to the testimony of Supt. Sugrue the investigation did not begin until late in the summer of 1999 (appeal book, page 119).

[11] From May to October 1999, Supt. Sugrue, the director of the OCCI and supervisor of the investigation of the appellant, was appointed acting Commanding Officer of “C” Division, replacing the commanding officer, Assistant Commissioner Lange (see acting appointment form in appeal book, page 63). The replacement was intermittent but lasted for a total of 44 days. In his acting position Supt. Sugrue had all the powers of the incumbent commanding officer, including the “financial signing powers” associated with the position. The appointment documents issued for each replacement period indicated that, for the periods from May 25 to June 5, 1999, June 11 to 21, 1999, August 16 to 18, 1999, August 19 to 30, 1999 and September 11 to 16, 1999, Supt. Sugrue could [TRANSLATION] “perform the duties of the interim appointment as well as the permanent duties of the position” (appeal book, vol. 2, pages 236-239). I would mention in passing that subsection 23(5) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, states that where a power is conferred or a duty imposed on the holder of an office, the power may be exercised and the duty shall be performed by the person for the time being charged with the execution of the powers and duties of the office.

[12] The incumbent commanding officer, Mr. Lange, is the person who as the appropriate officer pursuant to section 43 of the Act decided to initiate a disciplinary hearing against the appellant, in view of the seriousness of the acts with which he was charged. I set out section 43 in its entirety below, in view of the relevance of some of its subsections and the fact that subsection 43(8) is the focus of this case:

juillet 1999, le sergent d’état-major Couture, de la section des enquêtes internes de la GRC, prend connaissance des notes en la possession du sergent Hardy lors d’une rencontre avec ce dernier (dossier d’appel, page 59). À cette occasion, il est convenu que les informations en main sont suffisantes pour mettre en branle une enquête interne aux termes de la Partie IV [art. 37 à 45.17 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 8, art. 16) de la Loi. Celle-ci toutefois ne débutera qu’à la fin de l’été 1999 selon le témoignage du surintendant Sugrue (dossier d’appel, page 119).

[11] De mai à octobre 1999, le surintendant Sugrue qui, rappelons-le, était le directeur de l’OREC et le superviseur de l’enquête sur l’appelant, a été nommé de façon intérimaire commandant de la division « C » en remplacement du commandant en titre, le commissaire-adjoint Lange (voir au dossier d’appel, page 63, l’acte de nomination intérimaire). Le remplacement fut intermittent, mais dura au total 44 jours. Le surintendant Sugrue possédait en tant qu’intérimaire tous les pouvoirs du commandant en titre, y compris les « pouvoirs financiers de signer » qui se rattachaient au poste. Les documents de nomination émis pour chaque période de remplacement indiquent que, pour les périodes du 25 mai au 5 juin 1999, du 11 au 21 juin 1999, du 16 au 18 août 1999, du 19 au 30 août 1999 et du 11 au 16 septembre 1999, le surintendant Sugrue pouvait « remplir les fonctions de la nomination temporaire ainsi que les fonctions permanentes du poste » (dossier d’appel, vol. 2, pages 236 à 239). Je le mentionne en passant : le paragraphe 23(5) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, énonce que lorsqu’un pouvoir est conféré ou un devoir est imposé au titulaire d’un poste en cette qualité, le pouvoir peut être exercé et le devoir doit être accompli par la personne alors chargée de l’exercice des attributions relatives à ce poste.

[12] Le commandant en titre, M. Lange, est la personne qui, en tant qu’officier compétent au terme de l’article 43 de la Loi, a décidé de convoquer une audience disciplinaire contre l’appelant vu la gravité des gestes reprochés à ce dernier. Je reproduis l’article 43 dans son entier étant donné la pertinence de plusieurs de ses paragraphes et le fait que le paragraphe 43(8) se situe au cœur du présent litige :

Formal Disciplinary Action

43. (1) Subject to subsections (7) and (8), where it appears to an appropriate officer that a member has contravened the Code of Conduct and the appropriate officer is of the opinion that, having regard to the gravity of the contravention and to the surrounding circumstances, informal disciplinary action under section 41 would not be sufficient if the contravention were established, the appropriate officer shall initiate a hearing into the alleged contravention and notify the officer designated by the Commissioner for the purposes of this section of that decision.

(2) On being notified pursuant to subsection (1), the designated officer shall appoint three officers as members of an adjudication board to conduct the hearing and shall notify the appropriate officer of the appointments.

(3) At least one of the officers appointed as a member of an adjudication board shall be a graduate of a school of law recognized by the law society of any province.

(4) Forthwith after being notified pursuant to subsection (2), the appropriate officer shall serve the member alleged to have contravened the Code of Conduct with a notice in writing of the hearing, together with

- (a) a copy of any written or documentary evidence that is intended to be produced at the hearing;
- (b) a copy of any statement obtained from any person who is intended to be called as a witness at the hearing; and
- (c) a list of exhibits that are intended to be entered at the hearing.

(5) A notice of hearing served on a member pursuant to subsection (4) may allege more than one contravention of the Code of Conduct and shall contain

- (a) a separate statement of each alleged contravention;
- (b) a statement of the particulars of the act or omission constituting each alleged contravention;
- (c) the names of the members of the adjudication board; and
- (d) a statement of the right of the member to object to the appointment of any member of the adjudication board as provided in section 44.

(6) Every statement of particulars contained in a notice of hearing in accordance with paragraph (5)(b) shall contain sufficient details, including, where practicable, the place and date of each contravention alleged in the notice, to enable the member who is served with the notice to determine each such

Mesures disciplinaires graves

43. (1) Sous réserve des paragraphes (7) et (8), lorsqu'il apparaît à un officier compétent qu'un membre a contrevenu au code de déontologie et qu'en regard à la gravité de la contravention et aux circonstances, les mesures disciplinaires simples visées à l'article 41 ne seraient pas suffisantes si la contravention était établie, il convoque une audience pour enquêter sur la contravention présumée et fait part de sa décision à l'officier désigné par le commissaire pour l'application du présent article.

(2) Dès qu'il est avisé de cette décision, l'officier désigné nomme trois officiers à titre de membres d'un comité d'arbitrage pour tenir l'audience et en avise l'officier compétent.

(3) Au moins un des trois officiers du comité d'arbitrage est un diplômé d'une école de droit reconnue par le barreau d'une province.

(4) Dès qu'il est ainsi avisé, l'officier compétent signifie au membre soupçonné d'avoir contrevenu au code de déontologie un avis écrit de l'audience accompagné des documents suivants :

- a) une copie de la preuve écrite ou documentaire qui sera produite à l'audience;
- b) une copie des déclarations obtenues des personnes qui seront citées comme témoins à l'audience;
- c) une liste des pièces qui seront produites à l'audience.

(5) L'avis d'audience signifié à un membre en vertu du paragraphe (4) peut alléguer plus d'une contravention au code de déontologie et doit contenir les éléments suivants :

- a) un énoncé distinct de chaque contravention alléguée;
- b) un énoncé détaillé de l'acte ou de l'omission constituant chaque contravention alléguée;
- c) le nom des membres du comité d'arbitrage;
- d) l'énoncé du droit d'opposition du membre à la nomination de tout membre du comité d'arbitrage comme le prévoit l'article 44.

(6) L'énoncé détaillé visé à l'alinéa (5)b) doit être suffisamment précis et mentionner, si possible, le lieu et la date où se serait produite chaque contravention alléguée dans l'avis d'audience, afin que le membre qui en reçoit signification puisse connaître la nature des contraventions

contravention so that the member may prepare a defence and direct it to the occasion and events indicated in the notice.

(7) No hearing may be initiated by an appropriate officer under this section in respect of an alleged contravention of the Code of Conduct by a member if the informal disciplinary action referred to in paragraph 41(1)(g) has been taken against the member in respect of that contravention.

(8) No hearing may be initiated by an appropriate officer under this section in respect of an alleged contravention of the Code of Conduct by a member after the expiration of one year from the time the contravention and the identity of that member became known to the appropriate officer.

(9) A certificate purporting to be signed by an appropriate officer as to the time an alleged contravention of the Code of Conduct by a member and the identity of that member became known to the appropriate officer is, in the absence of evidence to the contrary, proof of that time without proof of the signature or official character of the person purporting to have signed the certificate.

[13] Commanding Officer Lange's decision, as the appropriate officer, to convene an Adjudication Board to determine whether formal disciplinary action should be taken against the appellant was made on October 23, 2000 (appeal book, page 194). Mr. Lange indicated to the Adjudication Board that he had been verbally informed of the allegations against the appellant by Stéphanie Andrégnette on November 8, 1999. She suggested he contact the OCCI for more evidence (appeal book, Vol. 2, pages 226-227). Mr. Lange also stated that he had not discussed questions about the appellant with Supt. Sugrue before November 8, 1999 (*ibid.*, at page 229).

[14] Those are the facts which are the background to the case at bar.

FEDERAL COURT JUDGMENT

[15] At this stage it is not necessary to review the justifications given by the Adjudication Board and the External Committee in support of their respective positions. I will return to this below. For the moment, I need only indicate that the Federal Court dismissed the appellant's application for judicial review, but on different grounds from those mentioned by the two aforesaid boards.

alléguées et préparer sa défense en conséquence.

(7) L'officier compétent ne peut convoquer une audience en vertu du présent article relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre à qui la mesure disciplinaire simple visée à l'alinéa 41(1)(g) a déjà été imposée à l'égard de cette contravention.

(8) L'officier compétent ne peut convoquer une audience en vertu du présent article relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d'une année après que la contravention et l'identité de ce membre ont été portées à sa connaissance.

(9) En l'absence de preuve contraire, un certificat présenté comme signé par l'officier compétent et faisant état du moment où ont été portées à sa connaissance une contravention au code de déontologie censément commise par un membre et l'identité de ce dernier, constitue une preuve de ce moment sans qu'il soit nécessaire d'établir l'authenticité de la signature ni la qualité du signataire.

[13] La décision du commandant en titre Lange de convoquer, à titre d'officier compétent, un Comité d'arbitrage pour déterminer s'il y avait lieu de prendre des mesures disciplinaires graves contre l'appelant fut prise le 23 octobre 2000 (dossier d'appel, page 194). Devant le Comité d'arbitrage, M. Lange a indiqué qu'il avait été mis au courant verbalement des allégations contre l'appelant par M^e Stéphanie Andrégnette le 8 novembre 1999. Cette dernière lui a suggéré de contacter l'OREC pour avoir plus de preuves (dossier d'appel, vol. 2, pages 226 et 227). M. Lange a aussi affirmé qu'il n'avait pas discuté avec le surintendant Sugrue des questions concernant l'appelant avant le 8 novembre 1999 (*ibid.*, à la page 229).

[14] Ce sont là les données factuelles qui constituent la toile de fond du présent litige.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[15] Il n'est pas nécessaire à ce stade-ci de reprendre les justifications données par le Comité d'arbitrage et le Comité externe à l'appui de leurs positions respectives. J'y reviendrai plus tard. Il suffit pour l'instant d'indiquer que la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant, mais pour des motifs différents de ceux exprimés par les deux comités ci-auparavant mentionnés.

[16] In fact, as appears at paragraph 43 of his reasons for judgment, the Federal Court Judge indicated that in his view, when he occupied the duties of appropriate officer between May and October of 1999, Supt. Sugrue did not have the necessary level or degree of knowledge required by subsection 43(8) for the limitation period to begin to run.

[17] The Federal Court Judge indicated that in his view the limitation period began to run from the time the information required by subsection 43(8) was received, and it was of little importance whether the person performing the duties was the permanent, interim or acting incumbent. This accordingly leads me to discuss the information required by subsection 43(8) of the Act; but I will not undertake that exercise before first determining the applicable standard of review and digressing briefly to examine the purpose and objectives of a limitation period, especially the one in subsection 43(8), which appear to be the subject of some confusion.

APPLICABLE STANDARD OF REVIEW

[18] At paragraph 20 of his judgment, the Federal Court Judge concluded that the appropriate standard of review for the misinterpretation of a statute was that of correctness. On the other hand, he said, mixed questions of fact and law, such as whether the notice of initiation of a disciplinary hearing was out of time, are subject to the reasonableness standard.

[19] This Court's function when sitting in appeal from a court judgment on an application for judicial review of an administrative decision consists in determining whether the judge has chosen the right standard of review for the administrative decision and applied it correctly: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226.

[20] In the case at bar, the issue was to define the meaning of the words "known to the appropriate officer" contained in subsection 43(8) of the Act and apply that definition to the facts of the case. I agree with the Federal Court Judge that the correctness standard applies to the definition of these words by the administrative body and that of reasonableness to its

[16] De fait, tel qu'il appert du paragraphe 43 des motifs de sa décision, le juge de la Cour fédérale s'est dit d'avis que le surintendant Sugrue ne possédait pas le niveau ou le degré de connaissance requis par le paragraphe 43(8) de la Loi pour enclencher la prescription lorsqu'il a occupé les fonctions d'officier compétent entre les mois de mai et octobre 1999.

[17] Le juge de la Cour fédérale s'est aussi dit d'avis que la prescription commence à courir à partir de la connaissance requise par le paragraphe 43(8) et qu'il importe peu que la personne en poste en soit le titulaire permanent ou le titulaire intérimaire ou temporaire. Ceci m'amène donc à discuter de la connaissance requise par le paragraphe 43(8) de la Loi. Mais je ne me livrerai pas à l'exercice avant d'avoir au préalable établi la norme de contrôle applicable et fait une courte digression sur le but et les objectifs de la prescription, particulièrement celle du paragraphe 43(8), qui semblent empreints d'une certaine confusion.

LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[18] Le juge de la Cour fédérale a conclu au paragraphe 20 de sa décision que la norme de la décision correcte s'appliquait à la révision d'une interprétation erronée du texte législatif. Par contre, dira-t-il, les questions mixtes de fait et de droit, dont celle de savoir si la convocation d'une audience disciplinaire était prescrite, sont soumises à la norme de la raisonabilité.

[19] Le rôle de notre Cour en appel d'une décision judiciaire portant sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative consiste à déterminer si le juge a choisi la bonne norme de contrôle de la décision administrative et l'a correctement appliquée : *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226.

[20] Dans le cas présent, la question en litige revenait à définir ce que signifient les termes « connaissance de l'officier compétent » que l'on retrouve au paragraphe 43(8) de la Loi et à appliquer cette définition aux faits de l'espèce. Je suis d'accord avec le juge de la Cour fédérale que la norme de la décision correcte s'applique à la définition de ces termes par l'autorité administra-

application to the facts of the case.

[21] Without saying so expressly, the Federal Court Judge properly intervened to correct the definition given to these words by the Commissioner. Unfortunately, and I say this with respect, I feel that the one he substituted was also wrong, as we will see below. This Court must accordingly define these words correctly and examine the Commissioner's decision in light of that definition.

PURPOSES AND OBJECTIVES OF LIMITATION PERIOD

[22] In disciplinary proceedings, as with the principles governing the prosecution of criminal offences, it is not unusual for misconduct offences to be exempt from limitation (on exemption from limitation see in Quebec, for example, *Bécharde v. Roy*, [1975] C.A. 509; Guy Cournoyer and Patrick de Niverville, *La procédure disciplinaire du Barreau du Québec*, Collection de Droit: Éthique, déontologie et pratique professionnelle, Vol. I, Cowansville: Éditions Yvon Blais 2005-2006, page 56; S. Poirier, *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs jurisprudentiels et aspects pratiques*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1998, page 76; M. Goulet, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville: Éditions Yvon Blais, 1993, pages 49-50). The reason is that standards of conduct imposed on professionals or police officers vested with special powers to ensure that the law is observed are enacted both to protect the public and to promote the public's confidence in professional and public bodies. In police forces, their purpose is also to maintain discipline and integrity, both essential to ensure the respect and cooperation by the public, which are indispensable to efficiently performing police duties and achieving the objectives of law enforcement.

[23] The purpose of introducing a limitation provision into a disciplinary system is to provide some fairness in the treatment of offenders and to enable them to put forward a full and complete defence which may be

tive, et celle de la raisonnable à son application aux faits de la cause.

[21] Sans le dire expressément, le juge de la Cour fédérale est intervenu à bon droit pour corriger la définition que le commissaire a donnée à ces termes. Malheureusement, ceci dit avec respect, je crois, comme nous le verrons plus loin, que celle qu'il y a substituée était aussi erronée. Il nous appartient donc de définir correctement ces termes et d'examiner la décision du commissaire à la lumière de cette définition.

LES BUTS ET LES OBJECTIFS DE LA PRESCRIPTION

[22] Il n'est pas rare en matière disciplinaire, à l'instar des principes qui régissent la poursuite des actes criminels, que les contraventions à la déontologie soient imprescriptibles (par exemple au Québec, sur l'imprescriptibilité, voir *Bécharde c. Roy*, [1975] C.A. 509; Guy Cournoyer et Patrick de Niverville, *La procédure disciplinaire du Barreau du Québec*, Collection de Droit : Éthique, déontologie et pratique professionnelle, Vol. I, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2006-2006, à la page 56; S. Poirier, *La discipline professionnelle au Québec : principes législatifs, jurisprudentiels et aspects pratiques*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1998, à la page 76; M. Goulet, *Le droit disciplinaire des corporations professionnelles*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1993, aux pages 49 et 50). La raison en est que les normes déontologiques, imposées à des professionnels ou à des policiers investis de pouvoirs spéciaux pour faire respecter les lois, sont édictées à la fois pour assurer la protection du public et promouvoir la confiance de ce dernier dans les organismes professionnels ou publics. Elles visent également, dans les corps policiers, à y maintenir la discipline et l'intégrité, deux éléments essentiels pour s'assurer du respect et de la collaboration du public qui sont indispensables à l'exercice efficace des fonctions policières et à la poursuite des objectifs de mise en œuvre des lois.

[23] L'introduction d'un mécanisme de prescription dans un système de poursuite disciplinaire a pour but d'y apporter une certaine équité dans le traitement des contrevenants et de leur permettre de présenter une

compromised by the lapse of time or undue delay in taking action. Even in the absence of a limitation period, it is still possible to file a motion based on the lapse of an unreasonable period of time if the accused is in a position to show that the delay between the offence and the charge and/or the delay after the charge caused him or her harm compromising the right to a full and complete defence or the fairness of the hearing: J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Canvasback, 1998, at pages 9-81; Cournoyer and de Niverville, at page 56; S. Poirier, at pages 76-97. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 102, Bastarache J. wrote:

Where delay impairs a party's ability to answer the complaint against him or her, because, for example, memories have faded, essential witnesses have died or are unavailable, or evidence has been lost, then administrative delay may be invoked to impugn the validity of the administrative proceedings and provide a remedy. . . . It is thus accepted that the principles of natural justice and the duty of fairness include the right to a fair hearing and that undue delay in the processing of an administrative proceeding that impairs the fairness of the hearing can be remedied. . . .

[24] Statutory limitation periods, which vary in length, generally run from the day the offence was committed. When by their nature offences prove difficult to detect or require lengthy and laborious investigations, it sometimes happens that the legislature provides in statutes for a twofold limitation, that is a longer period running from the day the offence was committed or a starting-point for computing the time period other than simple commission of the wrongful act.

[25] For example, in the *Farm Improvement and Marketing Cooperatives Loans Act*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 25, subsection 17(4) states that proceedings in respect of an offence under the section may be commenced at any time within 12 months after the day on which evidence, sufficient in the opinion of the Minister to justify prosecution for the offence, comes to the Minister's knowledge, but may not be commenced

défense pleine et entière que peuvent compromettre l'écoulement du temps ou les retards indus à procéder. Même en l'absence d'un délai de prescription, il demeure possible de présenter une requête fondée sur l'écoulement d'un délai déraisonnable si l'accusé est en mesure d'établir que le délai entre l'infraction et l'inculpation et/ou le délai après l'inculpation lui ont causé un préjudice qui compromet son droit à une défense pleine et entière ou l'équité de l'audience : J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 1998, aux pages 9 à 81; Cournoyer et de Niverville, à la page 56; S. Poirier, aux pages 76 à 97. Dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 102, le juge Bastarache écrit :

Lorsqu'un délai compromet la capacité d'une partie de répondre à la plainte portée contre elle, notamment parce que ses souvenirs se sont estompés, parce que des témoins essentiels sont décédés ou ne sont pas disponibles ou parce que des éléments de preuve ont été perdus, le délai dans les procédures administratives peut être invoqué pour contester la validité de ces procédures et pour justifier réparation [...] Il est donc reconnu que les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement comprennent le droit à une audience équitable et qu'il est possible de remédier au délai injustifié dans des procédures administratives qui compromettent l'équité de l'audience [. . .]

[24] En règle générale, les délais statutaires de prescription, d'une durée variable, courent du jour où la contravention a été commise. Lorsque les contraventions, de par leur nature, s'avèrent difficiles à détecter ou nécessitent des enquêtes longues et laborieuses, il arrive que le législateur ait prévu dans les lois une double prescription, c'est-à-dire une prescription plus longue courant à partir du jour de la commission de l'infraction, ou un point de départ de la computation du délai autre que la simple commission de l'acte fautif.

[25] Par exemple, dans la *Loi sur les prêts destinés aux améliorations agricoles et à la commercialisation selon la formule coopérative*, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 25, le paragraphe 17(4) énonce que les poursuites visant l'infraction prévue à cet article se prescrivent par un délai d'un an suivant la date où le ministre a connaissance d'un élément de preuve qu'il estime suffisant pour les intenter mais, en tout état de cause, au

later than three years after the time the subject-matter of the proceedings arose.

[26] Similarly, subsection 10.1(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 6, s. 50] of the *Fertilizers Act*, R.S.C., 1985, c. F-10, subsection 38(4) [as am. by S.C. 2001, c. 9, s. 583] of the *Pension Benefits Standards Act, 1985*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32, and subsection 987(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 9, s. 183] of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, provide that the limitation period begins to run when the Minister, superintendent or commissioner, as the case may be, has knowledge of the subject-matter of the offence.

[27] In the case at bar, doubtless from a concern to provide better protection for the public and to ensure the credibility of the institution, Parliament has provided that the limitation period will only run from the day the appropriate officer has knowledge of the two essential components for prosecution of an offence, namely its existence and the identity of its perpetrator. The second factor lengthens the limitation period in every case where the offence discovered cannot be traced to its perpetrator immediately and requires a longer investigation.

[28] It is therefore not entirely accurate to say, and this point must be emphasized, that Parliament intended disciplinary proceedings under the Act to go forward expeditiously. If that were the case, the limitation period would run from the day of the contravention. Further, if it were made to run from the day the contravention became known, Parliament would not have added the requirement of the perpetrator's identity.

[29] I feel that by enacting the limitation period in subsection 43(8), Parliament sought to determine a starting point reconciling the need to protect the public and the credibility of the institution with that of providing fair treatment for its members and persons involved in it. Accordingly, the subsection 43(8) mechanism offers a flexibility which is desirable for purposes of investigation and prosecution; but it has its limits, and inevitably the time cutoff falls on inaction and resolves the matter in the offender's favour. As the Review Committee mentioned in its decision, it is

maximum par trois ans à compter de la perpétration de l'infraction.

[26] Aussi bien le paragraphe 10.1(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 6, art. 50] de la *Loi sur les engrais*, L.R.C. (1985), ch. F-10, le paragraphe 38(4) [mod. par L.C. 2001, ch. 9, art. 583] de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32 que le paragraphe 987(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 9, art. 183] de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, prévoient comme seul point de départ de la prescription la connaissance que le ministre, le surintendant ou le commissaire, selon le cas, a eu des éléments constitutifs de l'infraction.

[27] Dans le cas qui nous occupe, sans doute par souci de mieux protéger le public et d'assurer la crédibilité de l'institution, le législateur a prévu que la prescription ne courait que du jour où l'officier compétent avait connaissance des deux éléments essentiels à la poursuite d'une contravention, soit son existence et l'identité de son auteur. Ce deuxième élément ajoute à la durée de la prescription dans tous les cas où la contravention constatée n'a pu être reliée à son auteur immédiatement et a nécessité une enquête plus longue.

[28] Il n'est donc pas tout à fait exact de postuler que le législateur a voulu, et de mettre l'emphase sur ce point, que les poursuites disciplinaires en vertu de la Loi procèdent avec célérité. Car si c'était le cas, il aurait fait courir la prescription du jour de la contravention. Ou encore, s'il l'avait fait courir du jour de la connaissance de la contravention, il n'y aurait pas ajouté celle de l'identité de son auteur.

[29] Je crois qu'en édictant le délai de prescription du paragraphe 43(8), le législateur visait à en déterminer un point de départ qui concilie la nécessité de protéger le public et la crédibilité de l'institution et celle d'octroyer un traitement équitable aux membres qui la composent et s'y dévouent. Le mécanisme du paragraphe 43(8) offre donc une flexibilité désirable à des fins d'enquête et de poursuite. Mais il a ses limites. Et inévitablement le couperet du temps finit par tomber sur l'inaction et trancher la question en faveur du contrevenant. Comme le mentionne le Comité d'examen dans sa décision, il est

unfortunate—and I would add always dangerous—when the offence and its perpetrator are known, to wait to the last minute, or I would add just before the stroke of midnight, to initiate a prosecution (appeal book, Vol. I, page 178). What is the situation in the case at bar?

DEFINITION OF KNOWLEDGE REQUIRED BY SUBSECTION 43(8), DEGREE AND STANDARD

Facts appropriate officer should know

[30] I repeat that, under subsection 43(8) of the Act, for the one-year limitation to start running the appropriate officer must have knowledge of two facts: the contravention and the identity of its perpetrator. It goes without saying that mere rumours, suspicions or insinuations as to the existence of a contravention or the identity of its perpetrator will not suffice to make them facts, that is to establish the contravention and the identity of its perpetrator.

[31] I agree with Keenan J. in *R. v. Fingold* (1999), 45 B.L.R. (2d) 261 (Ont. Gen. Div.), at paragraph 56, where the Court had to interpret a 12-month limitation period for knowledge of facts by the Ontario Securities Commission: “‘facts’ must mean more than mere rumour or gossip on the street or even an ‘overpowering suspicion’. It must be information obtained from an identifiable source which might reasonably be expected to have such information and obtained in circumstances which would tend to support the accuracy and reliability of the information given”.

[32] In *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.*, [1989] O.J. No. 1007 (H.C.J.), approved by *Fingold*, and by the British Columbia Court of Appeal in *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia* (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 237, at paragraphs 17-18, Carruthers J. accepted as facts or information which started the running of the limitation period the material or essential components required by law for the charge. In *Romashenko*, Huddart J. referred to evidence [at paragraph 17] “of the material averments of the charge”. This approach is the one that applies in the case at bar. Moreover, it is consistent with

malheureux, et j’ajouterais toujours périlleux, lorsque la contravention et son auteur sont connus, d’attendre à la 11^e heure ou, j’ajouterais, juste avant le coup de minuit pour intenter une poursuite (dossier d’appel, vol. I, page 178). Qu’en est-il dans le présent cas?

DÉFINITION DE LA CONNAISSANCE REQUISE PAR LE PARAGRAPHE 43(8), DEGRÉ ET NORME

Les faits que l’officier compétent doit connaître

[30] En vertu du paragraphe 43(8) de la Loi, je le rappelle, l’officier compétent doit, pour actionner le délai de prescription d’un an, avoir connaissance de deux faits : la contravention et l’identité de son auteur. Il va de soi que de simples rumeurs, soupçons ou insinuations quant à l’existence d’une contravention ou quant à l’identité de son auteur ne suffisent pas à en faire des faits, c’est-à-dire à établir la contravention et l’identité de son auteur.

[31] Je suis d’accord avec le juge Keenan dans l’affaire *R. v. Fingold* (1999), 45 B.L.R. (2d) 261 (Div. gén. Ont.), au paragraphe 56 où il s’agissait d’interpréter un délai de prescription d’un an de la connaissance des faits par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario, que [TRADUCTION] « lorsque l’on parle de “faits”, il ne s’agit pas simplement de rumeurs ou de commérages ou même de “lourds” soupçons. Il doit s’agir de renseignements obtenus auprès d’une source identifiable dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle possède ces renseignements et ceux-ci doivent avoir été obtenus dans des circonstances qui tendent à étayer leur exactitude et leur fiabilité ».

[32] Dans l’affaire *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.*, [1989] O.J. n° 1007 (H.C.J.), approuvée par l’affaire *Fingold*, et par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia* (2000), 77 B.C.L.R. (3d) 237, aux paragraphes 17 et 18, le juge Carruthers retient comme faits ou informations qui enclenchent la prescription ceux qui constituent les éléments matériels ou essentiels requis par la loi pour l’accusation. Dans l’affaire *Romashenko*, le juge Huddart réfère à la preuve [au paragraphe 17] [TRADUCTION] « relative aux allégations essentielles de

the similar limitation clauses contained in the three statutes cited earlier as examples (the *Bank Act*, the *Fertilizers Act* and the *Pension Benefits Standards Act, 1985*), in which knowledge refers to knowledge of the components of the offence.

Extent of knowledge of essential components of contravention

[33] As with establishing a fact, it goes without saying that mere suspicion as to the existence of a contravention or the identity of its perpetrator, while they may justify the initiation of an investigation, cannot provide the knowledge required for the subsection 43(8) limitation to begin to run.

[34] According to the dictionary terminology (*Le Petit Larousse illustré*, Paris: Larousse, 1997, pages 260 and 941, *Le Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 1992, pages 368 and 1844), knowledge of a fact is knowledge that it exists and being informed of its components. Suspicion of a fact is conjecturing that it exists, assuming the components that make it up. In other words, he who knows something is sure of it; he who suspects it is presuming or speculating about it.

[35] Whether in cases of disciplinary or criminal proceedings, knowledge of an offence and of the identity of its perpetrator means that the person empowered to conduct investigations must have sufficient credible and persuasive information about the alleged offence and its perpetrator to reasonably believe that the offence has been committed and that the person to whom it is attributed was the perpetrator.

[36] In my humble opinion, this is the degree of knowledge required for the subsection 43(8) limitation to begin to run. It is not necessary at this point to have all the evidence that may prove necessary or that may be admitted at trial: see *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.* At this stage, it is also not necessary to have the details required to respond to a motion for particulars if one is made: *ibid.*

l'acte d'accusation ». Cette approche est celle qui prévaut en l'espèce. D'ailleurs, elle rejoint les clauses de prescription analogues que l'on retrouve dans les trois lois précitées à titre d'exemples (*Loi sur les banques*, *Loi sur les engrais* et *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*) où la connaissance réfère à la connaissance des éléments constitutifs de l'infraction.

Le degré de connaissance des éléments essentiels de la contravention

[33] Tout comme pour l'établissement d'un fait, il va aussi de soi que de simples soupçons quant à l'existence d'une contravention ou quant à l'identité de son auteur, s'ils peuvent justifier la mise en branle d'une enquête, ne peuvent fonder la connaissance requise pour actionner le mécanisme de la prescription du paragraphe 43(8).

[34] Selon les termes du dictionnaire (*Le Petit Larousse illustré*, Paris : Larousse, 1997, pages 260 et 941, *Le Petit Robert 1 : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Le Robert, 1992, pages 368 et 1844), connaître un fait, c'est savoir qu'il existe et être renseigné sur ses éléments constitutifs. Le soupçonner, c'est en conjecturer l'existence et en supposer les éléments qui le définiraient. En d'autres termes, celui qui connaît sait; celui qui soupçonne présume ou spéculé.

[35] Dans le contexte aussi bien de poursuites disciplinaires que de poursuites pénales, la connaissance d'une contravention et de l'identité de son auteur signifie que la personne investie du pouvoir d'engager les poursuites doit avoir suffisamment d'information crédible et convaincante quant à la contravention alléguée et quant à son auteur pour raisonnablement croire que cette contravention a été commise et que la personne à qui on l'impute en est l'auteur.

[36] Il s'agit là, à mon humble avis, du degré de connaissance requis pour les fins d'actionner le mécanisme de la prescription du paragraphe 43(8) de la Loi. Il n'est pas nécessaire à ce moment d'avoir en main toute la preuve qui peut s'avérer nécessaire ou être admise au procès : voir *Ontario (Securities Commission) v. International Containers Inc.* Il n'est également pas nécessaire de posséder à ce stade les détails nécessaires

[37] Similarly, for purposes of the starting point of the limitation, I do not feel that the appropriate officer must know the information that he is required to give the offender with the notice of hearing and which is contained in subsections 43(4) and (6) of the Act. Such disclosure of evidence to the offender is not dictated by the rules of limitation, but by the rules of natural justice and procedural fairness at the hearing.

[38] It is important for the two situations not to be confused in legal terms. It may well be that at the time the appropriate officer acquires knowledge of the existence of a contravention for the purposes of starting the limitation period, he does not have all the information necessary to meet the requirements of subsections 43(4) and (6); but at that stage he is not required to initiate a disciplinary hearing if, under subsection 43(1), he is not aware of the gravity of the offence and in the circumstances he cannot know whether informal disciplinary action will suffice. He may proceed with the investigation or require further investigation to satisfy himself and meet the conditions of subsections 43(4) and (6).

[39] In fact, subsections 43(1) and (8) do complement each other, but not in the sense that counsel for the respondents suggested to the Court at the hearing.

[40] Under subsection 43(1), an appropriate officer has a duty to initiate a disciplinary hearing when it appears to him or her that there has been a breach of the Code of Conduct and having regard to the gravity of the contravention and the surrounding circumstances, formal disciplinary action is required. At that point, he has more information than is required to start the limitation period running. He has the information necessary to meet the requirements of natural justice set out in subsections 43(4) and (6): hence the duty placed upon him to initiate the disciplinary hearing at that point.

[41] Counsel for the respondents submitted that all this information referred to in subsection 43(1) must

pour répondre à une éventuelle demande de précisions : *ibid.*

[37] De même, pour les fins du point de départ de la prescription, je ne crois pas que l'officier compétent doive connaître les informations qu'il est requis de communiquer au contrevenant avec l'avis d'audience et que l'on retrouve aux paragraphes 43(4) et (6) de la Loi. Cette communication de la preuve au contrevenant n'est pas dictée par les règles de la prescription, mais par les règles de justice naturelle et d'équité procédurale à l'audience.

[38] Il importe bien de ne pas confondre les deux situations au plan juridique. Il se peut qu'au moment où il acquiert, pour fins du déclenchement de la prescription, la connaissance de l'existence d'une contravention, l'officier compétent ne dispose pas de toute l'information lui permettant de satisfaire aux paragraphes 43(4) et (6). Mais il n'est pas obligé à ce stade de convoquer une audience disciplinaire si, au terme du paragraphe 43(1), il ne connaît pas la gravité de la contravention et si les circonstances ne lui permettent pas de savoir si des mesures disciplinaires simples sont suffisantes. Il peut poursuivre l'enquête ou demander des compléments d'enquête pour s'en satisfaire et rencontrer les obligations des paragraphes 43(4) et (6).

[39] De fait, les paragraphes 43(1) et (8) se complètent, mais pas dans le sens que le procureur des intimés nous a soumis à l'audience.

[40] Selon le paragraphe 43(1), l'officier compétent se voit imposer l'obligation de convoquer une audience disciplinaire lorsqu'il lui apparaît qu'une contravention a été commise au code de déontologie et qu'en égard à la gravité de la contravention et aux circonstances, des mesures disciplinaires graves s'imposent. À ce moment-là, il dispose de plus d'informations que ce qui est requis pour amorcer la prescription. Il possède les informations nécessaires pour satisfaire aux principes de justice naturelle consacrés dans les paragraphes 43(4) et (6). D'où l'obligation qui lui est faite de maintenant convoquer l'audience disciplinaire.

[41] Le procureur des intimés soumet que toute cette information dont il est fait mention au paragraphe 43(1)

also be known to the officer if the limitation period under subsection 43(8) is to begin to run, and before it does so. There are three difficulties with that argument.

[42] First, the words “having regard to the gravity of the contravention and to the surrounding circumstances” do not appear in the wording of subsection 43(8). If we accepted the respondents’ arguments, we would necessarily have to rewrite the wording of subsection 43(8) to read: “from the time the contravention, its gravity and the circumstances of its commission and the identity of that member became known to the appropriate officer”.

[43] Second, Parliament does not act in vain. If it had intended that the rule of limitation of the prosecution be subject to the same conditions as that justifying and requiring the officer to initiate a hearing, it would have used the same language in subsection 43(8) that it used in subsection 43(1).

[44] Third, the reference “to the gravity of the contravention and to the surrounding circumstances” contained in subsection 43(1) is added to the fact that the appropriate officer knows of the existence of the contravention. Clearly, it could not be otherwise. How can he consider its seriousness and the circumstances in which it was committed if he is unaware of its existence? It is this knowledge of the existence of the contravention to which the subsection 43(8) limitation refers, not the seriousness and circumstances of the contravention, which are required to initiate the disciplinary hearing. When the appropriate officer acquires knowledge of the existence of a contravention (and of the identity of its perpetrator), he has 12 months to establish the circumstances and assess the seriousness so as to determine whether formal rather than informal disciplinary action should be taken.

[45] I adopt the comments of Keenan J. in *Fingold*, *mutatis mutandis*, replacing the word “Commission” with “appropriate officer”. The comments of Keenan J., at paragraphs 60-61 of his judgment, are as follows:

doit aussi être à la connaissance de l’officier pour et avant que, sous le paragraphe 43(8), le point de départ de la prescription puisse être activé. La difficulté avec cette prétention est triple.

[42] Premièrement, les mots « eu égard à la gravité de la contravention et aux circonstances » n’apparaissent pas dans le texte du paragraphe 43(8). Pour accéder à la prétention des intimés, il faut nécessairement réécrire le texte du paragraphe 43(8) pour qu’il se lise « après que la contravention, sa gravité et les circonstances de sa commission, et l’identité de ce membre ont été portées à sa connaissance ».

[43] Deuxièmement, le législateur n’est pas censé parler pour ne rien dire. S’il avait voulu que la règle de la prescription de la poursuite soit soumise aux mêmes conditions que celle justifiant et contraignant l’officier de convoquer une audience, il aurait repris dans le paragraphe 43(8) les mêmes termes qu’il a utilisés au paragraphe 43(1).

[44] Troisièmement, la référence « à la gravité de la contravention et aux circonstances » que l’on retrouve au paragraphe 43(1) s’ajoute au fait que l’officier compétent connaît l’existence de la contravention. Il ne saurait en être autrement. Comment peut-il s’interroger sur sa gravité et les circonstances de sa commission s’il en ignore l’existence? C’est à cette connaissance de l’existence de la contravention que réfère la prescription du paragraphe 43(8) et non à la gravité et aux circonstances de celles-ci qui, elles, sont nécessaires pour convoquer l’audience disciplinaire. Lorsque l’officier compétent acquiert la connaissance de l’existence d’une contravention (et de l’identité de son auteur), il dispose d’un délai d’un an pour en établir les circonstances et en mesurer la gravité aux fins de recourir à des mesures disciplinaires graves plutôt que simples.

[45] Je fais miens ces propos du juge Keenan dans l’affaire *Fingold*, en y faisant les adaptations nécessaires, soit en y remplaçant le mot « *Commission* » par « *appropriate officer* », c’est-à-dire l’officier compétent. Les propos du juge Keenan se retrouvent aux paragraphes 60 et 61 de sa décision et sont les suivants :

The limitation period in s. 129 is a one year period during which the appropriate officer must investigate and determine that there is sufficient evidence of the commission of an offence to justify prosecution. The appropriate officer must analyse and verify the original information and determine whether there is sufficient credible and cogent evidence to justify a prosecution with reasonable assurance that the prosecution will result in a conviction. . . .

The process of evidence gathering, verification and analysis is to take place during the limitation period. That process is not to be used as any ground for delaying the commencement of the limitation period which is to be objectively viewed as the point at which information of sufficient cogency to amount to the facts upon which the prosecution is based, first came to the knowledge of the appropriate officer. When, as in this case, that point of commencement is in issue, it is for the Court to determine on an objective standard when those facts first came to the knowledge of the appropriate officer. It is not the prerogative of the appropriate officer to decide when the limitation period commences by asserting a need to investigate or verify the original information. [Emphasis added.]

[46] In general, and this is certainly the case here where one of the alleged contraventions refers to attempted trafficking in cocaine by an RCMP member, the seriousness of the contravention is apparent from the very nature of the contravention alleged and the status of its perpetrator. It seems to the Court that a period of one year is quite sufficient to determine the additional circumstances necessary to assess seriousness when the latter is not immediately apparent.

[47] To conclude on the question of the knowledge and degree of knowledge required by subsection 43(8) of the Act for a limitation period to begin to run, I feel that the appropriate officer acquires knowledge of a contravention and the identity of its perpetrator when he or she has sufficient credible and persuasive information about the components of the alleged contravention and the identity of its perpetrator to reasonably believe that the contravention was committed and that the person to whom it is attributed was its perpetrator. From that point, within the limitation period, an inquiry to check

[TRADUCTION] Le délai de prescription mentionné à l'article 129 est un délai d'un an au cours duquel l'agent compétent doit enquêter et décider s'il existe une preuve suffisante quant à la perpétration d'une infraction pour justifier que l'on entreprenne une poursuite. L'agent compétent doit analyser et vérifier les renseignements initiaux puis décider s'il existe une preuve assez forte et assez crédible pour justifier que l'on entreprenne une poursuite avec la certitude raisonnable qu'elle aboutira à une déclaration de culpabilité. [. . .]

Le processus de cueillette, de vérification et d'analyse des éléments de preuve a lieu durant le délai de prescription. Ce processus ne doit pas être utilisé pour reporter le début du délai de prescription, lequel doit être objectivement considéré comme étant le moment auquel les renseignements assez convaincants pour établir l'existence des faits sur lesquels la poursuite est fondée ont été portés pour la première fois à la connaissance et l'agent compétent. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le moment auquel le délai de prescription a commencé à courir fait l'objet d'un litige, c'est à la cour qu'il revient de décider selon une norme objective à quel moment les faits ont été portés pour la première fois à la connaissance de l'agent compétent. Il n'appartient pas à l'agent compétent de décider à partir de quel moment le délai de prescription commence à courir en faisant valoir qu'il doit faire enquête quant aux renseignements initiaux afin de vérifier leur exactitude. [Je souligne.]

[46] Généralement, et c'est certes le cas en l'espèce où l'une des contraventions reprochées réfère à une tentative de trafic de cocaïne par un membre de la GRC, la gravité de la contravention apparaît de la nature même de la contravention alléguée et du statut de son auteur. Il me semble qu'un délai d'un an est amplement suffisant pour établir les circonstances additionnelles requises pour en mesurer la gravité lorsque celle-ci n'est pas immédiatement apparente.

[47] Pour conclure sur la question de la connaissance et du degré de connaissance requis par le paragraphe 43(8) de la Loi pour actionner le mécanisme de la prescription, je suis d'avis que l'officier compétent acquiert la connaissance d'une contravention et de l'identité de son auteur lorsqu'il possède suffisamment d'informations crédibles et convaincantes quant aux éléments constitutifs de la contravention alléguée et quant à l'identité de son auteur pour raisonnablement croire que cette contravention a été commise et que la personne à qui on l'impute en est l'auteur. De là, à

and confirm the credible and persuasive information received and now known regarding the contravention and its perpetrator can be carried out, if it is deemed necessary. Accordingly, for there to be knowledge of these facts for the purposes of a limitation period, there need not be evidence beyond all reasonable doubt or for its existence to have been confirmed by proof or verification. As Keenan J. so clearly puts it in *Fingold*, at paragraph 56, “‘knowledge’ does not require proof or verification to constitute knowledge.”

Standard of assessment of knowledge applicable to knowledge by appropriate officer

[48] I think it is now well settled that the standard of assessment of the knowledge of a person empowered to initiate a prosecution is, for the purposes of a limitation period in which the starting point is the knowledge the person has of the contravention, an objective standard: see *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia*; *R. v. Fingold*; *R. v. Sentes* (2003), 175 Man. R. (2d) 84 (Prov. Ct.). The reasons for this are quite simple, and indeed obvious.

[49] To begin with, it is not up to the person with such powers, here the appropriate officer, to determine the time when he acquires the knowledge which is sufficient to cause the limitation to run. That determination is for the tribunal before which it is alleged that the proceedings are subject to limitation, that is in the case at bar, the Adjudication Board. The determination of what the appropriate officer knew and the time he knew it is made objectively by the Adjudication Board based on the evidence before it. The subjective opinion of the appropriate officer on these points, or on what he needed to know, has no conclusive effect. It is only one relevant factor which the Adjudication Board must take into account in analyzing the question before it.

[50] In *Fingold*, Keenan J. wrote at paragraph 45, in discussing a prosecution in a criminal court under the *Securities Act* [R.S.O. 1990, c. S.5]:

l’intérieur du délai de prescription, une enquête de vérification et de confirmation des informations crédibles et convaincantes reçues et maintenant connues quant à la contravention et à son auteur peut se faire, si le besoin s’en fait sentir. Il n’est donc pas nécessaire, pour qu’il y ait une connaissance de ces faits aux fins de la prescription, qu’une preuve hors de tout doute raisonnable de ceux-ci ait été colligée ou que leur existence ait été confirmée par une enquête de vérification ou de certification. Comme le dit si bien le juge Keenan dans l’affaire *Fingold*, au paragraphe 56 [TRADUCTION] « pour avoir “connaissance” d’un fait, il n’est pas nécessaire que celui-ci soit prouvé ou vérifié ».

La norme d’appréciation de la connaissance applicable à la connaissance de l’officier compétent

[48] Je crois qu’il est maintenant bien établi que la norme d’appréciation de la connaissance d’une personne habilitée à intenter une poursuite est, pour les fins d’une prescription dont le point de départ est la connaissance qu’elle a de la contravention, une norme objective : voir *Romashenko v. Real Estate Council of British Columbia*; *R. v. Fingold*; *R. v. Sentes* (2003), 175 Man. R. (2d) 84 (C. P.). Les raisons en sont bien simples, pour ne pas dire évidentes.

[49] Premièrement, il n’appartient pas à la personne ainsi habilitée, en l’occurrence l’officier compétent, de déterminer le moment où il acquiert une connaissance suffisante pour déclencher la prescription. Cette détermination appartient au tribunal devant qui il est allégué que les poursuites sont prescrites, c’est-à-dire, dans le cas qui nous occupe, le Comité d’arbitrage. Cette détermination de ce que savait l’officier compétent et du moment où il l’a su est faite objectivement par le Comité d’arbitrage à partir de la preuve qui est devant lui. L’opinion subjective de l’officier compétent quant à ces deux questions ou quant à ce qu’il avait besoin de savoir n’est aucunement déterminante. Elle n’est qu’un facteur pertinent dont le Comité d’arbitrage doit tenir compte dans l’analyse de la question qui lui est soumise.

[50] Dans l’affaire *Fingold*, le juge Keenan écrit au paragraphe 45, dans le contexte d’une poursuite devant une cour pénale en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* [L.R.O. 1990, ch. S.5] :

It is for the Court to determine whether the prosecution has proved . . . that it complied with the limitation requirements of the *Securities Act*. The test is an objective one based upon the evidence before the Court. The Commission's subjective belief that the limitation period commenced on January 27, 1992 is not determinative although it is a factor to be considered along with all the other evidence on the issue. [Underlining added.]

[51] It would obviously be too easy to invalidate a limitation provision if one had to rely on the subjective assessment of the person against whom it is raised.

[52] Second, the objective standard of assessment accepted by the courts refers to a test of "reasonableness" to describe the belief which the appropriate officer must have that a contravention has been committed and that the person to whom it is attributed is the perpetrator. Faced with the same information which the appropriate officer had, a reasonable person could only come to the same conclusion.

Application of this knowledge test to facts of case at bar

[53] The Adjudication Board that heard and saw the witnesses concluded that Supt. Sugrue had knowledge of the alleged contravention and the identity of its perpetrator, but had that knowledge as director of the OCCI. Clearly, when Supt. Sugrue acted temporarily as the appropriate officer, with the full powers of the position, he still had knowledge of the contravention and its perpetrator. However, the Adjudication Board excluded him on the ground, which in my opinion was quite artificial, that when he was acting as appropriate officer he did not have the knowledge in that capacity, but in his capacity as officer responsible for the OCCI. In other words, on this reasoning Supt. Sugrue left his knowledge in the cloakroom with his overcoat when he entered the office of the appropriate officer and assumed the full duties.

[54] This is the language used by the Adjudication Board, at appeal book, Vol. I, page 128, to describe this disembodied viewpoint:

[TRANSLATION] C'est à la cour qu'il appartient de décider si la poursuite a prouvé [. . .] qu'elle a respecté les délais de prescription prévus dans la *Loi sur les valeurs mobilières*. Le critère utilisé est un critère objectif fondé sur la preuve soumise à la Cour. La conviction subjective de la Commission que le délai de prescription a commencé à courir le 27 janvier 1992 n'est pas déterminante malgré qu'elle constitue un élément, parmi tous les éléments de preuve, dont on doit tenir compte. [Soulignement ajouté.]

[51] Il serait évidemment trop facile de rendre inopérante une disposition relative à la prescription s'il fallait s'en remettre à l'appréciation subjective de la personne contre qui elle est invoquée.

[52] Deuxièmement, la norme objective d'appréciation retenue par les tribunaux réfère à un critère de « raisonabilité » pour qualifier la croyance que l'officier compétent doit avoir qu'une contravention a été commise et que la personne à qui on l'impute en est l'auteur. Confrontée à la même information dont dispose l'officier compétent, une personne raisonnable ne pourrait qu'en arriver à la même conclusion.

Application de ce test de la connaissance aux faits de l'espèce

[53] Le Comité d'arbitrage qui a entendu et vu les témoins a conclu que le surintendant Sugrue connaissait la contravention reprochée et l'identité de son auteur, mais que c'est à titre de directeur de l'OREC qu'il possédait cette connaissance. Évidemment, lorsque le surintendant Sugrue a agi à titre temporaire comme officier compétent avec les pleins pouvoirs du poste, il possédait toujours cette connaissance de la contravention et de son auteur. Mais le Comité d'arbitrage l'a exclue au motif, bien artificiel selon moi, que lorsqu'il agissait comme officier compétent, il n'avait pas cette connaissance en cette capacité, mais plutôt en sa capacité de responsable de l'OREC. En d'autres termes, selon ce raisonnement, le surintendant Sugrue laissait sa connaissance au vestiaire avec son paletot lorsqu'il entraînait dans le bureau de l'officier compétent et en assumait les pleines fonctions.

[54] Voici au dossier d'appel, vol. I, page 128, les termes utilisés par le Comité d'arbitrage pour décrire cette conception désincarnée de l'esprit :

Chief Supt. Sugrue was not the acting commanding officer when he learned of the alleged conduct of Const. Thériault but rather was acting as OCCI and it is in that capacity that he was informed since Special Investigations reported to his command. He was not, therefore, the appropriate officer at that time, was not acting in that capacity, and his knowledge was the knowledge of the OCCI. When Chief Supt. Sugrue occupied the position of acting commanding officer, he was not informed of the contraventions of the *Code of Conduct* alleged against Const. Thériault as the appropriate officer and therefore did not have to perform that role. In other words, Chief Supt. Sugrue was not seized of the disciplinary case concerning Const. Thériault as commanding officer and at the time when he was commanding officer, and his knowledge of the facts was not knowledge as appropriate officer but rather as OCCI. This knowledge did not become the knowledge of the appropriate officer solely by virtue of his interim presence in that position.

[55] The External Committee quite properly rejected this interpretation of the knowledge mentioned in subsection 43(8) of the Act. “As a general rule”, the External Committee said, “if a member knows of an allegation that another member has contravened the *Code of Conduct*, this knowledge follows him when he takes command of the Division, even though he assumes those duties on an interim basis only”: appeal book, Vol. I, page 177.

[56] However, with respect, the External Committee erred when it concluded that “it would probably ill behove Supt. Sugrue, having been assigned ‘*the duties of the temporary appointment and the permanent duties of the position*’, to bring disciplinary proceedings against the appellant, although he was entitled to do so”: at page 178.

[57] In fact, the starting point of the limitation under subsection 43(8) of the Act is not the good interpersonal relations between the incumbent appropriate officer and the acting appropriate officer, but the knowledge the appropriate officer had of the contravention and its perpetrator.

[58] It may have been desirable for purposes of internal management that the proceedings be initiated by the incumbent appropriate officer, Commanding Officer Lange, rather than by the acting appropriate officer,

Le surint. pr. Sugrue n’était pas commandant intérimaire lorsqu’il a pris connaissance de la conduite alléguée du gend. Thériault mais agissait plutôt à titre d’OREC et c’est en cette qualité qu’il a été informé puisque les Enquêtes spéciales relevaient de son commandement. Il n’était donc pas l’officier compétent à ce moment, n’agissait pas à ce titre et sa connaissance en était une de l’OREC. Lorsque le surint. pr. Sugrue occupait la fonction de commandant intérimaire, il n’a pas été informé des contraventions au *Code de déontologie* contre le gend. Thériault à titre d’officier compétent et n’a donc pas eu à exercer ce rôle. Autrement dit, le surint. pr. Sugrue n’a pas été saisi de l’affaire disciplinaire concernant le gend. Thériault en tant que commandant et au moment où il était commandant et sa connaissance des faits n’en était pas une de l’officier compétent, mais plutôt d’OREC. Cette connaissance n’est pas devenue celle de l’officier compétent du seul fait de sa présence à titre intérimaire dans ce poste.

[55] C’est à bon droit que le Comité externe a rejeté cette interprétation de la connaissance prévue au paragraphe 43(8) de la Loi. « Règle générale », dira le Comité externe, « si un membre a connaissance d’une allégation à l’effet qu’un autre membre a contrevenu au *Code de déontologie*, cette connaissance le suit lorsqu’il assume le commandement de la division, même s’il n’assume ses fonctions que de façon intérimaire » : dossier d’appel, vol. I, page 177.

[56] Là cependant où, ceci dit avec respect, le Comité externe s’est fourvoyé, c’est lorsqu’il a conclu « qu’il aurait probablement été mal venu de la part du surint. Sugrue d’intenter des procédures disciplinaires contre l’appelant, bien qu’il avait le droit de le faire, s’étant vu confier “les fonctions de la nomination temporaire ainsi que les fonctions permanentes du poste” : à la page 178.

[57] De fait, le point de départ de la prescription du paragraphe 43(8) de la Loi n’est pas les bonnes relations interpersonnelles entre l’officier compétent en titre et l’officier compétent intérimaire, mais la connaissance que l’officier compétent a de la contravention et de son auteur.

[58] Peut-être était-il souhaitable pour les fins de gestion interne que les poursuites soient intentées par l’officier compétent en titre, le commandant Lange, plutôt que par l’officier compétent intérimaire, le

Supt. Sugrue, but that is not the purpose of subsection 43(8). The two officers could speak to each other in order to carry out the purposes of the prosecution contemplated by the Act, and so comply with the requirements of the subsection 43(8) limitation. Indeed, the protection of the public interest and the integrity of the institution nevertheless required that they speak to each other and coordinate their efforts, since the running of the limitation was initiated by the knowledge the acting appropriate officer Sugrue had of the contravention and its perpetrator. If Supt. Sugrue did not wish to initiate the prosecution himself, he should have informed Commanding Officer Lange of the contravention and the identity of its perpetrator. Commanding Officer Lange would then have had ample time to make the necessary verifications, if required, and comply with the Act by initiating proceedings within the prescribed time, if he thought proceedings should be initiated.

[59] The requirement that the acting appropriate officer pass on his knowledge to the incumbent appropriate officer is apparent from the fact that the knowledge referred to in subsection 43(8) is knowledge which relates to the position or function, not to its incumbent. It is institutional knowledge, not personalized or *ad personam* knowledge. The situation could not be otherwise without compromising the very purpose of the provision and counteracting the intent of Parliament.

[60] A literal interpretation of subsection 43(8) leads to an absurdity that Parliament could not have intended. Note that the substance of subsection 43(8) is that the appropriate officer cannot initiate a hearing more than a year after the contravention and the identity of its perpetrator became known to the appropriate officer.

[61] If this statement was seen to contain, and limited to containing, personal and individualized knowledge of the two components required, this would mean that one week before the limitation was to run out it would only be necessary to appoint a new appropriate officer who was not aware of the contravention and of the identity of its perpetrator, and the 12-month limitation would not begin to run until the date he acquired such knowledge.

surintendant Sugrue, mais là n'est pas l'objectif du paragraphe 43(8). Les deux officiers pouvaient se parler pour accomplir les objectifs de poursuite envisagés par la Loi et, par le fait même, respecter ceux de la prescription du paragraphe 43(8). En fait, la protection de l'intérêt public et de l'intégrité de l'institution n'exigeait pas moins qu'ils se parlent et qu'ils coordonnent leurs efforts puisque le mécanisme de la prescription fut actionné par la connaissance que l'officier compétent intérimaire Sugrue avait de la contravention et de son auteur. Le surintendant Sugrue, s'il ne voulait pas tenter lui-même la poursuite, se devait d'informer le commandant Lange de la contravention et de l'identité de son auteur. Le commandant Lange disposait alors d'amplement de temps pour faire les vérifications nécessaires, si besoin était, et se conformer à la Loi en intentant des poursuites en temps permis, s'il jugeait à propos d'intenter des poursuites.

[59] Que l'officier compétent intérimaire devait communiquer sa connaissance à l'officier compétent en titre découle du fait que la connaissance dont fait état le paragraphe 43(8) est une connaissance qui se rattache au poste ou à la fonction et non à son titulaire. Il s'agit d'une connaissance institutionnelle et non personnalisée ou *ad personam*. Il ne peut en être autrement sans compromettre l'objectif même de la disposition et contrecarrer l'intention du législateur.

[60] En effet, une interprétation littérale du paragraphe 43(8) conduit à une absurdité que le législateur ne peut avoir voulue. Je rappelle que le paragraphe 43(8) stipule dans son essence que l'officier compétent ne peut convoquer une audience plus d'une année après que la contravention et l'identité de son auteur ont été portées à sa connaissance.

[61] Alors si on voit dans cet énoncé, et on se limite à y voir, une connaissance personnelle et individualisée des deux éléments requis, cela signifie qu'à une semaine de l'acquisition de la prescription, il suffit de nommer un nouvel officier compétent qui n'est pas au courant de la contravention et de l'identité de son auteur. Et la prescription de 12 mois ne commence à courir que du jour où il acquerra cette connaissance.

[62] Worse still, the limitation might already have run out so far as the incumbent officer was concerned, but it would only be necessary to appoint a new appropriate officer for the limitation period to begin over again and not begin to run until the day he personally had knowledge of the contravention and its perpetrator.

[63] In short, an interpretation which does not take into account the intended purpose and the context in which the provision occurs results in making it completely meaningless and depriving it of its content and consequences at the expense of the offender. As I mentioned at the start of these reasons, the subsection 43(8) limitation serves the twofold purpose of protecting the public and the credibility of the institution and providing fair treatment for the members of that institution.

[64] On the other hand, an interpretation of subsection 43(8) of the Act by which the knowledge is linked to the position or function of appropriate officer rather than to the incumbent makes it possible to reconcile these two objectives. Thus, the appropriate officer who signs the certificate certifying the time knowledge of the contravention and the identity of its perpetrator occurred is not certifying the date on which he personally acquired knowledge of these two matters, but the date the knowledge of these two matters was attributable to the position or function of appropriate officer.

[65] The objectives sought by Parliament in enacting the limitation rule in subsection 43(8) clearly cannot be avoided by allowing one appropriate officer to disregard or divest himself of knowledge which he has and another, who ultimately initiates the proceedings, to rely on belated knowledge or a lack of knowledge, when objectively the conditions of subsection 43(8) were met: an appropriate officer performing the full powers of the position was familiar with the components of the contravention and the identity of its perpetrator.

[66] Both the Adjudication Board and the External Committee concluded that Supt. Sugrue had the knowledge required by subsection 43(8) of the Act before he assumed the position of appropriate officer in

[62] Pire encore, la prescription pourrait déjà être acquise par rapport à l'officier en poste, mais il suffirait de nommer un nouvel officier compétent pour que le délai de prescription renaisse et ne commence à courir que du jour où il prendra personnellement connaissance de la contravention et de son auteur.

[63] En somme, une interprétation qui ne tient pas compte de l'objectif recherché et du contexte dans lequel s'inscrit la disposition mène à une stérilisation complète de celle-ci et la vide de son contenu et de ses effets au détriment du contrevenant. Comme je le mentionnais au début des présents motifs, la prescription du paragraphe 43(8) sert le double objectif de protéger le public et la crédibilité de l'institution et d'accorder un traitement équitable aux membres de cette institution.

[64] Par contre, une interprétation du paragraphe 43(8) de la Loi qui fait en sorte que la connaissance se rattache au poste ou à la fonction d'officier compétent plutôt qu'au titulaire permet de concilier ces deux objectifs. Ainsi, l'officier compétent qui signe le certificat attestant du moment de la connaissance de la contravention et de l'identité de son auteur ne certifie pas la date à laquelle il a pris personnellement connaissance de ces deux éléments, mais bien la date où la connaissance de ces éléments est imputable au poste ou à la fonction de l'officier compétent.

[65] Les objectifs recherchés par le législateur en édictant la norme de prescription du paragraphe 43(8) ne sauraient être contournés en permettant qu'un officier compétent fasse abstraction ou se départisse de la connaissance qu'il a et qu'un autre, qui finalement intente les poursuites, puisse invoquer une connaissance tardive ou une absence de connaissance alors qu'objectivement les conditions du paragraphe 43(8) étaient satisfaites : un officier compétent assumant les pleins pouvoirs de la fonction connaissait les éléments constitutifs de la contravention et l'identité de son auteur.

[66] Tant le Comité d'arbitrage que le Comité externe ont conclu que le surintendant Sugrue avait la connaissance requise par le paragraphe 43(8) de la Loi avant qu'il n'assume les fonctions d'officier compétent

May 1999: see decision of External Committee, appeal book, Vol. I, page 177, paragraph 12. There is no question, and this is the conclusion to which I must inevitably come, that the filing of disciplinary complaints on October 23, 2000, was beyond the limitation period set out in subsection 43(8) of the Act. At that time, the appropriate officer could not initiate a hearing of the Adjudication Board.

[67] As mentioned earlier, the Judge took a different approach in concluding that the limitation period did not apply. Essentially, and his reasoning and approach are to be found at paragraphs 34, 35 and 42 to 49 of his judgment, he concluded that the knowledge referred to in subsection 43(8) of the Act could not exist so long as the internal RCMP investigations had not been completed and all the facts were not known in order to exercise the right of prosecution. This conclusion is apparent from paragraph 48 of his judgment, which I set out below:

I adhere to the respondent's thesis that [TRANSLATION] "the appropriate officer must have had knowledge of all the facts that are necessary to enable him or her to decide with full knowledge of the case whether he or she should or should not initiate a disciplinary hearing" (Respondent's Record, page 78). In my opinion, O/C Lange was informed of all the necessary facts on November 8, 1999 and it was from that date that the one-year limitation period ran.

[68] With respect, the Judge confused limitation and exercise of the right of prosecution, the purposes of which may be complementary but are clearly different, and require different evidence.

[69] To start the limitation period running, it is not necessary to have available all the evidence or information required to carry out a prosecution. It is not necessary to have reasonable grounds for prosecution. The position taken by the Judge has the effect of extending the limitation period beyond what is contemplated by subsection 43(8) of the Act. It amounts to inserting in the provision conditions that are not there. Subsection 43(8) requires knowledge of the contravention and of the identity of its perpetrator. Adopting the Judge's position amounts to rewriting it as follows:

en mai 1999 : voir la décision du Comité d'examen, dossier d'appel, vol. I, page 177, paragraphe 12. Il n'y a pas de doute et c'est la conclusion inévitable à laquelle je dois en venir, que le dépôt des plaintes disciplinaires le 23 octobre 2000 se situait en dehors du délai de prescription du paragraphe 43(8) de la Loi. À ce moment, l'officier compétent ne pouvait convoquer une audience du Comité d'arbitrage.

[67] Tel que déjà mentionné, le juge a adopté une approche différente pour conclure que la prescription n'était pas acquise. Essentiellement, et l'on retrouve son cheminement et son approche aux paragraphes 34, 35 et 42 à 49 de sa décision, il a conclu que la connaissance dont il est fait mention au paragraphe 43(8) de la Loi ne pouvait exister tant que les enquêtes internes de la GRC n'étaient pas complétées et que tous les faits n'étaient pas connus pour pouvoir exercer le droit de poursuite. Cette conclusion ressort clairement du paragraphe 48 de sa décision que je reproduis :

J'adhère à la thèse du défendeur, selon laquelle « l'officier compétent doit avoir eu connaissance de l'ensemble des faits qui sont nécessaires pour lui permettre de juger en toute connaissance de cause de la question à savoir s'il doit convoquer ou non une audience disciplinaire » (dossier du défendeur, page 78). À mon avis, le Commandant Lange a été informé de l'ensemble des faits nécessaires le 8 novembre 1999 et c'est à partir de cette date que la prescription d'un an courait.

[68] Avec respect, le juge a confondu la prescription et l'exercice du droit de poursuite, lesquels ont des objectifs peut-être complémentaires, mais nettement différents, de même qu'ils exigent des éléments de preuve différents.

[69] Pour démarrer la prescription, il n'est pas nécessaire d'avoir en main toute la preuve ou l'information qui est requise pour exercer le droit de poursuite. Il ne s'agit pas d'avoir des motifs raisonnables de poursuivre. La position prise par le juge a pour effet de proroger le délai de prescription au-delà de ce qui est envisagé par le paragraphe 43(8) de la Loi. Elle revient à insérer dans la disposition des conditions qui n'y apparaissent pas. Le paragraphe 43(8) requiert la connaissance de la contravention et de l'identité de son auteur. Adopter la position du juge revient à la réécrire ainsi :

No hearing may be initiated by an appropriate officer under this section in respect of an alleged contravention of the Code of Conduct by a member after the expiration of one year from the time the contravention and the identity of that member became known to the appropriate officer and from the time the appropriate officer has knowledge of all the facts enabling him to decide whether to prosecute. [Emphasis refers to additions to the provision.]

CONCLUSION

[70] For these reasons, I consider that the proceedings brought against the appellant were subject to limitation and that a hearing before an Adjudication Board could not be initiated. My determination may seem shocking in view of the evidence of the facts presented against the appellant at the hearing by the Adjudication Board; however, it is the result of the handling of this case by the appellant's superiors and it is imposed by the Act.

[71] Consequently, I would allow the appeal with costs, I would set aside the judgment of the Federal Court Judge and, making the decision which should have been made, I would allow the application for judicial review with costs and set aside the decision of the RCMP Commissioner ordering the appellant's dismissal.

NADON J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

L'officier compétent ne peut convoquer une audience en vertu du présent article relativement à une contravention au code de déontologie censément commise par un membre plus d'une année après que la contravention et l'identité de ce membre ont été portées à sa connaissance et après que l'officier compétent ait eu connaissance de l'ensemble des faits qui vont lui permettre de décider s'il va poursuivre ou non. [Le souligné réfère aux ajouts à la disposition.]

CONCLUSION

[70] Pour ces motifs, je suis d'avis que les poursuites intentées contre l'appelant étaient prescrites et qu'une audience devant un Comité d'arbitrage ne pouvait être convoquée. Cette conclusion à laquelle j'en viens peut paraître choquante compte tenu de la preuve des faits déposés contre l'appelant lors de l'audience du Comité d'arbitrage. Mais elle résulte du traitement qui fut fait de ce dossier par les supérieurs de l'appelant et elle m'est imposée par la Loi.

[71] En conséquence, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du juge de la Cour fédérale et, procédant à rendre la décision qui aurait dû être rendue, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire avec dépens et j'annulerais la décision du commissaire de la GRC ordonnant le renvoi de l'appelant.

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

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

T-917-05
2006 FC 138

T-917-05
2006 CF 138

Finger-Shield (UK) Limited and Frank Joseph Garvey (Applicants)

Finger-Shield (UK) Limited et Frank Joseph Garvey (demandeurs)

v.

c.

The Commissioner of Patents (Respondent)

Le commissaire aux brevets (défendeur)

INDEXED AS: FINGER-SHIELD (UK) LTD. v. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : FINGER-SHIELD (UK) LTD. c. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (C.F.)

Federal Court, Strayer D.J.—Saskatoon, Saskatchewan, January 13; Ottawa, February 6, 2006.

Cour fédérale, juge suppléant Strayer—Saskatoon (Saskatchewan), 13 janvier; Ottawa, 6 février 2006.

Patents — Practice — Judicial review of Commissioner of Patents' refusal to allow Canadian national phase entry of patent — Original application for patent filed in Switzerland in August 1999 — In February 2003 applicants requesting entry into Canadian national phase — Applicants authorizing payment from standing account of basic national fee, annual maintenance fee required by Patent Rules — Not paying late payment fee until requested in April 2003 — Subsequently advised late fee not accepted because not submitted within 42-month period required by Patent Rules, s. 58(3)(b) — Interpretation of s. 58(3)(b) — S. 58(3)(b) requiring late payment fee to be paid within 42 months of international filing date, i.e. February 2003.

Brevets — Pratique — Contrôle judiciaire de la décision du commissaire aux brevets par laquelle il a refusé l'entrée d'un brevet dans la phase nationale au Canada — La demande initiale a été présentée en Suisse au mois d'août 1999 — En février 2003, les demandeurs ont présenté une demande d'entrée dans la phase nationale du Canada — Ils y ont joint une autorisation de paiement permettant le prélèvement sur leur compte permanent du montant de la taxe nationale de base et de la taxe annuelle pour le maintien de la demande exigée aux termes des Règles sur les brevets — Les demandeurs n'ont versé la surtaxe pour paiement en souffrance qu'en avril 2003 lorsque le versement a été exigé — On les a plus tard informé que la surtaxe ne serait pas acceptée parce que le paiement n'avait pas été effectué dans le délai de 42 mois prévu à l'art. 58(3)(b) — Interprétation de l'art. 58(3)(b) — Cette règle exigeait que la surtaxe pour le paiement en souffrance soit versée dans les 42 mois suivant la date du dépôt de la demande internationale, c'est-à-dire avant février 2003.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
Patent Rules, SOR/96-423, ss. 3.1 (as enacted by SOR/2003-208, s. 2), 58(1),(2),(3) (as am. by SOR/2002-120, s. 1), Sch. II, item 10(a) (as am. by SOR/2003-208, s. 15), 11.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 3.1 (édicte par DORS/2003-208, art. 2), 58(1),(2),(3) (mod. par DORS/2002-120, art. 1), ann. II, art. 10a) (mod. par DORS/2003-208, art. 15), 11.
Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

CONSIDERED:

Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), [2002] 1 F.C. 325; (2001), 14 C.P.R. (4th) 499; 209 F.T.R. 260; 2001 FCT 879; affd [2003] 4 F.C. 67; (2003), 24 C.P.R. (4th) 157; 301 N.R. 152; 2003 FCA 121; leave to appeal to S.C.C. denied, [2003] 3 S.C.R. vi.; *Thinkstream Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 894.

APPLICATION for judicial review of Commissioner of Patents' refusal to allow Canadian national phase entry of patent because the late fee was out-of-time. Application dismissed.

APPEARANCES:

Cory J. Furman and Scott E. Davidson for applicants.
Marlon J. Miller for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Furman & Kallio, Regina, Saskatchewan, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

STRAYER D.J.:

INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Commissioner of Patents dated September 24, 2004, confirmed after review on December 9, 2004, in which he refused to allow the Canadian national phase entry of a patent.

FACTS

[2] The applicant Frank Garvey is the inventor of a device called a "Finger Protector Device" and Finger-Shield (UK) Limited is the assignee of his patent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 1 C.F. 325; 2001 CFPI 879; conf. par [2003] 4 C.F. 67; 2003 CAF 121; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2003] 3 R.C.S. vi.; *Thinkstream Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 894.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du commissaire aux brevets refusant l'entrée d'un brevet dans la phase nationale au Canada parce que le versement du paiement en souffrance était hors délai. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Cory J. Furman et Scott E. Davidson pour les demandeurs.
Marlon J. Miller pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Furman & Kallio, Régina (Saskatchewan), pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

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

LE JUGE SUPPLÉANT STRAYER :

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue le 24 septembre 2004, et confirmée après réexamen le 9 décembre 2004, par laquelle le commissaire aux brevets a refusé l'entrée d'un brevet dans la phase nationale au Canada.

LES FAITS

[2] Le demandeur, Frank Garvey, est l'inventeur d'un dispositif appelé « Finger Protector Device », et Finger-Shield (UK) Limited est le cessionnaire du

The original application was filed at the World Intellectual Property Office in Switzerland on August 9, 1999.

[3] On February 4, 2003 the applicants sent to the Canadian Intellectual Property Office (the CIPO) a request for entry into the national phase of that patent application already filed in Europe, pursuant to the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT) (1970). Along with that request the applicants sent authorization for the payment from their standing account of the basic national fee as required by paragraph 10(a) of Schedule II [as am. by SOR/2003-208, s. 15] of the *Patent Rules*, SOR/96-423. Those rules also require an annual maintenance fee commencing on the second anniversary of the priority date which in this case would have been August 9, 2001, and on February 6, 2003 the applicants authorized the payment of these fees from their account. At that time the applicants did not pay the “late payment fee” required by item 11 of Schedule II and payment of this was requested by the CIPO on April 16, 2003. That same day the applicants sent to the CIPO an authorization for the payment of the late payment fees from its standing account. However on September 24, 2004 the CIPO advised the applicants that it would not accept the late fee purportedly paid on April 16, 2003 because it was not submitted within the time required by paragraph 58(3)(b) [as am. by SOR/2002-120, s. 1] of the *Patent Rules*. On November 4, 2004 the applicants requested a reconsideration of this refusal and on January 6, 2005 the CIPO advised the applicants that after reconsideration it was maintaining its position that the late fee had been received after the time permitted by paragraph 58(3)(b) of the *Patent Rules*.

[4] Subsections 58(1), (2) and (3) of the *Patent Rules* provide as follows:

58. (1) An applicant who designates Canada, or who designates and elects Canada, in an international application shall, within the time prescribed by subsection (3),

(a) where the International Bureau of the World Intellectual Property Organization has not published the

brevet. La demande initiale a été présentée à l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), en Suisse, le 9 août 1999.

[3] Le 4 février 2003, les demandeurs ont présenté à l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) une demande d’entrée dans la phase nationale du Canada pour la demande de brevet déjà déposée en Europe, conformément au *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 2] (PCT) (1970). Les demandeurs y ont joint une autorisation de paiement permettant le prélèvement sur leur compte permanent du montant de la taxe nationale de base prévue à l’alinéa 10a) [mod. par DORS/2003-208, art. 15] de l’annexe II des *Règles sur les brevets*, DORS/96-423. Les règles prévoient également une taxe annuelle pour le maintien de la demande en état à partir du deuxième anniversaire suivant la date de priorité, qui aurait été en l’occurrence le 9 août 2001; le 6 février 2003, les demandeurs ont autorisé le paiement de ces frais sur leur compte. À ce moment-là, les demandeurs n’avaient pas versé la « surtaxe pour paiement en souffrance » prévue à l’article 11 de l’annexe II, et le versement de cette surtaxe a été exigé par l’OPIC le 16 avril 2003. Le même jour, les demandeurs ont envoyé à l’OPIC une autorisation de paiement de la surtaxe à même leur compte permanent. Cependant, le 24 septembre 2004, l’OPIC a informé les demandeurs qu’il n’accepterait pas la surtaxe qui aurait été versée le 16 avril 2003 parce que le paiement n’avait pas été effectué dans le délai prévu à l’alinéa 58(3)b) [mod. par DORS/2002-120, art. 1] des *Règles sur les brevets*. Le 4 novembre 2004, les demandeurs ont demandé le réexamen du refus et, le 6 janvier 2005, l’OPIC les a informés que, après réexamen, il maintenait sa position, à savoir que la surtaxe avait été versée après l’expiration du délai prévu à l’alinéa 58(3)b) des *Règles sur les brevets*.

[4] Les paragraphes 58(1), (2) et (3) des *Règles sur les brevets* prévoient ce qui suit :

58. (1) Le demandeur qui, dans une demande internationale, désigne le Canada ou désigne et élit le Canada est tenu, dans le délai prévu au paragraphe (3) :

a) lorsque le Bureau international de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle n’a pas publié la

international application, provide the Commissioner with a copy of the international application;

(b) where the international application is not in English or French, provide the Commissioner with a translation of the international application into either English or French; and

(c) pay the basic national fee set out in item 10 of Schedule II.

(2) An applicant who complies with the requirements of subsection (1) after the second anniversary of the international filing date shall, within the time prescribed by subsection (3), pay any fee set out in item 30 of Schedule II that would have been payable in accordance with section 99 or 154 had the international application been filed in Canada as a Canadian application on the international filing date.

(3) An applicant shall comply with the requirements of subsection (1) and, where applicable, subsection (2) not later than on the expiry of

(a) the 30-month period after the priority date; or

(b) where the applicant pays the additional fee for late payment set out in item 11 of Schedule II, the 42-month period after the priority date.

[5] The applicants contend that paragraph 58(3)(b) does not require that the late payment fee be made within the 42 months from the international filing date. All that is required by subsection 58(3) is that the applicant must have provided the Commissioner of Patents with a copy of the international application in either French or English, paid the basic national fee for entry into the national phase of the application, as required under subsection 58(1); and paid any maintenance fees as required by subsection 58(2). They argue that they met the requirements of the opening lines in subsection 58(3), having complied with subsections (1) and (2), all within the 42-month period referred to in paragraph 58(3)(b). In their view that sufficed to comply with paragraph 58(3)(b) as long as they had at some time paid the late payment fee which they can do after the expiry of 42 months. (The 42-month period expired on February 9, 2003; the applicants submitted an authorization for a payment of the late payment fee on April 16, 2003.)

demande internationale, de remettre au commissaire une copie de cette demande;

b) lorsque la demande internationale n'est ni en français ni en anglais, de remettre au commissaire la traduction française ou anglaise de cette demande;

c) de verser la taxe nationale de base prévue à l'article 10 de l'annexe II.

(2) Le demandeur qui se conforme aux exigences du paragraphe (1) après le deuxième anniversaire de la date du dépôt international verse, dans le délai visé au paragraphe (3), la taxe prévue à l'article 30 de l'annexe II qui aurait été exigible selon les articles 99 ou 154 si la demande internationale avait été déposée au Canada à titre de demande canadienne à la date du dépôt international.

(3) Le demandeur se conforme aux exigences du paragraphe (1) et, s'il y a lieu, du paragraphe (2) dans le délai suivant :

a) dans les trente mois suivant la date de priorité;

b) s'il verse la surtaxe pour paiement en souffrance prévue à l'article 11 de l'annexe II, dans les quarante-deux mois suivant la date de priorité.

[5] Les demandeurs soutiennent que l'alinéa 58(3)b) n'exige pas que la surtaxe pour paiement en souffrance soit versée dans les 42 mois suivant la date du dépôt de la demande internationale. Le paragraphe 58(3) exige simplement que le demandeur ait remis au commissaire aux brevets une copie de la demande internationale en français ou en anglais, ait versé, comme le prévoit le paragraphe 58(1), la taxe nationale de base pour l'entrée dans la phase nationale et ait versé les taxes périodiques pour le maintien de la demande en état comme l'exige le paragraphe 58(2). Ils font valoir qu'ils ont satisfait aux exigences des premières lignes du paragraphe 58(3), car ils ont respecté les dispositions des paragraphes (1) et (2), le tout dans le délai de 42 mois prévu à l'alinéa 58(3)b). Selon eux, il suffisait de respecter les exigences prévues à l'alinéa 58(3)b) pourvu qu'ils aient, à un moment donné, versé la surtaxe pour paiement en souffrance, ce qu'ils peuvent faire après l'expiration du délai de 42 mois. (Le délai de 42 mois expirait le 9 février 2003; les demandeurs ont présenté une autorisation de versement de la surtaxe pour paiement en souffrance le 16 avril 2003.)

ISSUES

[6] (1) What is the standard of review?

(2) Was the Commissioner of Patents right to refuse entry into the national phase?

ANALYSIS

Standard of Review

[7] The parties are in agreement that the relevant standard here is that of correctness, this decision involving the interpretation of a statutory instrument, namely paragraph 58(3)(b) of the *Patent Rules*. I believe that position to be justified on a pragmatic and functional analysis.

[8] In *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 1 F.C. 325 (T.D.) Dawson J. considered the standard of review of a decision by the Commissioner of Patents as to the interpretation of requirements in the *Patent Rules* with respect to the payment of maintenance fees. She found that the only privative provisions were those of sections 18 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] which make it clear that the Commissioner is subject to judicial review. She considered that the Commissioner's expertise does not include the interpretation of statutes and statutory instruments, and that any such decision has precedential effect. She felt that the object of the Act was more to establish rights between parties, and decisions with respect of payment of fees as prescribed by the *Patent Rules*, are not polycentric in nature involving a balancing test. The nature of the issue is a question of law. Based on these considerations she concluded that less deference was owed and that the standard of correctness applied. Her conclusion on this point was affirmed by the Federal Court of Appeal in *Dutch Industries Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2003] 4 F.C. 67, at paragraph 23; leave to appeal to S.C.C. denied [2003] 3 S.C.R. vi. I believe the same considerations apply to the question in the present case concerning the interpretation of the *Patent Rules* in respect of late payment fees.

QUESTIONS EN LITIGE

[6] 1) Quelle est la norme de contrôle?

2) Le commissaire aux brevets a-t-il refusé à bon droit l'entrée dans la phase nationale?

ANALYSE

La norme de contrôle

[7] Les parties s'entendent pour dire que la norme applicable est celle de la décision correcte, puisque la décision comporte l'interprétation d'un texte législatif, à savoir l'alinéa 58(3)b des *Règles sur les brevets*. Je pense que cette position est justifiée au regard de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

[8] Dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 1 C.F. 325 (1^{re} inst.), la juge Dawson a examiné la norme de contrôle d'une décision rendue par le commissaire aux brevets relativement à l'interprétation des exigences énoncées dans les *Règles sur les brevets* au sujet du paiement de la taxe pour le maintien en état. Elle a conclu que les seules dispositions privatives étaient les articles 18 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7], qui établissent clairement que le commissaire est assujéti au contrôle judiciaire. Elle a estimé que l'expertise du commissaire ne s'étend pas à l'interprétation des lois et textes réglementaires et que toute décision en ce sens a titre de précédent. Selon elle, l'objet de la Loi est plutôt de définir les droits des parties, et les décisions relatives au paiement des taxes prescrites par les *Règles sur les brevets* ne sont pas de nature polycentrique et n'emportent pas l'application d'un critère de pondération. La question en litige est une question de droit. Compte tenu de ces considérations, la juge a conclu qu'un degré de retenue moins élevé s'imposait et que la norme de la décision correcte s'appliquait. Sa conclusion à cet égard a été confirmée par la Cour d'appel fédérale dans *Dutch Industries Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2003] 4 C.F. 67, au paragraphe 23; demande d'autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. rejetée [2003] 3 R.C.S. vi. Je crois que les mêmes considérations s'appliquent en l'espèce à l'interprétation des *Règles sur les brevets* concernant le versement de la surtaxe pour paiement en souffrance.

[9] The critical provision in question here is the meaning of paragraph 58(3)(b) of the *Patent Rules* which allows the applicant for entry of a national phase (if he has not complied with the normal 30-month limitation period) to comply with subsections 58(1) and (2) within

58. (3) . . .

(b) where the applicant pays the additional fee for late payment set out in item 11 of Schedule II, the 42-month period after the priority date.

The applicants argue that there is nothing in paragraph 58(3)(b) which specifies when the late payment fee must be made. All that is required is that the proper documents and basic national fee be provided to the Commissioner and any relevant maintenance fees be paid, all before the expiry of 42 months which was done in this case. While it is also required that the late payment fee be paid some time, there is no requirement that it be paid within 42 months. I would agree that the paragraph is capable of being read in that fashion. It is also capable of being read as requiring the late payment fee to be paid within the 42-month period. There is indeed some ambiguity which requires interpretation. I believe that the latter meaning is the one which should be ascribed to the paragraph.

[10] First, it seems to me that this is the more likely meaning of the bare language of the paragraph. In the context of subsection 58(3), it is required that the applicant provide the necessary documents, pay the national fee, and pay any maintenance fees and he may do this within a period of up to 42 months after the priority date “where [he] pays the additional fee for late payment.” That implies to me an action which must take place before or concurrently with the compliance with the other requirements.

[11] The applicants submit, and I agree, that we should be guided in the interpretation of an ambiguous statutory provision by principles summarized in the reasons of Iacobucci J. for the Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21 where he said:

[9] La question fondamentale en l’espèce est le sens de l’alinéa 58(3)b) des *Règles sur les brevets*, qui autorise le demandeur à entrer dans une phase nationale (s’il n’a pas respecté les exigences dans le délai habituel de 30 mois) pour se conformer aux paragraphes 58(1) et (2)

58. (3) [. . .]

b) s’il verse la surtaxe pour paiement en souffrance prévue à l’article 11 de l’annexe II, dans les quarante-deux mois suivant la date de priorité.

Les demandeurs soutiennent que l’alinéa 58(3)b) ne précise pas quand la surtaxe pour paiement en souffrance doit être versée. Il suffit que les documents utiles et la taxe nationale de base soient remis au commissaire, accompagnés le cas échéant des taxes pour le maintien de la demande en état, le tout dans un délai de 42 mois, ce qui a été fait en l’espèce. Même s’il est également exigé que la surtaxe pour paiement en souffrance soit versée à un moment donné, il n’est pas exigé qu’elle le soit dans le délai de 42 mois. Je conviens que la disposition peut être interprétée de cette façon. Elle peut aussi être interprétée comme si elle exigeait que la surtaxe pour paiement en souffrance soit versée avant l’expiration du délai de 42 mois. La disposition est effectivement un peu ambiguë et, par conséquent, sujette à interprétation. Et je crois que c’est le deuxième sens qu’il faut attribuer à cet alinéa.

[10] Premièrement, il me semble que c’est le sens le plus probable de cet alinéa compte tenu de son libellé même. En vertu du paragraphe 58(3), le demandeur doit fournir les documents nécessaires, payer la taxe nationale de base et les taxes pour le maintien de la demande en état dans un délai de 42 mois suivant la date de priorité « s’il verse la surtaxe pour paiement en souffrance ». Cela suppose, selon moi, que des mesures doivent être prises pour remplir ces conditions avant ou en même temps que les autres conditions.

[11] Les demandeurs estiment, et je suis d’accord avec eux, qu’une disposition législative ambiguë devrait être interprétée à l’aide des principes qu’a résumés le juge Iacobucci dans ses motifs dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

I find it difficult, however, to accept the applicants' proposed interpretation, that there be no time limit on the payment of late payment fees, as being harmonious with the scheme of the Act. It would mean, in effect, that while to extend the application of an international patent to Canada the patentee must act within, at the latest, 42 months, he may pay the late payment fee at any time thereafter. In the meantime it would not be apparent either to the Intellectual Property Office, nor to anyone interested in knowing, as to whether the application for entry into the national phase in Canada was being prosecuted or not. Seemingly the Governor in Council in adopting these *Patent Rules* considered that it was necessary to have time limits prescribed for filing the relevant materials and paying the national and maintenance fees. If so, it did not intend that the status of such an application should remain indefinitely in an uncertain state: capable of being activated by the applicant making the late payment fee at some future date, or potentially a nullity because no such payment might ever be made. Counsel for the applicants suggested in oral argument that instances of late payment of the late payment fee would be rare and this should not influence the interpretation of paragraph 58(3)(c). I do not believe the interpretation of the paragraph can be based on such a consideration, nor do I have any evidence before me as to how frequently this does happen. He further argued that there were other deadlines in the system which would prevent such an application for entry into the national phase from becoming "dead wood" simply through non-payment of the late payment fee. Again I do not think this is relevant to the proper interpretation of paragraph 58(3)(c) and the desirability of the Patent Office and others knowing whether the applicant for entry is seriously pursuing his application where 42 months has already elapsed since the international filing.

[TRANSLATION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Il me semble cependant difficile d'accepter que l'interprétation proposée par les demandeurs, à savoir qu'il n'y a pas relativement au versement de la surtaxe pour paiement en souffrance de délai limite, s'harmonise avec l'esprit de la Loi. Cela voudrait dire, en effet, que s'il veut étendre au Canada une demande de brevet international, le breveté doit agir, au plus tard, dans un délai de 42 mois, mais qu'il pourrait, par ailleurs, verser la surtaxe n'importe quand par la suite. Entre-temps, il serait impossible pour l'Office de la propriété intellectuelle ou pour quiconque de savoir s'il a été donné suite à la demande d'entrée dans la phase nationale au Canada. Apparemment, lorsque le gouverneur en conseil a adopté les *Règles sur les brevets*, il a estimé qu'il était nécessaire d'imposer des délais pour le dépôt des documents pertinents et le versement des taxes de base et des taxes pour le maintien en état. Il ne voulait certainement pas que le statut d'une demande reste indéfiniment incertain, c'est-à-dire que la demande soit susceptible d'être activée par le demandeur qui verse à une date ultérieure la surtaxe pour paiement en souffrance ou qu'elle soit éventuellement considérée comme nulle et non avenue parce que cette surtaxe pourrait ne jamais être versée. L'avocat des demandeurs a laissé entendre dans sa plaidoirie que les cas de paiement tardif de la surtaxe sont rares et que cela ne devrait pas influencer l'interprétation de l'alinéa 58(3)c). Je ne pense pas que l'interprétation de cet alinéa puisse reposer sur une telle considération et aucune preuve n'a été soumise quant au nombre de fois où ce genre de situation se produit. L'avocat a ajouté que le cadre établi prévoit d'autres délais qui empêcheraient qu'une demande d'entrée dans la phase nationale ne devienne du « bois mort » pour le simple motif que la surtaxe pour paiement en souffrance n'a pas été versée. Là encore, je ne pense pas que cet argument ait un rapport avec l'interprétation correcte de l'alinéa 58(3)c) et avec l'opportunité que l'Office et d'autres personnes sachent si le demandeur poursuit sérieusement sa demande lorsqu'il s'est déjà écoulé 42 mois depuis le dépôt de la demande internationale.

[12] I am also reassured by the decision of this Court in *Thinkstream Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 894. The facts were similar in that case in that the applicant for entry into the national phase had paid the late payment fee after the expiry of 42 months from the priority date. It was apparently assumed by the parties and the Court that by paragraph 58(3)(b) the application would be precluded from entry into the national phase, unless it could be saved by a new section 3.1 [as enacted by SOR/2003-208, s. 2] of the *Patent Rules* which provided certain relief from the timing of payment of fees. Even if that new section might have been of assistance in similar circumstances, Blais J. held that it had no application to that case because all the relevant facts had arisen before the coming into force of that section. It would not have been necessary to address that issue if paragraph 58(3)(b) were not deemed to otherwise preclude the further prosecution of the application.

[13] While counsel for the respondent submitted some argument to the effect that the Commissioner had no legal responsibility to assist or advise such applicants to ensure their compliance with the Rules, counsel for the applicants did not pursue that issue, nor shall I.

DISPOSITION

[14] The application for judicial review will therefore be dismissed. The respondent does not ask for costs.

[12] Mon point de vue est étayé par la décision de la Cour dans *Thinkstream Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 894. Les faits de l'espèce étaient semblables : le demandeur d'entrée dans la phase nationale avait versé la surtaxe pour paiement en souffrance après l'expiration du délai de 42 mois suivant la date de priorité. Les parties et la Cour semblent avoir présumé dans cette affaire qu'il n'était pas possible, suivant l'alinéa 58(3)b), de demander l'entrée dans la phase nationale à moins que s'applique une nouvelle disposition, l'article 3.1 [édicte par DORS/2003-208, art. 2] des *Règles sur les brevets*, qui confère une certaine latitude en ce qui a trait à l'expiration des délais impartis pour le versement des taxes. Même si cette nouvelle disposition aurait pu avoir une certaine utilité dans des circonstances similaires, le juge Blais a statué qu'elle ne s'appliquait pas à l'espèce parce que tous les faits pertinents s'étaient produits avant l'entrée en vigueur de la disposition. Il n'aurait pas été nécessaire d'analyser cette question si l'alinéa 58(3)b) n'était pas réputé interdire de donner suite à la demande.

[13] L'avocat du défendeur a fait valoir, dans sa plaidoirie, que le commissaire n'était pas légalement tenu d'aider ou de conseiller les demandeurs pour veiller à ce qu'ils respectent les Règles, mais l'avocat des demandeurs n'a pas abordé cette question, et je m'en garderai également.

DÉCISION

[14] La demande de contrôle judiciaire sera donc rejetée. Le défendeur ne sollicite pas les dépens.

T-1697-01
2006 FC 282

T-1697-01
2006 CF 282

Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.
(*Plaintiffs*)

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.
(*demandereses*)

v.

c.

Apotex Inc. and Novopharm Limited (*Defendants*)

Apotex Inc. et Novopharm Limited (*défenderesses*)

and

et

Apotex Inc. (*Plaintiff by Counterclaim*)

Apotex Inc. (*demanderesse reconventionnelle*)

v.

c.

Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc.
(*Defendants by Counterclaim*)

Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc.
(*défenderesses reconventionnelles*)

and

et

Apotex Inc. (*Plaintiff*) (*Third Party Claim*)

Apotex Inc. (*demanderesse*) (*mise en cause*)

v.

c.

Novopharm Limited (*Defendant*) (*Third Party Claim*)

Novopharm Limited (*défenderesse*) (*mise en cause*)

INDEXED AS: ELI LILLY AND CO. v. APOTEX INC. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : ELI LILLY AND CO. c. APOTEX INC. (C.F)

Federal Court, Aronovitch P.—Ottawa, November 28, 2005; March 3, 2006.

Cour fédérale, protonotaire Aronovitch—Ottawa, 28 novembre 2005; 3 mars 2006.

Patents — Practice — Discoverability of laboratory notebooks of assignors/inventors named in patents—Federal Courts Rules, r. 237(4) providing for examination of assignor for discovery as of right where assignee party to action — Unlike ordinary examination for discovery of party, examination under r. 237(4) of assignor, inventor cannot be used at trial, without leave, because not party to action — That fact should not be used to narrow scope of discovery — Lab notebooks not compellable by virtue of right of discovery of assignor, but on basis of relevance to pleaded defences — Where identity of inventors, assignment of patents contested, notebooks relevant, must be produced for discovery — Relevance to pleas of invalidity, inutility, sound prediction discussed — Case law of other common-law jurisdictions considered.

Brevets — Pratique — Il était question de savoir si les carnets de laboratoire des cédants/inventeurs nommés dans les brevets en cause devaient être divulgués — La règle 237(4) des Règles des Cours fédérales accorde le droit de soumettre le cédant à un interrogatoire préalable lorsque le cessionnaire est partie à l'action — À la différence de l'interrogatoire préalable ordinaire d'une partie, l'interrogatoire préalable du cédant et inventeur en vertu de la règle 237(4) ne peut être utilisé à l'instruction sans autorisation, parce qu'il n'est pas partie à l'action — Ce fait ne saurait être invoqué pour restreindre la portée de l'interrogatoire préalable — La production des carnets de laboratoire ne peut être forcée en raison du droit d'interroger au préalable le cédant, mais plutôt en fonction de leur pertinence à l'égard des moyens soulevés dans la défense — Lorsque l'identité des inventeurs ou la cession des brevets est contestée, les carnets sont pertinents et doivent être produits pour l'interrogatoire préalable — La pertinence au regard des allégations concernant l'invalidité, l'inutilité et la

prédiction valable, ainsi que la jurisprudence d'autres tribunaux de common law, ont été examinées.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 456(5) (as am. by SOR/90-846, s. 15), 494(9).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 222(2), 237(1),(4), 240, 241, 288.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Faulding (Canada) Inc. v. Pharmacia S.p.A., [1999] F.C.J. No. 448 (T.D.) (QL); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt v. Merck & Co.*, [1995] 3 F.C. 330; (1995), 62 C.P.R. (3d) 137; 185 N.R. 88 (C.A.); *Sternson Ltd. v. CC Chemicals Ltd.*, [1982] 1 F.C. 350; (1981), 58 C.P.R. (3d) 145; 36 N.R. 507 (C.A.); *Kirin-Amgen Inc. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 1; 163 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35; 46 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *Halcon International Inc. v. The Shell Transport and Trading Co. Ltd. and Others (Discovery No. 2)*, [1979] R.P.C. 459 (Pat. Ct.); *SKM. SA. and Another v. Wagner Spraytech (U.K.) Limited and Others*, [1982] R.P.C. 497 (C.A.); *Wellcome Foundation Ltd. v. VR Laboratories (Australia) Pty. Ltd.*, [1982] R.P.C. 343 (Aust. H.C.).

REFERRED TO:

Pro-Vertic (1987) Inc. v. International Diffusion Consommateur S.A. (1989), 26 C.P.R. (3d) 528; 28 F.T.R. 51 (F.C.T.D.); *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 66; 25 F.T.R. 226 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. v. Valmet OY* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.); *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447; 15 F.T.R. 154 (F.C.T.D.); *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 413 (F.C.T.D.); *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289; 47 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); *vard* (1995), 60 C.P.R. (3d) 135; 187 N.R. 284 (F.C.A.); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161; 2005 FC 1283.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles. 456(5) (mod. par DORS/90-846, art. 15), 494(9).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 222(2), 237(1),(4), 240, 241, 288.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Faulding (Canada) Inc. c. Pharmacia S.p.A., [1999] A.C.F. n° 448 (C.F. 1^{re} inst.) (QL); *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt c. Merck & Co.*, [1995] 3 C.F. 330 (C.A.); *Sternson Ltd. c. CC Chemicals Ltd.*, [1982] 1 C.F. 350 (C.A.); *Kirin-Amgen Inc. c. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [1999] A.C.F. n° 203 (1^{re} inst.) (QL); *Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 421 (1^{re} inst.) (QL); *Halcon International Inc. v. The Shell Transport and Trading Co. Ltd. and Others (Discovery No. 2)*, [1979] R.P.C. 459 (Pat. Ct.); *SKM. SA. and Another v. Wagner Spraytech (U.K.) Limited and Others*, [1982] R.P.C. 497 (C.A.); *Wellcome Foundation Ltd. v. VR Laboratories (Australia) Pty. Ltd.*, [1982] R.P.C. 343 (H.C. Aust.).

DÉCISIONS CITÉES :

Pro-Vertic (1987) Inc. c. International Diffusion Consommateur S.A., [1989] A.C.F. n° 456 (1^{re} inst.) (QL); *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1988] A.C.F. n° 1025 (1^{re} inst.) (QL); *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; 2002 CSC 77; *Beloit Canada Ltée/Ltd. et autre c. Valmet OY*, [1981] A.C.F. n° 1112 (1^{re} inst.) (QL); *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey Controls et autre)*, [1987] A.C.F. n° 434 (1^{re} inst.) (QL); *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2000] A.C.F. n° 1271 (1^{re} inst.) (QL); *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [1991] A.C.F. n° 1136 (1^{re} inst.) (QL); mod. par [1995] A.C.F. n° 226 (C.A.) (QL); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283.

MOTION for production of laboratory notebooks of inventors named in patents in dispute. Motion allowed.

APPEARANCES:

Beverly Moore and Jay Zakaïb for plaintiffs/defendants by counterclaim.

Lindsay Hill for defendant/plaintiff by counterclaim/plaintiff (third party claim) Apotex Inc.

Jeilah Y. Chan for defendant/defendant (third party claim) Novopharm Limited.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for plaintiffs/defendants by counterclaim.

Goodmans LLP, Toronto, for defendant/plaintiff by counterclaim/plaintiff (third party claim) Apotex Inc.

Bennett Jones LLP, Toronto, for defendant/defendant (third party claim) Novopharm Limited.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ARONOVITCH P.: At issue is the discoverability of the laboratory notebooks and related documents of the inventors named in the two patents in suit in this action. In particular, Apotex Inc. (Apotex), as supported by Novopharm Limited (Novopharm), has moved to compel production of the documents, collectively referred to as the laboratory notebooks of Mr. Marzoni (Marzoni) and Dr. Moder (Moder), the assignors and named inventors of Canadian patents 1217486 (the '486 patent) and 2029055 (the '055 patent) respectively. The notebooks are in the possession of the plaintiffs. The defendants request that they be produced in order to facilitate examination of the inventors pursuant to subsection 237(4) of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].¹

[2] In the underlying infringement action the plaintiffs, Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada Inc. (Lilly), claim that Apotex and Novopharm have infringed Lilly's patents through the manufacture and

REQUÊTE visant la production des carnets de laboratoire des inventeurs nommés dans les brevets en cause. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Beverly Moore et Jay Zakaïb pour les demanderesse/défenderesse reconventionnelles.

Lindsay Hill pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle/demanderesse (mise en cause) Apotex Inc.

Jeilah Y. Chan pour la défenderesse/défenderesse (mise en cause) Novopharm Limited.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour les demanderesse/défenderesse reconventionnelles.

Goodmans LLP, Toronto, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle/demanderesse (mise en cause) Apotex Inc.

Bennett Jones LLP, Toronto, pour la défenderesse/défenderesse (mise en cause) Novopharm Limited.

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

[1] LA PROTONOTAIRE ARONOVITCH : Il s'agit de décider si les carnets de laboratoire et documents connexes des inventeurs nommés dans les deux brevets en cause dans la présente action doivent être divulgués. Plus particulièrement, Apotex Inc. (Apotex), soutenue par Novopharm Limited (Novopharm), demande à la Cour d'ordonner la production des documents, désignés collectivement comme les carnets de laboratoire de MM. Marzoni et Moder, cédants et inventeurs nommés des brevets canadiens 1217486 (le brevet '486) et 2029055 (le brevet '055) respectivement. Les carnets sont en la possession des demanderesse. Les défenderesse sollicitent leur production pour faciliter l'interrogatoire préalable des inventeurs en application du paragraphe 237(4) des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles)¹.

[2] Dans l'action en contrefaçon de brevet qui a donné lieu à cette demande, les demanderesse, Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada Inc. (Lilly), prétendent qu'Apotex et Novopharm ont contrevenu aux brevets de

sale of nizatidine. Apotex and Novopharm have defended the claim with allegations of non-infringement and counterclaim against Lilly alleging that both the '486 and the '055 patent are invalid on various grounds, including obviousness, overbreadth, inutility and others.

[3] Subsection 237(4), makes provision for the examination of an assignor for discovery as of right where the assignee, in this case, Lilly, is a party to an action.

237. . . .

(4) Where an assignee is a party to an action, the assignor may also be examined for discovery.

Prior to the scheduled examinations of the inventors, Apotex' counsel requested copies of the inventors' documents relating to their work on the patents to be produced in advance.

[4] By letter dated February 25, 2005, counsel for Lilly replied that it was in the process of locating the relevant documents. Once this process was complete, counsel for Lilly wrote, it would provide copies of the relevant documents to Apotex.

[5] In later correspondence, Lilly took the position that the lab notebooks would not be produced as they were not relevant to any of the issues in the pleadings. Lilly only agreed to produce certain unspecified pages of the lab notebooks, provided that specific paragraphs in the pleadings to which the lab notebook pages related could be identified.

[6] Apotex and Novopharm argue that they would be unable to conduct a proper examination for discovery of the inventors without production of the notebooks in advance. Examining them without the benefit of reading the notebooks in advance, they claim, would be a waste of time and resources.

[7] Apotex essentially maintains that the unfettered right to examine the assignor/inventor pursuant to

Lilly en fabriquant et en vendant de la nizatidine. Apotex et Novopharm ont produit une défense dans laquelle elles nient avoir enfreint les brevets et une demande reconventionnelle contre Lilly selon laquelle tant le brevet '486 que le brevet '055 sont invalides pour différents motifs, parmi lesquels le caractère évident, la portée excessive et l'inutilité.

[3] Le paragraphe 237(4) des Règles accorde de plein droit la possibilité de soumettre le cédant à un interrogatoire préalable lorsque le cessionnaire, en l'espèce Lilly, est partie à l'action.

237. [. .]

(4) Lorsqu'un cessionnaire est partie à l'action, le cédant peut également être soumis à un interrogatoire préalable.

Avant l'interrogatoire préalable des inventeurs, l'avocat d'Apotex a demandé que des copies des documents relatifs au travail des inventeurs sur ces brevets soient déposées à l'avance.

[4] Par lettre en date du 25 février 2005, l'avocat de Lilly a répondu que cette dernière travaillait à repérer les documents pertinents et qu'une fois cette étape terminée, elle transmettrait copie des documents pertinents à Apotex.

[5] Dans une lettre ultérieure, Lilly a fait savoir qu'elle ne produirait pas les carnets de laboratoire parce qu'ils ne présentaient de pertinence à l'égard d'aucune des questions soulevées dans les actes de procédure. Elle n'a accepté de produire que certaines pages non précisées des carnets de laboratoire, à la condition que puissent être identifiés, dans les actes de procédure, les paragraphes précis auxquels se rapportaient les pages des carnets.

[6] Apotex et Novopharm font valoir qu'elles seront incapables de procéder à un interrogatoire préalable convenable des inventeurs si les carnets ne sont pas déposés à l'avance. Procéder à un examen préalable des inventeurs sans avoir pu auparavant lire les carnets, affirment-elles, équivaudrait à une perte de temps et de ressources.

[7] Apotex soutient essentiellement que le droit inconditionnel d'interroger au préalable le cédant/

subsection 237(4) encompasses the production of the inventors' lab notebooks.

[8] The purpose of the rule, according to Apotex, is to enable parties to discover information relating to the work the inventors undertook in order to understand "what the inventors did, how they did it, and when they did it in the course of making their invention" (*Faulding (Canada) Inc. v. Pharmacia S.p.A.*, [1999] F.C.J. No. 448 (T.D.) (QL), at paragraph 3) (*Faulding*). The work of the inventors being set out in detail in those notebooks, says Apotex, the notebooks are far more reliable than the inventors' unaided memories. Disclosing the notebooks therefore fulfills the purpose of the rule. Otherwise, Apotex maintains, the examining party's ability to examine the inventors would be so compromised that it would defeat the purpose of having the examination.

[9] As a secondary argument, Apotex says that the inventors' notebooks should be produced for the purposes of the inventors' examinations because they are directly relevant to pleaded grounds of invalidity. Most notably, they are relevant, to overbreadth, inoperability/inutility and sound prediction.

[10] Novopharm concurs with Apotex' submissions of fact and law and submits, in addition, that the inventors' documents are directly relevant to the issue of inventorship as pleaded by Novopharm, namely, that Moder did not actually invent the '055 patent. Specifically, the lab notebooks would show whether Moder's contribution was significant enough to enable him to claim inventorship or whether he merely postulated the problem or carried out mechanical testing and verification.

[11] Regarding Apotex' argument based on subsection 237(4), Lilly states that the rule does not provide an enlarged scope of discovery beyond what the pleadings allow. While the rule does give the right to examine the inventors for discovery, the purpose of that

inventeur conformément au paragraphe 237(4) des Règles comprend celui d'obtenir la production des carnets de laboratoire des inventeurs.

[8] L'objectif de cette disposition, selon Apotex, est de permettre aux parties d'obtenir des renseignements relatifs au travail des inventeurs, de façon à comprendre « ce que les inventeurs ont fait, la façon dont ils l'ont fait et le moment où ils l'ont fait au cours de la réalisation de leur invention » (*Faulding (Canada) Inc. c. Pharmacia S.p.A.*, [1999] A.C.F. n° 448 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 3) (*Faulding*). Comme le travail des inventeurs est décrit en détail dans ces carnets, explique Apotex, ceux-ci sont beaucoup plus fiables que la seule mémoire des inventeurs. En conséquence, la divulgation des carnets répond aux fins visées par le paragraphe 237(4). S'il en était autrement, poursuit Apotex, la capacité d'interroger les inventeurs serait compromise à un point tel que l'interrogatoire préalable perdrait sa raison d'être.

[9] À titre subsidiaire, Apotex plaide que les carnets des inventeurs devraient être produits aux fins de l'interrogatoire préalable de ces derniers parce qu'ils se rapportent directement aux motifs d'invalidité soulevés dans les actes de procédure. Ils présentent une pertinence particulière au regard des questions de portée excessive, d'inutilité ou caractère inopérant et de prédiction valable.

[10] Novopharm souscrit aux arguments de fait et de droit exposés par Apotex et ajoute que les documents des inventeurs se rapportent directement à la question de la revendication de l'invention que soulève Novopharm, à savoir que M. Moder n'a pas véritablement inventé le brevet '055. Plus particulièrement, les carnets de laboratoire révéleraient si la contribution de M. Moder a été suffisamment importante pour lui permettre de revendiquer l'invention ou s'il a simplement posé le postulat du problème ou procédé à des contrôles et vérifications techniques.

[11] En réponse à l'argument d'Apotex fondé sur le paragraphe 237(4) des Règles, Lilly prétend que la règle ne donne pas la possibilité d'étendre la portée de l'interrogatoire au-delà de ce que permettent les actes de procédure. La règle donne certes la possibilité de

discovery is not as claimed by Apotex. Case law indicates that the Rule's purpose is two-fold: to allow the examining party to obtain general information and possible lines of inquiry with respect to the circumstances of the invention, and to give the examining party a transcript with which the inventor's credibility might be impeached if he/she is called as a witness at trial.

[12] Lilly also argues that no issues are raised in Apotex' or Novopharm's counterclaims to which the notebooks are relevant. First, Lilly says that Apotex has not pleaded sound prediction. Lilly then argues that the test for each of the grounds of invalidity pleaded is objective. As a result, the subjective knowledge of the inventors, as revealed by the lab notebooks, is irrelevant. The defendants' attempt to get the lab notebooks, according to Lilly, is simply an improper "fishing expedition."

Analysis

[13] The term "assignor" has been found to refer to an inventor in a patent action.² In *Richter*, Isaac C.J. explained as follows, the purpose of the then applicable subsection 456(5) [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)], which is identical in every respect to the current subsection 237(4) of the Rules:

On its face, the subsection [456(5)] gives to a party to an action who is adverse in interest to an assignee who is also a party to the action, a right to examine the assignor. The right is exercisable at the discretion of the party adverse in interest to the assignee. In my opinion, the subsection assumes that the assignor will depose to facts that are relevant to issues in the litigation. It has been held that the purpose of former subsection 465(5) of the Rules, which gave a similar right, was to enable the party examining to obtain facts to prepare the case to be met and to obtain statements from the assignor which could be used for purposes of impeachment in cross-examination, if the assignor were called as a witness at a trial.³ [Emphasis added.]

procéder à l'interrogatoire préalable des inventeurs, mais cet interrogatoire n'a pas l'objectif que lui prête Apotex. La jurisprudence indique que l'objectif du paragraphe 237(4) comporte deux volets : il vise d'abord à permettre à la partie qui interroge de recueillir des renseignements d'ordre général et d'éventuelles pistes d'enquête quant aux circonstances de l'invention; il permet aussi à la partie qui procède à l'interrogatoire d'obtenir une transcription qui pourrait servir à attaquer la crédibilité de l'inventeur s'il était assigné comme témoin à l'instruction.

[12] Lilly soutient aussi que les demandes reconventionnelles d'Apotex et Novopharm ne soulèvent aucune question à l'égard desquelles les carnets présentent une pertinence. Elle fait remarquer en premier lieu qu'Apotex n'a pas évoqué la question de la prédiction valable dans les actes de procédure. Elle ajoute que chacun des motifs d'invalidité invoqués doit être apprécié en fonction d'un critère objectif. En conséquence, la connaissance subjective des inventeurs, que révèlent les carnets, est sans pertinence. De l'avis de Lilly, les tentatives des défenderesses pour obtenir les carnets de laboratoire ne sont rien plus qu'une recherche à l'aveuglette inappropriée.

Analyse

[13] Il a été décidé que le terme « cédant », dans une action en matière de brevet, désigne un inventeur². Dans l'arrêt *Richter*, le juge en chef Isaac a expliqué comme suit l'objet du paragraphe 456(5) [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)], la disposition applicable à cette époque, identique en tous points au paragraphe 237(4) actuel des Règles :

À sa lecture même, ce paragraphe [456(5)] confère à la partie à une action qui a un intérêt opposé à celui d'un cessionnaire qui est également partie à l'action le droit d'interroger le cédant. Ce droit peut être exercé à la discrétion de la partie qui a un intérêt opposé à celui du cessionnaire. À mon avis, ce paragraphe suppose que le cédant témoignera au sujet de faits se rapportant aux questions en litige. Il a été jugé que l'ancien paragraphe 465(5), qui accordait un droit semblable, visait à permettre à la partie effectuant l'interrogatoire d'obtenir des faits en vue de la préparation d'une preuve complète et d'obtenir du cédant des déclarations qui pourraient être utilisées pour attaquer sa crédibilité en cours de contre-interrogatoire, si le cédant était assigné comme témoin au procès.³ [Non souligné dans l'original.]

[14] Justice Hugessen in *Faulding*, at paragraph 4 noted the particular character of the examination for discovery of the assignor:

It is common ground between the parties that the state of the law is that an examination under Rule 237(4) is of a different character from an ordinary examination for discovery of a party. In particular, it is common ground that the examination for discovery of an assignor or inventor cannot be used at trial without leave of the Court.

[15] The reason that the inventor's evidence cannot be read in without leave is that the assignor is not a party to the action. Rule 288, and its predecessor subsection 494(9), allow a party to rely on and introduce at trial, as its own evidence, any part of the examination for discovery of an adverse party, or of an individual examined on behalf of the adverse party. The assignor/inventor is neither. Hence, the requirement that leave be obtained from the Court before a party can rely on the examination for discovery of the inventor at trial.⁴

[16] The fact that the inventor's evidence cannot be used at trial, without leave, cannot be relied on to narrow the scope of the discovery of the inventor. As Justice Ryan pointed out in *Sternson Ltd. v. CC Chemicals Ltd.*, [1982] 1 F.C. 350 (C.A.), at page 358:

It would also appear that the examination of Mr. Rehmar would be useful to the appellant. It may well be that the testimony could not be read in at the trial, but it would be of use in preparing the appellant's case, which is one of the purposes of an examination for discovery.

[17] Having said that, I agree with Lilly that there is no basis to order production of documents solely for the purposes of the examination of the inventors that are not otherwise relevant to the issues raised in the pleading. In other words, the lab notebooks are not compellable merely by virtue of the right of discovery of the assignor but on the basis of their relevance to one or more of the pleaded defences.

[14] Dans la décision *Faulding*, le juge Hugessen a souligné la nature particulière de l'interrogatoire préalable du cédant, au paragraphe 4 :

Les parties s'entendent pour dire qu'actuellement, selon la loi, l'interrogatoire préalable effectué sous le régime de la clause 237(4) des Règles est d'une nature différente de celle de l'interrogatoire préalable ordinaire d'une partie. Plus particulièrement, il est reconnu que l'interrogatoire préalable d'un cédant ou d'un inventeur ne peut être utilisé à l'instruction sans l'autorisation de la Cour.

[15] La raison pour laquelle on ne peut référer sans autorisation à la déposition de l'inventeur est que le cédant n'est pas partie à l'action. La règle 288, tout comme son prédécesseur, le paragraphe 494(9), permet à une partie d'invoquer et de présenter en preuve à l'instruction tout extrait des dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable d'une partie adverse ou d'une personne interrogée pour le compte de celle-ci. Or, le cédant/inventeur n'est ni l'une ni l'autre, ce qui explique que la partie qui souhaite s'appuyer sur l'interrogatoire préalable de l'inventeur à l'instruction doit d'abord obtenir l'autorisation de la Cour⁴.

[16] Le fait que la déposition de l'inventeur ne peut être utilisée à l'instruction sans autorisation ne saurait être invoqué pour restreindre la portée de l'interrogatoire préalable de l'inventeur. Ainsi que l'a observé le juge Ryan dans l'arrêt *Sternson Ltd. c. CC Chemicals Ltd.*, [1982] 1 C.F. 350 (C.A.), à la page 358 :

Il semble également que l'interrogatoire de M. Rehmar pourrait être utile à l'appelante. La déposition ne pourrait peut-être pas être lue à l'audience mais elle pourrait être utilisée pour préparer la cause de l'appelante, ce qui est un des buts de l'interrogatoire préalable.

[17] Cela dit, je conviens avec Lilly qu'aucun principe ne permet d'ordonner, aux fins de l'interrogatoire préalable des inventeurs, la production de documents qui sont par ailleurs sans pertinence à l'égard des questions soulevées dans les actes de procédure. En d'autres termes, on ne peut pas forcer la production des carnets de laboratoire en se fondant uniquement sur le droit d'interroger au préalable le cédant; il faut pouvoir établir la pertinence qu'ils présentent à l'égard d'au moins un des moyens soulevés par le défendeur.

[18] As the examination of the assignor or inventor is for “discovery,” relevance is the applicable standard and what is relevant in a particular action is determined by reference to the pleadings.

[19] For the purposes of discovery, relevance is a broader notion than relevance for the purposes of trial. The point is made as follows in *Faulding*, where Justice Hugessen declined to strike answers given in an examination which the defendant argued were irrelevant to the action, writing at paragraph 3:

I may say at the outset, that the questions asked and answers given, while they may be of questionable relevance in the light of the pleadings, and I make no finding in that regard, are not what I may call egregiously irrelevant. In other words, the questions all bear on what the inventors did, how they did it and when they did it in the course of making their invention. They are not questions that are totally beside and outside the issues raised in the case. [Emphasis added.]

[20] On discovery, it is enough that a question “may” be relevant or have a semblance of relevance. Otherwise stated, it is enough that the question not be “egregiously” or patently irrelevant. What is ultimately relevant or admissible at trial is a matter for the Trial judge.

[21] The means of documentary production for the purposes of discovery is the affidavit of documents. The documents that parties are thereby entitled to, moreover, is a matter of law, not discretion.⁵

[22] In the preparation of an affidavit of documents, it is the obligation of each party, here Lilly and Apotex, to list in their affidavit those documents that are broadly relevant, namely documents that “might reasonably be supposed to contain information which may directly or indirectly” enable a party to advance its own case, damage its opponent’s case, or which “might fairly lead

[18] Comme il s’agit d’un interrogatoire « préalable » du cédant ou inventeur, le critère applicable est la pertinence; or la pertinence, dans le cadre d’une poursuite particulière, est fonction des questions soulevées dans les actes de procédure.

[19] La notion de pertinence pour les fins de l’interrogatoire préalable est plus vaste qu’elle ne l’est dans le cadre de l’instruction. Le juge Hugessen expose ce principe dans la décision *Faulding*, dans laquelle il a refusé de radier les réponses données lors d’un interrogatoire préalable, réponses qui, de l’avis du défendeur, n’avaient aucune pertinence au regard de points soulevés en l’instance. Le juge Hugessen écrit au paragraphe 3 :

Je souhaite préciser dès le début que, même s’il est possible qu’elles aient été d’une pertinence douteuse à la lumière des actes de procédure - et je ne tire aucune conclusion à cet égard -, les questions posées et les réponses données ne sont pas manifestement sans pertinence. En d’autres termes, les questions portent toutes sur ce que les inventeurs ont fait, la façon dont ils l’ont fait et le moment où ils l’ont fait au cours de la réalisation de leur invention. Il ne s’agit pas de questions totalement dépourvues de lien avec les points soulevés par l’affaire. [Non souligné dans l’original.]

[20] Au stade de l’interrogatoire préalable, il suffit qu’une question « puisse » être pertinente ou sembler présenter une pertinence. Autrement dit, il est suffisant que la question ne soit pas manifestement dénuée de pertinence. C’est le juge siégeant à l’instruction qui décidera en dernier ressort de ce qui est pertinent ou admissible dans le cadre du procès.

[21] Pour l’interrogatoire préalable, le dépôt de documents s’effectue au moyen de l’affidavit de documents. De plus, la détermination des documents que les parties ont droit de consulter est une question de droit; cette question ne relève pas de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire⁵.

[22] Dans la préparation d’un affidavit de documents, il incombe à chaque partie, en l’espèce Lilly et Apotex, d’inclure dans l’affidavit la liste des documents qui présentent une pertinence générale, c’est-à-dire ceux « dont on peut raisonnablement supposer qu’il[s] contien[nen]t des renseignements qui peuvent permettre directement ou indirectement » à une partie de faire

to a train of inquiry that could have either of these consequences".⁶ A document need not be admissible at trial to be relevant and producible for discovery purposes.

[23] As the general rules of discovery apply to the inventors, in addition to answering questions that are relevant to the issues raised in the pleadings, Moder and Marzoni would have the responsibility of informing themselves, in advance, of knowledge pertaining to the action or application and bringing to the discovery any relevant documents in their possession that are mentioned in the notice to attend.⁷

[24] In this case, it is not disputed that the inventors' notebooks are in the possession of Lilly. The question therefore, is not whether Lilly has an obligation to produce them in advance in order to facilitate the examination of the inventors, but whether Lilly ought to have listed the notebooks in its affidavit of documents as being relevant to the issues raised in the pleadings.

[25] Lilly has pleaded that Moder and Marzoni are the inventors and that Lilly owns the patents in suit. In its defence and counterclaim, Apotex admits only that the patents were issued to Lilly and that they name Marzoni and Moder as inventors. That the inventors are, in fact, Marzoni and Moder and that the patents were assigned to Lilly is otherwise either not admitted or denied.

[26] It is also the case for Novopharm, who, in addition, alleges that by virtue of amendments made to the specifications at the Patent Office Lilly has attempted to appropriate the invention of others, and that Moder is not the inventor of the '055 patent.

[27] Where, as in this case, the identity of the inventors or the assignment of the patents is contested, the inventors' notebooks, in my view, may be said to be relevant to those allegations and must be produced for the purposes of discovery.

valoir ses propres arguments ou de réfuter ceux de son adversaire ou « qui sont susceptibles de le lancer dans une enquête qui pourra produire l'un ou l'autre de ces effets »⁶. Il n'est pas nécessaire qu'un document soit admissible à l'instruction pour être pertinent et susceptible de devoir être produit aux fins de l'interrogatoire préalable.

[23] Puisque les règles générales relatives à l'interrogatoire préalable s'appliquent aux inventeurs, MM. Moder et Marzoni auraient la responsabilité, en plus de répondre aux questions touchant les points soulevés dans les actes de procédure, de se renseigner à l'avance au sujet de toute question en litige dans l'action ou la demande et d'apporter à l'interrogatoire préalable tout document pertinent en leur possession mentionné dans l'avis de convocation⁷.

[24] En l'espèce, il n'est pas contesté que les carnets de laboratoire sont en possession de Lilly. Par conséquent, la question n'est pas de savoir si Lilly est tenue de les déposer à l'avance pour faciliter l'interrogatoire des inventeurs, mais bien plutôt si Lilly aurait dû inclure les carnets dans l'affidavit de documents à titre de documents afférents aux questions soulevées dans les actes de procédure.

[25] Lilly fait valoir que MM. Moder et Marzoni sont les inventeurs et que Lilly est propriétaire des brevets en cause. Dans sa défense et demande reconventionnelle, Apotex se limite à admettre que les brevets ont été délivrés à Lilly et qu'ils désignent MM. Marzoni et Moder comme les inventeurs. Le fait que MM. Marzoni et Moder sont bien les inventeurs et que les brevets ont bien été cédés à Lilly n'est soit pas admis ou il est nié.

[26] Il en va de même pour Novopharm, qui ajoute qu'en effectuant des modifications aux mémoires descriptifs au Bureau des brevets, Lilly a tenté de s'approprier l'invention d'autres personnes et que M. Moder n'est pas l'inventeur du brevet '055.

[27] J'estime que dans les cas où l'identité des inventeurs ou la cession des brevets est contestée, comme en l'espèce, on peut dire que les carnets des inventeurs présentent une pertinence au regard de ces allégations et qu'ils doivent dès lors être déposés pour l'interrogatoire préalable.

[28] In light of the above conclusion, I do not need to determine whether the inventors' notebooks may be said to be relevant to the defendants' pleas of invalidity, and in particular, as Apotex maintains, to its allegations of overbreadth, inutility and sound prediction. I would however comment as follows.

[29] Utility and sound prediction are related, in that the usefulness of the invention required for patentability, as of the priority date, must either be demonstrated or be a sound prediction based on the information and expertise then available.⁸

[30] Apotex has pleaded inutility and inoperability, but has not pleaded sound prediction, or more properly, the lack of sound prediction. Apotex says it has made an allegation of invalidity in the nature of a lack of sound prediction in respect of the '055 patent, at paragraphs 18-19 of its statement of defence. These paragraphs in my view allege inutility and overbreadth. I find no allegation of a prediction, let alone of unsound prediction, but will consider Apotex' argument nevertheless.

[31] There is a paucity of Canadian jurisprudence on the relevance of inventors' notes in the context of pleas of invalidity. The applicable legal test in respect of the grounds of invalidity invoked by Apotex is objective as Lilly contends. That is to say, that obviousness, inutility and overbreadth, for example, are determined by reference to the patent itself, on the basis of the knowledge and assessment of the notional "person skilled in the art".⁹

[32] There is case law to the effect that the knowledge or opinion of the inventor is not relevant or determinative where the test is objective.¹⁰

[33] In *Kirin-Amgen Inc. v. Hoffmann-La Roche Ltd.* (1999), 87 C.P.R. (3d) 1 (F.C.T.D.), at paragraph 6, Madam Justice Reed stated the following as to what is relevant to construing a patent, "In general, notes of the inventor or evidence as to what that person thought had been invented or how the patent should be read, are not relevant" (emphasis added).

[28] Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire que je décide si l'on peut dire que les carnets des inventeurs sont pertinents au regard de l'allégation d'invalidité avancée par les défenderesses et plus particulièrement, comme le soutient Apotex, au regard des allégations concernant la portée excessive, l'inutilité et la prédiction valable. Je ferai cependant les observations suivantes.

[29] L'utilité et la prédiction valable sont liés, en ce sens que pour obtenir le brevet, l'inventeur doit pouvoir établir l'utilité de l'invention à la date de priorité au moyen d'une démonstration ou d'une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles⁸.

[30] Apotex a allégué l'inutilité et le caractère inopérant, mais elle n'a pas invoqué la prédiction valable ou, plus exactement, l'absence de prédiction valable. Apotex affirme avoir plaidé aux paragraphes 18 et 19 de sa défense que le brevet '055 est invalide du fait de l'absence de prédiction valable. À mon avis, ces paragraphes allèguent l'inutilité et la portée excessive. Je n'y vois aucune allégation de prédiction ni, à plus forte raison, de prédiction non valable. Je me pencherai néanmoins sur l'argument d'Apotex.

[31] Il existe peu de jurisprudence canadienne sur la pertinence des notes des inventeurs au regard des allégations d'invalidité. Le critère juridique qui régit les motifs d'invalidité soulevés par Apotex est un critère objectif, comme le fait valoir Lilly. En d'autres termes, le caractère évident, l'inutilité et la portée excessive, par exemple, s'apprécient en fonction du brevet lui-même, suivant la connaissance et l'évaluation d'une fictive « personne versée dans l'art »⁹.

[32] Des jugements ont indiqué que la connaissance ou l'opinion de l'inventeur n'est ni pertinente ni décisive dans les cas où s'applique un critère objectif¹⁰.

[33] Dans la décision *Kirin-Amgen Inc. c. Hoffmann-La Roche Ltée*, [1999] A.C.F. n° 203 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 6, la juge Reed a déclaré ce qui suit sur ce qu'il convient de prendre en compte dans l'interprétation d'un brevet : « En général, les notes de l'inventeur ou les éléments de preuve sur ce que la personne croyait avoir inventé ou sur la façon dont le

[34] That said, in *Foseco Trading A.G. v. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.* (1991), 36 C.P.R. (3d) 35 (F.C.T.D.) (*Foseco*), Madam Justice Reed found that documents exchanged by co-inventors relating to the development of the invention were “clearly relevant,” in the context of an allegation by the defendant that the invention made was not the invention claimed. This is essentially an allegation of overbreadth, cast in similar terms to Apotex’ allegation of overbreadth in this proceeding.

[35] In addition, documents produced during discovery, albeit at the behest of the plaintiff, that relate to the course of the research undertaken by the inventors have been considered by this Court in respect of claims of inutility, inoperability, overbreadth and sound prediction.¹¹ This, notwithstanding that the tests in respect of these grounds of invalidity is objective.

[36] Discovery is not to be confused with admissibility. The fact that the test for the determination of a ground of invalidity is objective, and that the knowledge or opinion of the inventor may not be relevant in the sense that it cannot be relied upon to construe the patent, does not imply that the facts of the process of invention cannot be collaterally relevant to the issues or that they will not be considered by the Court, whatever their ultimate probative value. Moreover, documents relating to the inventive process may be discoverable on the basis that they can contain relevant facts or ones leading to a line of inquiry that will be helpful to advance the case of one of the parties to the suit—for example, prior art references that may not be known to the party pleading invalidity.

[37] Other common-law jurisdictions have considered the issue, and while patent cases from other jurisdictions

brevet devrait être interprété ne sont pas pertinents » (non souligné dans l’original).

[34] Par ailleurs, dans la décision *Foseco Trading A.G. c. Canadian Ferro Hot Metal Specialties, Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 421 (1^{re} inst.) (QL) (*Foseco*), la juge Reed a conclu que les documents concernant la mise au point de l’invention échangés par les co-inventeurs étaient « incontestablement » pertinents dans le contexte où la défenderesse alléguait que l’invention qui avait été faite n’était pas celle qui avait été revendiquée. Il s’agissait essentiellement d’une allégation de portée excessive, formulée en des termes semblables à l’allégation de portée excessive d’Apotex en l’instance.

[35] En outre, la Cour a déjà tenu compte de documents relatifs à la démarche de recherche des inventeurs produits dans le cadre de l’interrogatoire préalable, même s’ils avaient été présentés à la requête de la partie demanderesse, pour l’examen d’allégations d’inutilité, de caractère inopérant, de portée excessive et de prédiction valable¹¹. La Cour a adopté cette approche en dépit du critère objectif applicable à l’examen de ces motifs d’invalidité.

[36] Il importe de ne pas confondre communication préalable et admissibilité. Le fait que le critère applicable à l’appréciation d’un motif d’invalidité soit objectif et que la connaissance ou l’opinion de l’inventeur puisse ne pas être pertinente en ce sens qu’elle ne peut servir à interpréter le brevet ne signifie pas pour autant que les faits relatifs à la démarche de l’invention ne peuvent pas présenter une pertinence accessoire quant aux questions en litige ni que la Cour n’en tiendra aucun compte, quelle que soit leur valeur probante en dernière analyse. De surcroît, les documents qui ont trait à la démarche de l’invention peuvent être assujettis à la divulgation au motif qu’ils comportent des faits pertinents ou des faits donnant ouverture à une série de questions qui pourront permettre à une partie à l’instance de faire valoir ses arguments il pourrait s’agir, par exemple, d’antériorités qui ne sont peut-être pas connues de la partie qui allègue l’invalidité.

[37] D’autres tribunaux de common law ont examiné la question. Bien qu’il convienne de faire preuve de

have to be approached with caution, given differences in practice and in enabling legislation, the reasoning in these cases is nevertheless worthy of consideration.

[38] In *Halcon International Inc. v. The Shell Transport and Trading Co. Ltd. and Others (Discovery No. 2)*, [1979] R.P.C. 459, at pages 464-465 (*Halcon*), the High Court of Justice (Patents Court) allowed discovery of documents relating to the research and experiments in the course of which the plaintiffs made their invention. Discovery was permitted in relation to obviousness, insufficiency and inutility.

[39] One of the issues considered by the Court in *Halcon* was whether documents were relevant to a plea of insufficiency. Among the allegations in that case were that certain “examples” did not work—that no guidance was given in the specifications and that there were “other insufficiencies pleaded relating to a lack of guidance as to the way in which particular materials could be used as catalysts in particular reactions.” At pages 465-466 of the judgment, Whitford J. made the following observations:

On this issue, it was observed by counsel for the plaintiffs that, in theory at least, the documents in category (a) might either disclose that work had been done by the plaintiffs in the field, for example, of the use of titanium as an insoluble catalyst, which would show that the plaintiffs had been successful; work might be shown to have been done which resulted in failure; or in fact one might find on considering the documents that it was a matter upon which the plaintiffs had never worked at all.

What was said was that the court has ultimately got to determine is not what the plaintiffs may or may not have been able to do as a result of the experimental work recorded in these various documents, but whether the man skilled in the art would know what to do to make the process work with any one of the catalysts in any given form, whether soluble or insoluble, and that nothing that the plaintiffs may have done could bear upon this issue.

prudence à l'égard des précédents d'autres ressorts en matière de brevets en raison des différences dans la pratique et dans les lois, le raisonnement exposé dans ces cas vaut tout de même qu'on s'y arrête.

[38] Dans l'affaire *Halcon International Inc. v. The Shell Transport and Trading Co. Ltd. and Others (Discovery No. 2)*, [1979] R.P.C. 459, aux pages 464 et 465 (*Halcon*), la Haute Cour de la Justice (tribunal des brevets) a autorisé la communication de documents portant sur la recherche et les expériences réalisées au cours du processus ayant mené à l'invention des demandereses. La communication a été autorisée au regard d'allégations de caractère évident, d'insuffisance et d'inutilité.

[39] L'une des questions que la Cour a examinées dans la décision *Halcon* est celle de savoir si les documents étaient pertinents au regard d'une allégation d'insuffisance. Au nombre des allégations soulevées dans cette affaire, on faisait notamment valoir que certains « exemples » ne fonctionnaient pas que le mémoire descriptif ne donnait aucune indication et que [TRADUCTION] « les actes de procédure relevaient d'autres insuffisances ayant trait à l'absence d'indications sur la façon dont certaines substances pouvaient servir de catalyseur dans certaines réactions ». Aux pages 465 et 466 du jugement, le juge Whitford a fait les remarques suivantes :

[TRADUCTION] À cet égard, l'avocat des demandereses a observé qu'en théorie, du moins, les documents compris dans la catégorie (a) pouvaient révéler soit que les demandereses avaient effectué des travaux, par exemple dans le domaine de l'utilisation du titane comme catalyseur insoluble, et que ces travaux avaient porté fruit, soit qu'elles avaient effectué des travaux qui s'étaient soldés par un échec, soit encore que les demandereses n'avaient effectué aucun travail relativement à cette question.

On a plaidé que le rôle du tribunal, en fin de compte, ne consiste pas à juger ce que les demandereses ont pu ou non réussir à faire par suite des travaux de recherche exposés dans les divers documents, mais bien à apprécier si une personne versée dans l'art saurait ce qu'il faut faire pour mener à bien le processus avec l'un des catalyseurs sous quelque forme que ce soit, soluble ou insoluble, et on a soutenu que rien de ce que les demandereses ont pu faire n'est susceptible d'avoir eu une incidence sur cette question.

I do not accept this. I think that, if there was in fact a disclosure of experimental work which showed a failure in this particular regard, it might not be without its relevance, just as in relation to the issue of inutility upon which disclosure of the category (a) documents is also sought.

[40] The English Court of Appeal considered the relevance of inventors' notes to the issue of obviousness in *SKM. SA. and Another v. Wagner Spraytech (U.K.) Limited and Others*, [1982] R.P.C. 497 (*SKM*). The Court acknowledged that the test for obviousness was indeed objective but concluded that the inventors' notes met the threshold for documentary production which, like our own, is that the document need only lead to a "train of inquiry" that might advance one party's case and damage the other's. At page 508, Oliver L.J. concluded:

I have, however, in the end been persuaded that the argument which he so attractively put before us is one which tends to confuse discovery and admissibility, and speaking for myself I am not prepared to differ from the conclusion at which the learned judge arrived that the discovery sought may be of assistance to the defendant, either offensively or defensively, on the issue pleaded.

[41] Similarly, in *Wellcome Foundation Ltd. v. VR Laboratories (Australia) Pty. Ltd.*, [1982] R.P.C. 343, the High Court of Australia, like the English Court of Appeal in *SKM*, concluded that even though the test was objective, the notes were relevant enough to be discoverable. Concluding, Aickin J. wrote, at page 360:

The cases to which I have referred appear to show that some discovery in respect of the work done by a patentee in arriving at his invention has been given as a matter of course and that the disputes have been as to the extent of discovery. Since evidence of such work may in some cases be relevant to the issue of obviousness it must follow that discovery should generally be given, even if only on the basis that the documents discovered may suggest a line of inquiry worth investigation.

Je ne suis pas d'accord. À mon avis, si la communication de travaux expérimentaux révélait effectivement un échec sur ce point particulier, cette constatation pourrait ne pas être dépourvue de pertinence, tout comme pour la question de l'inutilité au regard de laquelle on demande aussi communication des documents de la catégorie a).

[40] La Cour d'appel d'Angleterre s'est penchée sur la pertinence des notes des inventeurs au regard de la question du caractère évident dans l'arrêt *SKM. SA. and Another v. Wagner Spraytech (U.K.) Limited and Others*, [1982] R.P.C. 497 (*SKM*). La Cour a confirmé que la question du caractère évident s'apprécie suivant un critère objectif, mais elle a conclu que les notes des inventeurs satisfaisaient à l'exigence régissant la production de la preuve documentaire, à savoir qu'il suffit, comme dans notre droit, d'établir que le document donnera ouverture à une [TRADUCTION] « suite de questions » susceptibles de permettre à une partie d'étayer ses arguments et de nuire à ceux de la partie adverse. Le lord juge Oliver a conclu à la page 508 :

[TRADUCTION] En dernière analyse, toutefois, je suis convaincu que l'argument que fait très habilement valoir l'avocat tend à confondre communication et admissibilité. Pour ma part, je ne suis pas disposé à diverger de la conclusion du juge selon laquelle la communication demandée peut être utile à la défenderesse, que ce soit pour attaquer ou pour se défendre, au regard de la question soulevée.

[41] De même, dans la décision *Wellcome Foundation Ltd. v. VR Laboratories (Australia) Pty. Ltd.*, [1982] R.P.C. 343, la Haute Cour d'Australie a jugé, tout comme la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *SKM*, qu'en dépit du critère objectif applicable, les notes étaient suffisamment pertinentes pour être assujetties à la communication. Le juge Aickin a conclu en ces termes à la page 360 :

[TRADUCTION] Les cas dont j'ai fait état semblent montrer qu'on permet habituellement la communication de certains documents relatifs au travail réalisé par le breveté pour mettre au point son invention. Les litiges portent sur l'étendue de la communication. Étant donné que la preuve de ces travaux peut dans certains cas être pertinente pour la question du caractère évident, sa communication devrait donc généralement être permise, ne serait-ce qu'au motif que les documents communiqués sont susceptibles de laisser entrevoir une piste de questions qui mérite d'être approfondie.

[42] This does not mean, either for parties seeking disclosure or where some disclosure has been made, that it is open season on anything and everything relating to the history of events leading to a discovery. In the end, it will come down to the matters pleaded and the propriety of the questions put on discovery. Questions in relation to documents such as laboratory notebooks must not only be factual in nature, they must have a proper foundation and have relevance to what has been alleged and is unadmitted.

[43] An order will go accordingly.

APPENDIX TO THE REASONS FOR ORDER IN
T-1697-01

DATED MARCH 3, 2006

Federal Courts Rules, SOR/98-106:

222. (1) . . .

(2) For the purposes of rules 223 to 232 and 295, a document of a party is relevant if the party intends to rely on it or if the document tends to adversely affect the party's case or to support another party's case.

. . .

237. (1) A corporation, partnership or unincorporated association that is to be examined for discovery shall select a representative to be examined on its behalf.

. . .

(4) Where an assignee is a party to an action, the assignor may also be examined for discovery.

. . .

240. A person being examined for discovery shall answer, to the best of the person's knowledge, information and belief, any question that

[42] Cette conclusion n'a pas pour effet de donner carte blanche aux parties qui sollicitent la communication de documents ni à celles qui ont obtenu la divulgation de certains documents, pour requérir la divulgation de n'importe quel document lié à la chronologie des événements ayant mené à une découverte. En fin de compte, la communication dépendra des questions soulevées dans les actes de procédure et de la légitimité des questions traitées dans le cadre de l'interrogatoire préalable. Il ne suffit pas que les questions se rapportant à des documents tels que les carnets de laboratoire soient de nature factuelle; elles doivent aussi avoir un fondement approprié et présenter une pertinence au regard des allégations non admises.

[43] Une ordonnance sera rendue en conséquence.

ANNEXE AUX MOTIFS DE L'ORDONNANCE
DANS LE DOSSIER T-1697-01

EN DATE DU 3 MARS 2006

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106 :

222. (1) [. . .]

(2) Pour l'application des règles 223 à 232 et 295, un document d'une partie est pertinent si la partie entend l'invoquer ou si le document est susceptible d'être préjudiciable à sa cause ou d'appuyer la cause d'une autre partie.

[. . .]

237. (1) La personne morale, la société de personnes ou l'association sans personnalité morale qui est soumise à un interrogatoire préalable désigne un représentant pour répondre en son nom.

[. . .]

(4) Lorsqu'un cessionnaire est partie à l'action, le cédant peut également être soumis à un interrogatoire préalable.

[. . .]

240. La personne soumise à un interrogatoire préalable répond, au mieux de sa connaissance et de sa croyance, à toute question qui :

(a) is relevant to any unadmitted allegation of fact in a pleading filed by the party being examined or by the examining party; or

(b) concerns the name or address of any person, other than an expert witness, who might reasonably be expected to have knowledge relating to a matter in question in the action.

241. Subject to paragraph 242(1)(d), a person who is to be examined for discovery, other than a person examined under rule 238, shall, before the examination, become informed by making inquiries of any present or former officer, servant, agent or employee of the party, including any who are outside Canada, who might be expected to have knowledge relating to any matter in question in the action.

...

288. A party may introduce as its own evidence at trial any part of its examination for discovery of an adverse party or of a person examined on behalf of an adverse party, whether or not the adverse party or person has already testified.

a) soit se rapporte à un fait allégué et non admis dans un acte de procédure déposé par la partie soumise à l'interrogatoire préalable ou par la partie qui interroge;

b) soit concerne le nom ou l'adresse d'une personne, autre qu'un témoin expert, dont il est raisonnable de croire qu'elle a une connaissance d'une question en litige dans l'action.

241. Sous réserve de l'alinéa 242(1)d), la personne soumise à un interrogatoire préalable, autre que celle interrogée aux termes de la règle 238, se renseigne, avant celui-ci, auprès des dirigeants, fonctionnaires, agents ou employés actuels ou antérieurs de la partie, y compris ceux qui se trouvent à l'extérieur du Canada, dont il est raisonnable de croire qu'ils pourraient détenir des renseignements au sujet de toute question en litige dans l'action.

[...]

288. Une partie peut, à l'instruction, présenter en preuve tout extrait des dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable d'une partie adverse ou d'une personne interrogée pour le compte de celle-ci, que la partie adverse ou cette personne ait déjà témoigné ou non.

¹ All Rules referred to but not reproduced in the body of these reasons can be found, for reference, in the attached Appendix.

² *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt v. Merck & Co.*, [1995] 3 F.C. 330 (C.A.) (*Richter*).

³ *Richter*, *ibid*, at p. 339.

⁴ *Pro-Vertic (1987) Inc. v. International Diffusion Consommateur S.A.* (1989), 26 C.P.R. (3d) 528 (F.C.T.D.), at p. 538.

⁵ *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.* (1988), 24 C.P.R. (3d) 66 (F.C.T.D.), at p. 70 (*Reading & Bates*).

⁶ *Ibid*.

⁷ Rules 240-241.

⁸ *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153.

⁹ *Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. v. Valmet OY* (1981), 60 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.); *Westinghouse Electric Corp. et al. v. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (trading under name and style Bailey Controls et al.)* (1987), 15 C.P.R. (3d) 447 (F.C.T.D.), at pp. 449-451.

¹⁰ *Westinghouse; Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (2000), 8 C.P.R. (4th) 413 (F.C.T.D.), at para. 1.

¹ Toutes les dispositions des Règles mentionnées dans ces motifs sans y être citées ont été reproduites, par souci de commodité, à l'Annexe 1 ci-jointe.

² *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt c. Merck & Co.*, [1995] 3 C.F. 330 (C.A.) (*Richter*).

³ *Richter*, *ibid*, à la p. 339.

⁴ *Pro-Vertic (1987) Inc. c. International Diffusion Consommateur S.A.*, [1989] A.C.F. n° 456 (1^{re} inst.) (QL), aux p. 23 et 24.

⁵ *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1988] A.C.F. n° 1025 (1^{re} inst.) (QL), au par. 11. (*Reading & Bates*).

⁶ *Ibid*.

⁷ Les règles 240 et 241.

⁸ *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153.

⁹ *Beloit Canada Ltée/Ltd. et al. c. Valmet OY*, [1981] A.C.F. n° 112 (1^{re} inst.) (QL); *Westinghouse Electric Corp. et autre c. Babcock & Wilcox Industries Ltd. (faisant affaire sous la raison sociale Bailey Controls et autre)*, [1987] A.C.F. n° 434 (1^{re} inst.) (QL), aux p. 4 à 11.

¹⁰ *Westinghouse; Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [2000] A.C.F. n° 1271 (1^{re} inst.) (QL), au par. 1.

¹¹ *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.) (QL) at pp. 334, 335, 339, 342, 345; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 135 (F.C.A.), at pp. 154-155; *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161 (F.C.), at paras. 109-155.

¹¹ *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [1991] A.C.F. n° 1136 (1^{re} inst.) (QL), aux par. 112 à 118, 128, 129, 138, 139, 145, 146; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.*, [1995] A.C.F. n° 226 (C.A.) (QL), aux par. 43 à 46; *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283, aux par. 109 à 155.

A-367-04
A-368-04
2006 FCA 27

A-367-04
A-368-04
2006 CAF 27

Sheila Stone (*Applicant*)

Sheila Stone (*demanderesse*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: STONE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : STONE c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Evans
J.J.A.—Toronto, December 13, 2005; Ottawa, January
24, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 13 décembre 2005; Ottawa, 24 janvier
2006.

Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decisions denying applicant employment insurance (EI) benefits — Applicant working as teacher in private school from September to June since 1995 — Claiming EI benefits for July, August, 2001, 2002, summer recess periods — Umpire ruling applicant not entitled to EI benefits during "non-teaching period" under Employment Insurance Regulations, s. 33(2) — Meaning of "the claimant's contract of employment for teaching has terminated" in s. 33(2)(a) — Teacher not entitled to benefits for non-teaching period unless veritable break in continuity of employment — Prevention of double dipping one of purposes of Regulations, s. 33(2)(a) — Factors to be taken into account in determining whether case within purview of s. 33(2)(a) — Reasonable for Umpire to conclude applicant's relationship with employer never severed, applicant failed to establish veritable break in continuity of employment — Umpire's conclusion applicant not entitled to EI benefits not unreasonable — Applications dismissed (Evans J.A. dissenting).

Assurance-emploi — Contrôle judiciaire de décisions du juge-arbitre qui avaient refusé des prestations d'assurance-emploi (A-E) à la demanderesse — La demanderesse travaillait comme enseignante dans une école privée, de septembre à juin, depuis 1995 — Elle voulait percevoir des prestations d'A-E pour les mois de juillet et août 2001 et 2002, durant les vacances d'été — Le juge-arbitre a estimé que la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E durant sa « période de congé », en application de l'art. 33(2) du Règlement sur l'assurance-emploi — Sens des mots « son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin », dans l'art. 33(2)(a) — Sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l'enseignant(e) ne sera pas admissible à des prestations pendant la période de congé — Empêcher le cumul de prestations et de traitement est l'un des objectifs de l'art. 33(2)(a) du Règlement — Facteurs à prendre en compte pour savoir si une affaire donnée relève ou non de l'art. 33(2)(a) — Il était raisonnable pour le juge-arbitre de conclure que la relation de la demanderesse avec l'employeur n'avait jamais été rompue, et la demanderesse n'avait pas établi une rupture claire dans la continuité de son emploi — La conclusion du juge-arbitre selon laquelle la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E n'était pas déraisonnable — Demandes rejetées (juge Evans, J.C.A., dissident).

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Umpire reviewing decision of another administrative tribunal, Board of Referees — Whether Umpire applied correct standard of review to Board's decision — Factors to be considered to determine appropriate standard of review in pragmatic and functional approach — Board's answers to questions of law reviewable on correctness standard — Court must review Umpire's application of legal standard to facts of case — Question thus one of mixed law and fact, indicating deference should be shown to Umpire's

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Le juge-arbitre examinait la décision d'un autre tribunal administratif, le conseil arbitral — Le juge-arbitre a-t-il appliqué la bonne norme de contrôle à la décision du conseil? — Facteurs à prendre en compte dans une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée — Les réponses du conseil aux questions de droit étaient contrôlables selon la norme de la décision correcte — La Cour devait examiner la manière dont le juge-arbitre avait appliqué la norme juridique aux

findings — Three of four factors in pragmatic and functional analysis indicating Court should be wary of interfering with Umpire's findings of mixed law and fact — Adopting standard of reasonableness simpliciter when reviewing umpire's answer to question of mixed law and fact consistent with case law — Umpire's decisions not unreasonable.

Contracts — Teacher claiming employment insurance benefits for summer months — No written contract — Two lines of authorities in wrongful dismissal cases helpful to determine whether case within Employment Insurance Regulations, s. 33(2)(a) — First, contract-term cases considering whether contract of fixed or indefinite duration — Second dealing with whether 12 consecutive months of continuous employment (Canada Labour Code, s. 240(1)(a)) — Focus on whether continuous employment relationship between claimant, employer — No continuity of employment if contract of employment terminated — Term “unemployed” not synonymous with “not working” — That claimant not being compensated by employer may indicate claimant's contract terminated — However non-payment alone not sufficient for finding of contract termination — Applicant's decade-long employment record with school significant factor — Supporting Umpire's finding applicant's contract not terminated.

These were applications for judicial review of the Umpire's decisions denying the applicant employment insurance benefits (EI benefits). Since at least 1995, the applicant worked as a teacher for the Or Haemet Sephardic School from September until June of each year. She claimed EI benefits for the months of July and August 2001 and 2002, when she was not teaching. The Board of Referees denied her those benefits for the months of July and August 2001, but a differently constituted panel granted them to her for those months of 2002. The Umpire upheld the former decision but overturned the latter one on the basis that the applicant was not entitled to EI benefits during her “non-teaching period” pursuant to subsection 33(2) of the *Employment Insurance Regulations*. He found that the applicant had been employed from year to year, that there was no interruption in that employment and that she did not satisfy the requirement of a veritable break in employment after the end of the school year. The applicant argued that she falls under an exception to subsection 33(2)

circonstances du dossier — La question était donc une question mixte de droit et de fait, et les conclusions du juge-arbitre commandaient une certaine déférence — Trois des quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indiquaient que la Cour devait hésiter à modifier les conclusions du juge-arbitre portant sur des questions mixtes de droit et de fait — L'adoption de la norme de la décision raisonnable simpliciter lorsqu'il s'agit d'examiner la réponse d'un juge-arbitre à une question mixte de droit et de fait s'accorde avec la jurisprudence — Les décisions du juge-arbitre n'étaient pas déraisonnables.

Contrats — Une enseignante réclamait des prestations d'assurance-emploi pour les mois d'été — Absence de contrat écrit — Deux courants jurisprudentiels, qui tous deux portent sur des affaires de congédiement abusif, permettent de dire si un cas donné relève de l'art. 33(2)a) du Règlement sur l'assurance-emploi — Le premier courant, qui concerne la durée du contrat de travail, examine le point de savoir si le contrat en cause est un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée — Le second courant porte sur le point de savoir si l'employé a travaillé sans interruption depuis au moins 12 mois pour le même employeur (art. 240(1)a) du Code canadien du travail) — Le point essentiel à décider est de savoir s'il y avait une relation d'emploi continue entre le prestataire et l'employeur — Il n'y a pas continuité d'emploi si le contrat de travail a pris fin — Le mot « chômeur » n'est pas synonyme de l'expression « ne pas travailler » — Le fait que le prestataire ne soit pas rémunéré par l'employeur peut être le signe que son contrat a pris fin — Il ne s'ensuit pas toutefois que l'absence de rémunération permettra à elle seule de conclure que le contrat a pris fin — La relation d'emploi d'une décennie, entre la demanderesse et l'école, constituait un facteur important — Ce facteur portait le juge-arbitre à conclure que le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire à l'encontre de décisions du juge-arbitre qui avaient refusé des prestations d'assurance-emploi (prestations d'A-E) à la demanderesse. Depuis au moins 1995, la demanderesse travaillait comme enseignante à la Or Haemet Sephardic School, de septembre à juin chaque année. Elle réclamait des prestations d'A-E pour les mois de juillet et août 2001 et 2002, période où elle n'enseignait pas. Le conseil arbitral lui a refusé ces prestations pour les mois de juillet et août 2001, mais une autre formation du conseil arbitral les lui a accordées pour les mois correspondants de 2002. Le juge-arbitre a confirmé la première décision mais il a infirmé la seconde, au motif que la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E durant sa « période de congé », en application du paragraphe 33(2) du *Règlement sur l'assurance-emploi*. Il a estimé que la demanderesse avait été employée année après année, qu'il n'y avait pas eu d'interruption d'emploi et qu'elle ne remplissait pas la condition requise, celle d'une rupture claire de son

that allows teachers whose contracts have terminated to receive EI benefits during their non-teaching periods. Paragraph 33(2)(a) provides that a claimant who was employed in teaching for any part of his qualifying period is not entitled to receive benefits for any week of unemployment that falls in any non-teaching period of the claimant unless his contract of employment for teaching has terminated. The main issue was whether the Umpire was right in finding that the applicant's teaching contract never terminated and that there had not been a veritable break in the continuity of her employment.

Held (Evans J.A. dissenting), the applications should be dismissed.

Per Sexton J.A. (Décary J.A. concurring): The first question was whether the Umpire applied the correct standard of review to the Board's decision. Applying the four factors of the pragmatic and functional approach, the Board's answers to the questions of law were reviewable on a correctness standard. As to the review of the Umpire's decisions, three of the four factors in the pragmatic and functional analysis indicated that the Court should be wary of interfering with the Umpire's findings of mixed law and fact. Adopting a standard of reasonableness *simpliciter* when reviewing an umpire's answer to a question of mixed law and fact is consistent with the case law of the Federal Court of Appeal.

The fundamental legal issue was the meaning of the words "the claimant's contract of employment for teaching has terminated" in paragraph 33(2)(a) of the Regulations. In *Oliver v. Canada (Attorney General)*, Létourneau J.A. equated these words with the absence of "continuity of employment" and said that "unless there is a veritable break in the continuity of a teacher's employment, the teacher will not be entitled to benefits for the non-teaching period". He added that "All the circumstances in a particular case had to be examined in light of the purpose and intention of the legislative scheme". The prevention of double dipping is one of the purposes of paragraph 33(2)(a) of the Regulations. However, double dipping is not the only mischief at which this provision was aimed. The grammatical and ordinary sense of the words of paragraph 33(2)(a) indicates the intention to combat more than this abuse of the EI scheme. Paragraph 58(h.1) of the *Unemployment Insurance Act* and paragraph 54(j) of the *Employment Insurance Act* support the position in *Oliver* that the word "unemployed" cannot be equated with the phrase "not working" or "not performing work". Paragraph 33(2)(a)

emploi après la fin de l'année scolaire. La demanderesse a fait valoir qu'elle entraînait dans une exception au paragraphe 33(2), exception qui permet aux enseignants dont les contrats ont pris fin de recevoir des prestations d'A-E durant leurs périodes de congé. L'alinéa 33(2)a prévoit que le prestataire qui exerçait un emploi dans l'enseignement pendant une partie de sa période de référence n'est pas admissible au bénéfice des prestations pour les semaines de chômage comprises dans toute période de congé de celui-ci, sauf si son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin. Il s'agissait de savoir si le juge-arbitre avait eu raison de dire que le contrat d'enseignement de la demanderesse n'avait jamais pris fin et qu'il n'y avait pas eu de véritable rupture dans la continuité de son emploi.

Arrêt (juge Evans, J.C.A., dissident) : les demandes doivent être rejetées.

Le juge Sexton, J.C.A. (le juge Décary, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : Il fallait d'abord se demander si le juge-arbitre avait appliqué la bonne norme de contrôle à la décision du conseil. Si l'on applique les quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, les réponses du conseil aux questions de droit sont contrôlables selon la norme de la décision correcte. S'agissant du contrôle des décisions du juge-arbitre, trois des quatre facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle montraient que la Cour devait faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge-arbitre portant sur des questions mixtes de droit et de fait. L'adoption de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* lorsqu'il s'agit d'examiner la réponse d'un juge-arbitre à une question mixte de droit et de fait s'accorde avec la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale.

Le point de droit décisif concernait le sens des mots « son contrat de travail dans l'enseignement a pris fin » dans l'alinéa 33(2)a du Règlement. Dans l'arrêt *Oliver c. Canada (Procureur général)*, le juge Létourneau, J.C.A. avait assimilé ces mots à l'absence d'une « continuité d'emploi » et avait dit que « sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l'enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé ». Il avait ajouté que « toutes les circonstances de l'espèce doivent être prises en considération à la lumière de l'objectif et de l'intention de la loi ». La prévention du cumul de prestations et de traitement est l'un des objectifs de l'alinéa 33(2)a du Règlement. Toutefois, le cumul des prestations et du traitement n'est pas l'unique mal que cette disposition était censée corriger. Le sens grammatical et ordinaire des mots de l'alinéa 33(2)a nous indique que cette disposition vise à combattre davantage que cet abus du régime de l'A-E. L'alinéa 58h.1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* et l'alinéa 54j) de la *Loi sur l'assurance-emploi* renforcent la position, exposée dans l'arrêt *Oliver*, selon laquelle le mot « chômeur » ne peut pas être

is intended to combat the mischief of teachers collecting EI benefits when they are not truly unemployed, but nevertheless are not performing work during the non-teaching period; such intent is consistent with the purpose of the *Employment Insurance Act*.

There are two lines of authorities which deal with wrongful dismissal claims and may help in determining whether a case falls within paragraph 33(2)(a). The first line, the “contract-term cases”, considers whether the contract was of a fixed or an indefinite duration. The second line deals with paragraph 240(1)(a) of the *Canada Labour Code*, which only allows individuals who have completed “twelve consecutive months of continuous employment” to complain to an inspector about their allegedly unjust dismissals. To determine whether a seasonally employed claimant has completed 12 consecutive months of “continuous employment”, the Court has focused not on whether work was actually performed for at least 12 months, but on whether there was “continuity of employment” and “a continuous employment relationship” over that period. In both paragraph 240(1)(a) (of the Code) and paragraph 33(2)(a) (of the Regulations) cases, the central question is whether there was a continuous employment relationship between the claimant and the employer. Had the claimant’s contract of employment terminated, there would be no continuity of employment. There are a number of factors that should be considered in order to determine whether there had been a veritable break in the continuity of the applicant’s employment. The first factor, which was significant in this case, is the length of the employment record. The applicant’s decade-long employment record with the Or Haemet Sephardic School supported the Umpire’s finding that the applicant’s contract had not terminated. Another factor was the duration of the non-teaching period. The fact that, each year, the applicant did not work at the said school during July and August favoured the Umpire’s conclusion that the applicant’s case did not fall under the auspices of paragraph 33(2)(a) and that her contract had not terminated. Other factors supporting the Umpire’s conclusion included the customs and practices of the teaching field, the increase in pay at the end of every non-teaching period, the employer’s informal method of recalling the claimant every August, the record of employment form completed by the employer and finally, the understanding between the claimant and the employer and the respective conduct of each which suggested that they had an agreement that, subject to funding and enrolment, the applicant would return to work at the Or Haemet Sephardic School every September.

assimilé aux mots « ne pas travailler », ni aux mots « n’exécuter aucun travail ». L’alinéa 33(2)a a pour objet de combattre le mal suivant : les enseignants qui perçoivent des prestations d’A-E alors qu’on ne saurait dire qu’ils sont véritablement en chômage, même s’ils n’exécutent aucun travail durant la période de congé; cet objet est compatible avec celui de la *Loi sur l’assurance-emploi*.

Deux courants jurisprudentiels, qui tous deux portent sur des affaires de congédiement abusif, permettent de dire si un cas donné relève de l’alinéa 33(2)a. Le premier courant, qui concerne la durée du contrat de travail, examine le point de savoir si le contrat en cause était un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée. Le deuxième courant porte sur l’alinéa 240(1)a du *Code canadien du travail*, qui prévoit que, pour déposer une plainte de congédiement injuste auprès d’un inspecteur, il faut avoir travaillé « sans interruption depuis au moins 12 mois pour le même employeur ». Pour savoir si un prestataire dont l’emploi est saisonnier a travaillé sans interruption pendant au moins 12 mois, la Cour s’est demandé non pas si un travail a été effectivement accompli durant au moins 12 mois, mais plutôt s’il y a eu, durant cette période, une « continuité d’emploi » et une « relation d’emploi continue ». Dans les affaires relevant de l’alinéa 240(1)a (du Code) comme dans celles relevant de l’alinéa 33(2)a (du Règlement), le point capital à décider est celui de savoir s’il y avait une relation d’emploi continue entre le prestataire et l’employeur. Si le contrat de travail du prestataire a pris fin, alors il n’y a pas continuité d’emploi. Il convient de tenir compte de plusieurs facteurs pour savoir s’il y a eu rupture claire dans la continuité de l’emploi de la demanderesse. Le premier facteur, qui était important dans la présente affaire, concerne l’ancienneté de la relation d’emploi. La relation d’emploi d’une décennie de la demanderesse avec la Or Haemet Sephardic School, autorisait l’arbitre à dire que le contrat de la demanderesse n’avait pas pris fin. Un autre facteur était la durée de la période de congé. Durant les mois de juillet et août de chaque année, la demanderesse ne travaillait pas à l’école susdite, et cela constituait un autre élément qui autorisait le juge-arbitre à conclure que le cas de la demanderesse n’entrait pas dans les paramètres de l’alinéa 33(2)a et que son contrat n’avait pas pris fin. D’autres facteurs appuyant la conclusion de l’arbitre concernaient les usages et pratiques du domaine d’enseignement en cause, la hausse de la rémunération à la fin de chaque période de congé, la méthode informelle à laquelle recourait l’employeur pour rappeler la prestataire chaque mois d’août, le formulaire de relevé d’emploi rempli par l’employeur, et finalement l’arrangement conclu entre la prestataire et l’employeur, et la conduite respective de chacun, qui donnaient à penser qu’ils avaient une entente selon laquelle, sous réserve du financement et des inscriptions, la demanderesse retournerait travailler à la Or Haemet Sephardic School chaque année en septembre.

It was entirely reasonable for the Umpire, after examining the evidence, to find that the applicant failed to establish on a balance of probabilities that there had been a veritable break in the continuity of her employment and to conclude that the applicant's relationship with the employer was never severed. At most, only two of the eight relevant considerations, that is the lack of explicit compensation during the non-teaching period and the evidence of the employer's outward recognition, suggested that the applicant's contract had terminated. The Umpire was right not to accord them much weight. The Umpire's conclusion that the applicant was not entitled to EI benefits was not unreasonable. This decision is faithful to the plain meaning of the Regulations as well as its general context, the regulation-making power of the *Employment Insurance Act* and the regulatory scheme.

Per Evans J.A. (dissenting): The reasons of the Umpire did not provide a rational basis for rejecting the applicant's contention that her contract of employment with Or Haemet Sephardic School terminated towards the end of June. The parties had no contractual rights against and owed no contractual duties to each other during July and August with respect to her employment for teaching. To conclude on these facts, as the Umpire did, that the applicant had not established that her "contract of employment for teaching" had "terminated" is counterintuitive at best, and imposes a significant explanatory burden on the decision maker. The relevant question was whether the applicant's contract of employment "terminated" at the end of June. A somewhat probing examination did not yield a rational basis for the decision, and authorized the Court to set it aside and to remit it to the Umpire for redetermination. It is open to the Court to consider the reasonableness of the Umpire's determination and, when appropriate, to decide the substantive issue. It was wrong for the Umpire to have concluded that the applicant had not established that her contract of employment for teaching terminated in June 2001 and 2002. The applicant had no contract of employment for September until well after her previous 10-month contract had expired. She was not paid for July and August and received no benefits. She was not a "double dipper". When the legislator expresses its intention in relatively clear words in a provision of a complex social benefit programme, courts should be reluctant to stray far from the statutory language. Subsection 33(2) constitutes a discrete regime within the overall employment insurance scheme to deal with the difficult problem raised by the particular position of teachers. An attempt to avoid a result that may lead to possibly unintended results may give rise to other problematic and unforeseen consequences. There is no policy underlying the scheme in general, or subsection 33(2) in particular, that would be infringed by a decision that the applicant is eligible for benefits during the temporary and regular periods of

Il était tout à fait raisonnable pour le juge-arbitre, après examen de la preuve, de conclure que la demanderesse n'avait pas établi, selon la prépondérance de la preuve, qu'il y avait eu une rupture claire dans la continuité de son emploi, et de conclure que la relation de la demanderesse avec l'employeur n'avait jamais été rompue. Deux tout au plus des huit facteurs qui concernaient la présente affaire, à savoir l'absence d'une rémunération durant la période de congé et les éléments attestant une reconnaissance de départ de la part de l'employeur, donnaient à penser que le contrat de la demanderesse avait pris fin. Le juge-arbitre a eu raison de ne pas leur accorder beaucoup de poids. La conclusion du juge-arbitre selon laquelle la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E n'était pas déraisonnable. Cette décision est conforme au sens ordinaire du Règlement, à son contexte général, au pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur l'assurance-emploi* et à l'économie du règlement.

Le juge Evans, J.C.A. (dissent) : Les motifs du juge-arbitre n'exposaient pas une base rationnelle qui l'autorisait à rejeter la prétention de la demanderesse selon laquelle le contrat de travail qui la liait à la Or Haemet Sephardic School avait pris fin vers la fin de juin. Les parties n'avaient pas entre elles de droits contractuels ni d'obligations contractuelles durant les mois de juillet et août au regard du travail d'enseignante exécuté par la demanderesse. Conclure d'après le dossier, comme l'a fait le juge-arbitre, que la demanderesse n'avait pas prouvé que son « contrat de travail dans l'enseignement » avait « pris fin » est au mieux contre-intuitif et impose au décideur un travail d'explication qui n'est pas négligeable. Il s'agissait de savoir en l'espèce si le contrat de travail de la demanderesse « avait pris fin » à la fin de juin. Un examen assez poussé n'a fait ressortir aucun fondement rationnel autorisant la décision, et la Cour pouvait donc infirmer la décision et la renvoyer au juge-arbitre pour nouvelle décision. Il est loisible à la Cour de juger si la décision du juge-arbitre est ou non raisonnable et, le cas échéant, de trancher elle-même la question au fond. Il était erroné pour le juge-arbitre de conclure que la demanderesse n'avait pas prouvé que son contrat de travail dans l'enseignement avait pris fin en juin 2001 et 2002. La demanderesse n'avait aucun contrat de travail pour septembre jusque bien après l'expiration de son contrat antérieur de 10 mois. Elle n'était pas rémunérée pour juillet et août et ne recevait pas d'avantages sociaux. Elle ne cumulait pas des prestations et un traitement. Quand le législateur exprime son intention en des mots relativement clairs dans une disposition d'un programme complexe d'avantages sociaux, les tribunaux doivent se garder de s'écarter à l'excès du texte de la loi. Le paragraphe 33(2) constitue, dans le régime général de l'assurance-emploi, un régime d'exception destiné à régler le difficile problème soulevé par la situation particulière des enseignants. Vouloir éviter un résultat susceptible d'entraîner des conséquences sans doute non voulues risque d'entraîner

unemployment periods that she accepted since she started teaching at the school. It is not manifestly inconsistent with subsection 33(2) to conclude that the applicant is eligible for benefits during July and August. The applications for judicial review should be granted on the basis that subsection 33(2) of the Regulations does not preclude the applicant from receiving employment insurance benefits for July and August 2001 and 2002.

d'autres conséquences problématiques et imprévues. Il n'existe aucune ligne de conduite, à la base du régime en général, ou à la base du paragraphe 33(2) en particulier, susceptible d'être transgressée par une décision déclarant que la demanderesse est admissible à des prestations durant les périodes temporaires et régulières de chômage qu'elle a acceptées depuis qu'elle a commencé à enseigner à l'école. Il n'est pas manifestement incompatible avec le paragraphe 33(2) de conclure que la demanderesse est admissible à des prestations durant juillet et août. Les demandes de contrôle judiciaire doivent être accueillies au motif que le paragraphe 33(2) n'empêche pas la demanderesse de recevoir des prestations d'assurance-emploi pour les mois de juillet et août 2001 et 2002.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 240(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 54(f), 115(2)(b), 118 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182).
Employment Insurance Regulations, SOR/96-332, ss. 14(5)(b)(i), 33 (as am. by SOR/97-31, s. 17).
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 58(h.1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 8).
Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 46.1 (as enacted by SOR/83-516, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Oliver v. Canada (Attorney General), [2003] 4 F.C. 47; (2003), 225 D.L.R. (4th) 307; 301 N.R. 293; 2003 FCA 98; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *Canada (Attorney General) v. Donachey*, [1997] F.C.J. No. 579 (C.A.) (QL).

DISTINGUISHED:

Ying v. Canada (Attorney General), [1998] F.C.J. No. 1615 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

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; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 240(1)a (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 58h.1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 8).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 54f), 115(2)b), 118 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182).
Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 46.1 (édicte par DORS/83-516, art. 1).
Règlement sur l'assurance-emploi, DORS/96-332, art. 14(5)b)(i), 33 (mod. par DORS/97-31, art. 17).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Oliver c. Canada (Procureur général), [2003] 4 C.F. 47; 2003 CAF 98; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *Canada (Procureur général) c. Donachey*, [1997] A.C.F. n° 579 (C.A.) (QL).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Ying c. Canada (Procureur général), [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Budhai c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 57; 2002 CAF 298; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de*

Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Budhai v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 F.C. 57; (2002), 216 D.L.R. (4th) 594; 42 Admin. L.R. (3d) 306; 42 C.C.L.I. (3d) 1; 292 N.R. 379; 2002 FCA 298; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; (1991), 81 D.L.R. (4th) 358; 91 CLLC 14,023; 126 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205; (2001), 281 N.R. 341; 2001 FCA 315; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669; (2005), 258 D.L.R. (4th) 243; 45 C.C.E.L. (3d) 159; 339 N.R. 279; 2005 SCC 56; *Beothuk Data Systems Ltd., Seawatch Division v. Dean*, [1998] 1 F.C. 433; (1997), 218 N.R. 321 (C.A.); *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158; 2002 FCA 276; *Ceccol v. Ontario Gymnastic Federation* (2001), 55 O.R. (3d) 614; 204 D.L.R. (4th) 688; 11 C.C.E.L. (3d) 167; 149 O.A.C. 315 (C.A.); *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; (1992), 91 D.L.R. (4th) 491; 40 C.C.E.L. 1; 92 CLLC 14,022; 136 N.R. 40; 53 O.A.C. 200; *Jordison v. Caledonian Curling Co-operative Ltd.*, [2000] 4 W.W.R. 581; 190 Sask. R. 32; 2000 SKQB 55; *Saunders v. Fredericton Golf & Curling Club Inc.* (1994), 151 N.B.R. (2d) 184 (C.A.); *MacDonald v. Dykeview Farms Ltd.* (1998), 177 N.S.R. (2d) 310 (S.C.).

REFERRED TO:

Ying (Re) (1997), CUB 40255; *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; *Meechan v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 368; *Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1995] F.C.J. No. 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Director of 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; *Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 F.C. 49; (2002), 211 D.L.R. (4th) 696; 17 C.P.R. (4th) 478; 288 N.R. 201; 2002 FCA 158; *Canada (Attorney General) v. Kos* (2005), 343 N.R. 228; 2005 FCA 319; *Canada (Attorney General) v. Peace* (2004), 317 N.R. 47; 2004 FCA 56; *Canada (Attorney General) v. Sacrey*, [2004] 1 F.C.R. 733; (2003), 28 C.C.E.L. (3d) 196; 2003 FCA 377; *Canada (Attorney General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679; 126 N.R. 345 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. St-Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (F.C.A.); *Oliver et al. (In re)* (2000), CUB 49724; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601; (2005), 259 D.L.R. (4th) 193; [2005] 5 C.T.C. 215; 2005 DTC 5523; 340 N.R. 1; 2005 SCC 54;

l'immigration), [1991] 2 R.C.S. 22; *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205; 2001 CAF 315; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669; 2005 CSC 56; *Beothuk Data Systems Ltd., Division Seawatch c. Dean*, [1998] 1 C.F. 433 (C.A.); *Bishop c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, 2002 CAF 276; *Ceccol v. Ontario Gymnastic Federation* (2001), 55 O.R. (3d) 614; 204 D.L.R. (4th) 688; 11 C.C.E.L. (3d) 167; 149 O.A.C. 315 (C.A.); *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Jordison v. Caledonian Curling Co-operative Ltd.*, [2000] 4 W.W.R. 581; 190 Sask. R. 32; 2000 SKQB 55; *Saunders c. Fredericton Golf & Curling Club Inc.*, [1994] A.N.-B. n° 291 (C.A.) (QL); *MacDonald v. Dykeview Farms Ltd.* (1998), 177 N.S.R. (2d) 310 (C.S.).

DÉCISIONS CITÉES :

Ying (Re) (1997), CUB 40255; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19; *Meechan c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 368; *Gauthier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 C.F. 49; 2002 CAF 158; *Canada (Procureur général) c. Kos*, 2005 CAF 319; *Canada (Procureur général) c. Peace*, 2004 CAF 56; *Canada (Procureur général) c. Sacrey*, [2004] 1 R.C.F. 733; 2003 CAF 377; *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679; 126 N.R. 345 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. St-Coeur*, [1996] A.C.F. n° 514 (C.A.) (QL); *Oliver et al. (In re)* (2000), CUB 49724; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601; 2005 DTC 5547; 2005 CSC 54; *Gray v. Manvers (Township)*, [1992] O.J. No. 2898 (Div. gén.) (QL); *Hildebrandt v. Wakaw Lake Regional Park Authority* (1999), 175 Sask. R. 207; 41 C.C.E.L. (2d) 281 (B.R.); *Ross v. N.M. Paterson & Sons Ltd.*, [1996] O.J. No. 1194 (Div. gén.) (QL).

Gray v. Manvers (Township), [1991] O.J. No. 2898 (Gen. Div.) (QL); *Hildebrandt v. Wakaw Lake Regional Park Authority* (1999), 175 Sask. R. 207; 41 C.C.E.L. (2d) 281 (Q.B.); *Ross v. N.M. Paterson & Sons Ltd.*, [1996] O.J. No. 1194 (Gen. Div.).

AUTHORS CITED

Canada. Human Resources and Social Development. *Digest of Benefit Entitlement Principles*. Ottawa: Human Resources and Social Development, June 2005.

APPLICATIONS for judicial review of the Umpire's decisions that the applicant was not entitled to employment insurance benefits during her summer "non-teaching period" pursuant to subsection 33(2) of the *Employment Insurance Regulations*. Applications dismissed (Evans J.A. dissenting).

APPEARANCES:

Harvey Stone for applicant.
Derek Edwards for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Harvey Stone, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SEXTON J.A.: This is an application for judicial review of two May 21, 2004 decisions of the Umpire, both of which denied the applicant, Sheila Stone, employment insurance benefits (EI benefits). Since at least 1995, the applicant has worked as a teacher for the Or Haemet Sephardic School (the employer) from September until June of each year. She sought to collect EI benefits for the months of July and August 2001 and 2002 the summer recess periods, when she was not teaching. The Board of Referees (the Board) denied her those benefits for the months of July and August 2001, but a differently constituted panel granted them to her for those months of 2002. The Umpire upheld the former decision and overturned the latter one on the

DOCTRINE CITÉE

Canada. Ressources humaines et développement social. *Guide de la détermination et de l'admissibilité*. Ottawa : Ressources humaines et développement social, juin 2005.

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions du juge-arbitre, pour qui la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'assurance-emploi durant ses « périodes de congé » de l'été, en application du paragraphe 33(2) du *Règlement sur l'assurance-emploi*. Demandes rejetées (le juge Evans, J.C.A., étant dissident).

ONT COMPARU :

Harvey Stone pour la demanderesse.
Derek Edwards pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Harvey Stone, Toronto, pour la demanderesse.
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 SEXTON, J.C.A. : La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de deux décisions du juge-arbitre en date du 21 mai 2004, qui toutes deux lui refusaient des prestations d'assurance-emploi (prestations d'A-E). Depuis au moins 1995, la demanderesse travaille comme enseignante à la Or Haemet Sephardic School (l'employeur), de septembre à juin chaque année. Elle a voulu percevoir des prestations d'A-E pour les mois de juillet et août 2001 et 2002, durant les vacances d'été, quand elle n'enseignait pas. Le conseil arbitral (le conseil) lui a refusé ces prestations pour les mois de juillet et août 2001, mais une autre formation du conseil arbitral les lui a accordées pour les mois correspondants de 2002. Le

basis that the applicant was not entitled to EI benefits during her “non-teaching period,” pursuant to subsection 33(2) of the *Employment Insurance Regulations* [SOR/96-332] (the Regulations).

[2] In this Court, the applicant argues that she falls under an exception to subsection 33(2) that allows teachers whose contracts have terminated to receive EI benefits during their non-teaching periods. That exception appears in section 33 [as am. by SOR/97-31, s. 17] of the Regulations. In 2001 and 2002, the relevant provisions of that section read:

33. (1) The definitions in this subsection apply in this section.

“non-teaching period” means the period that occurs annually at regular or irregular intervals during which no work is performed by a significant number of people employed in teaching.

“teaching” means the occupation of teaching in a pre-elementary, an elementary or a secondary school, including a technical or vocational school.

(2) A claimant who was employed in teaching for any part of the claimant’s qualifying period is not entitled to receive benefits, other than those payable under sections 22 and 23 of the Act, for any week of unemployment that falls in any non-teaching period of the claimant unless

- (a) the claimant’s contract of employment for teaching has terminated;
- (b) the claimant’s employment in teaching was on a casual or substitute basis; or
- (c) the claimant qualifies to receive benefits in respect of employment in an occupation other than teaching.

[3] The related regulation-making power is currently set out in paragraph 54(j) of the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23], which reads:

54. The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations

juge-arbitre a confirmé la première décision et infirmé la seconde, au motif que la demanderesse n’avait pas droit à des prestations d’A-E durant sa « période de congé », et cela en application du paragraphe 33(2) du *Règlement sur l’assurance-emploi* [DORS/96-332] (le Règlement).

[2] Devant la Cour, la demanderesse fait valoir qu’elle entre dans une exception du paragraphe 33(2), exception qui permet aux enseignants dont les contrats ont pris fin de recevoir des prestations d’A-E durant leurs périodes de congé. Cette exception se trouve dans l’article 33 [mod. par DORS/97-31, art. 17] du Règlement. En 2001 et 2002, les dispositions pertinentes de cet article étaient ainsi formulées :

33. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« enseignement » La profession d’enseignant dans une école maternelle, primaire, intermédiaire ou secondaire, y compris une école de formation technique ou professionnelle.

« période de congé » La période qui survient annuellement, à des intervalles réguliers ou irréguliers, durant laquelle aucun travail n’est exécuté par un nombre important de personnes exerçant un emploi dans l’enseignement.

(2) Le prestataire qui exerçait un emploi dans l’enseignement pendant une partie de sa période de référence n’est pas admissible au bénéfice des prestations—sauf celles payables aux termes des articles 22 et 23 de la Loi—pour les semaines de chômage comprises dans toute période de congé de celui-ci, sauf si, selon le cas :

- a) son contrat de travail dans l’enseignement a pris fin;
- b) son emploi dans l’enseignement était exercé sur une base occasionnelle ou de suppléance;
- c) il remplit les conditions requises pour recevoir des prestations à l’égard d’un emploi dans une profession autre que l’enseignement.

[3] Le pouvoir correspondant de réglementation est conféré actuellement par l’alinéa 54j) de la *Loi sur l’assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23], qui est ainsi formulé :

54. La Commission peut, avec l’agrément du gouverneur en conseil, prendre des règlements :

...

(j) prohibiting the payment of benefits, in whole or in part, and restricting the amount of benefits payable, in relation to persons or to groups or classes of persons who work or have worked for any part of a year in an industry or occupation in which, in the opinion of the Commission, there is a period that occurs annually, at regular or irregular intervals, during which no work is performed by a significant number of persons engaged in that industry or occupation, for any or all weeks in that period;

[...]

j) interdisant le paiement de prestations, en tout ou en partie, et restreignant le montant des prestations payables pour les personnes, les groupes ou les catégories de personnes qui travaillent ou ont travaillé pendant une fraction quelconque d'une année dans le cadre d'une industrie ou d'une occupation dans laquelle, de l'avis de la Commission, il y a une période qui survient annuellement à des intervalles réguliers ou irréguliers durant laquelle aucun travail n'est exécuté, par un nombre important de personnes, à l'égard d'une semaine quelconque ou de toutes les semaines comprises dans cette période;

I. FACTUAL BACKGROUND

[4] The Or Haemet Sephardic School is a non-unionized and privately funded institution. It first employed the applicant in approximately 1995. Since then, she has taught kindergarten there from September until June of each year.

[5] At the conclusion of each school year, the employer would inform the applicant that it was pleased with her teaching and that if enrolment and funding for the age group she taught were sufficient, she would be contacted in August and work at the school again come the fall. The employer did this so that the applicant could remain available to return to the school. Indeed, there is no evidence that the applicant ever sought alternative employment, the term of which would carry into the autumn. In fact, it does not appear that the applicant has ever worked for any employer but the Or Haemet Sephardic School over the past 10 years.

[6] Although the applicant received no compensation from the Or Haemet Sephardic School during July and August, every summer she would apply for EI benefits. She was granted these benefits for the months of July and August of the years 1996, 1997, 1998, 1999 and 2000. However, Human Resources Development Canada (HRDC) denied her EI benefits for the period July 1 to August 30, 2001. The Board upheld this decision, as did the Umpire whose decision is under review in this case. Likewise, HRDC refused the applicant EI benefits for the period July 1 to August 30, 2002. However, the Board reversed this decision. The

I. FAITS

[4] La Or Haemet Sephardic School est une institution non syndiquée qui bénéficie d'un financement privé. Elle a embauché la demanderesse vers 1995. Depuis lors, la demanderesse y enseigne dans les classes maternelles, de septembre à juin chaque année.

[5] À la fin de chaque année scolaire, l'employeur informait la demanderesse qu'il était satisfait de son travail d'enseignante et que, si l'effectif scolaire et le financement pour le groupe d'âge dont elle s'occupait étaient suffisants, il communiquerait avec elle en août et elle pourrait alors revenir enseigner à l'école à l'automne. L'employeur s'y prenait ainsi afin que la demanderesse puisse demeurer disponible et revenir à son travail d'enseignante. Il n'est d'ailleurs pas établi que la demanderesse ait jamais cherché un autre emploi qui prendrait fin à l'automne. En fait, il ne semble pas que la demanderesse ait jamais travaillé au cours des 10 dernières années pour un autre employeur que la Or Haemet Sephardic School.

[6] La demanderesse n'était pas rémunérée par la Or Haemet Sephardic School durant les mois de juillet et août, mais chaque été elle demandait des prestations d'A-E. Elle a obtenu ces prestations pour les mois de juillet et août des années 1996, 1997, 1998, 1999 et 2000. Cependant, Développement des ressources humaines Canada (DRHC) lui a refusé ces mêmes prestations pour la période allant du 1^{er} juillet au 30 août 2001. Le conseil a confirmé cette décision, tout comme le juge-arbitre, dont la décision est ici contestée. DRHC a également refusé des prestations d'A-E à la demanderesse pour la période allant du 1^{er} juillet au 30

Umpire, on the other hand, overturned the Board. In these reasons, I review these two decisions of the Umpire.

II. ADJUDICATIVE HISTORY

(1) The findings of the Board

[7] The first Board unanimously held that the applicant had failed to prove that she was entitled to EI benefits for July and August 2001. It rested its conclusion on the fact that she had worked for her employer for 10 years and a relationship existed between them.

[8] With respect to July and August 2002, the second Board found that since the applicant did not have continuity of employment with the employer, her contract of employment had terminated and she was entitled to EI benefits. First, the Board observed that she did not have a contract or promise of a contract or any linkages with her employer because she received no payments from her employer after the termination of her contract at the end of June. Next, it commented that *Ying (Re)* (1997), CUB 40255 concerned “circumstances not unlike this case.” Without further explanation, the Board concluded with the observation that in *Ying*, it was determined that the claimant could not have been said to have a contract of employment operating in the non-teaching period.

(2) The findings of the Umpire with respect to the 2001 and 2002 EI benefit claims

[9] The Umpire relied on, *inter alia*, *Oliver v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 47 (C.A.) (*Oliver*) for the proposition that [at paragraph 27] “unless there is a veritable break in the continuity of a teacher’s employment, the teacher will not be entitled to benefits for the non-teaching period.” After considering all of the evidence, the Umpire found that the applicant had been employed from year to year and there was no interruption in that employment. She did not satisfy the requirement of a veritable break in employment after the end of the school year.

août 2002. Toutefois, le conseil a infirmé cette décision. Le juge-arbitre, quant à lui, a infirmé la décision du conseil. Dans les présents motifs, j’examine ces deux décisions du juge-arbitre.

II. HISTORIQUE DES DÉCISIONS

1) Les conclusions du conseil

[7] Dans le premier cas, le conseil a jugé à l’unanimité que la demanderesse n’avait pas prouvé qu’elle avait droit à des prestations d’A-E pour juillet et août 2001. Il a fondé sa conclusion sur le fait qu’elle travaillait pour son employeur depuis 10 ans et qu’il existait une relation d’emploi entre eux.

[8] Dans le deuxième cas, c’est-à-dire, pour juillet et août 2002, le conseil a jugé que, puisque le travail de la demanderesse auprès de l’employeur ne présentait pas une continuité d’emploi, le contrat de travail de la demanderesse avait pris fin et elle avait droit à des prestations d’A-E. D’abord, le conseil a fait observer qu’elle n’avait pas de contrat ou promesse de contrat, ni aucun lien avec son employeur puisque celui-ci ne lui versait aucune rémunération après l’expiration de son contrat à la fin de juin. Il a ensuite indiqué que la décision *Ying (Re)* (1997), CUB 40255, portait sur [TRADUCTION] « des circonstances assez semblables à celles de la présente affaire ». Sans plus, le conseil a conclu que, dans l’affaire *Ying*, on avait décidé qu’il eût été impossible de prétendre que la prestataire avait un contrat de travail en vigueur durant sa période de congé.

2) Les conclusions du juge-arbitre à propos des demandes de prestations d’A-E de 2001 et 2002

[9] Le juge-arbitre s’est fondé notamment sur l’arrêt *Oliver c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 47 (C.A.) (*Oliver*), pour dire que [au paragraphe 27], « sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l’enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé ». Après examen de l’ensemble de la preuve, le juge-arbitre a estimé que la demanderesse avait été employée année après année et qu’il n’y avait pas eu d’interruption dans cet emploi. La demanderesse ne remplissait pas la condition requise, celle d’une rupture claire de son emploi après la fin de l’année scolaire.

III. STANDARDS OF REVIEW

(1) Introduction

[10] “In every case where a statute delegates power to an administrative decision-maker, the reviewing judge must begin by determining the standard of review on the pragmatic and functional approach.” *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21. In this case, one administrative decision maker, the Umpire, reviewed a decision of another administrative tribunal, the Board. Therefore, this Court must determine whether the Umpire applied the correct standard of review to the Board’s decision. *Meechan v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 368, at paragraph 11. If the Umpire chose the right standard, this Court must determine the standard applicable to the Umpire’s decision and review it on that basis.

[11] In the pragmatic and functional approach, four factors are considered to determine the appropriate standard of review. They are the nature of the question under review—law, fact or mixed law and fact—; the expertise of the decision maker relative to that of the reviewer; the statutory mechanism of review; and the purposes of the legislation and the particular provision.

(2) The Umpire’s review of the Board decisions

[12] The Umpire did not explicitly address the question of the standard of review. However, he seemed to rely on a correctness standard. For instance, he undertook a fresh analysis of the case. Had he been applying a standard of reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness, he would not have asked himself what the correct decision would have been, but only parsed the Board’s reasons. See generally *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, at paragraphs 51 and 54. Moreover, when he considered the Board’s decision with respect to the 2001 EI benefits, he observed that the Board was “correct in law” in finding that there was still a continuing relationship between the applicant and the employer.

III. NORMES DE CONTRÔLE

1) Introduction

[10] « Chaque fois que la loi délègue un pouvoir à une instance administrative décisionnelle, le juge de révision doit commencer par déterminer la norme de contrôle applicable selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle ». Arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.S.C. 226, au paragraphe 21. Dans la présente affaire, une instance administrative décisionnelle, le juge-arbitre, a examiné la décision d’une autre instance administrative, le conseil. La Cour doit donc se demander si le juge-arbitre a appliqué à la décision du conseil la bonne norme de contrôle. Arrêt *Meechan c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 368, au paragraphe 11. Si le juge-arbitre a appliqué la bonne norme, la Cour doit alors déterminer la norme de contrôle applicable à la décision du juge-arbitre et contrôler cette décision selon cette norme.

[11] Selon l’analyse pragmatique et fonctionnelle, quatre facteurs permettent de déterminer la norme de contrôle à appliquer. Ce sont les facteurs suivants : la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de droit et de fait —, l’expertise du décideur par rapport à celle de la juridiction de contrôle, le mécanisme de contrôle prévu par la loi et l’objet du texte législatif et de la disposition particulière.

2) Le contrôle, par le juge-arbitre, des décisions du conseil

[12] Le juge-arbitre n’a pas explicitement étudié la question de la norme de contrôle. Toutefois, il semble qu’il s’en est rapporté à la norme de la décision correcte. Ainsi, il a effectué une nouvelle analyse du dossier. S’il avait appliqué la norme de la décision raisonnable *simpliciter* ou celle de la décision manifestement déraisonnable, il ne se serait pas demandé ce qu’aurait été la décision correcte, se bornant à analyser les motifs du conseil. Voir de façon générale l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, aux paragraphes 51 et 54. De plus, quand il a confirmé la décision du conseil se rapportant aux prestations d’A-E de 2001, il a fait observer que les membres du conseil étaient [TRADUCTION] « fondés en droit » à conclure

[13] The Umpire was right to hold the Board's decisions to a standard of correctness. Admittedly, at first glance, the first factor in the pragmatic and functional analysis suggests that some deference was due to the Board decisions. After all, the nature of the question appears to be mixed law and fact. A paragraph 33(2)(a) determination involves the application of a legal standard "terminated" to the facts of the applicant's case. See also *Gauthier v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1995] F.C.J. No. 1350 (C.A.) (QL).

[14] However, in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 27, the Supreme Court of Canada, invoking *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 39, explained how an error on a question of mixed law and fact can amount to a pure error of law subject to a correctness standard:

... if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

In short, "[m]ischaracterizing the proper legal test results in the application of the correctness standard." *Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 F.C. 49 (C.A.), at paragraph 52.

[15] The next factor in the pragmatic and functional analysis focuses on the administrative decision-maker's expertise. The Board is not an expert on the central question in this case—the correct legal approach to use to determine whether a teaching contract has terminated within the meaning of paragraph 33(2)(a) of the Regulations. According to *Budhai v. Canada (Attorney*

qu'il existait toujours une relation continue entre la demanderesse et l'employeur.

[13] Le juge-arbitre a eu raison de revoir les décisions du conseil selon la norme de la décision correcte. Il est vrai que le premier facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle permet de croire à première vue que les décisions du conseil commandaient une certaine déférence. Après tout, la question semble être une question mixte de droit et de fait. L'alinéa 33(2)a) du Règlement fait intervenir l'application d'une norme juridique (le contrat de travail de la demanderesse a-t-il « pris fin »?) aux circonstances du cas de la demanderesse. Voir aussi l'arrêt *Gauthier c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1350 (C.A.) (QL).

[14] Cependant, dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 27, la Cour suprême du Canada, se fondant sur l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 39, expliquait comment une erreur portant sur une question mixte de droit et de fait pouvait équivaloir à une erreur de droit pure et simple, réformable selon la norme de la décision correcte :

[...] si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

En bref, « [l]a formulation erronée du critère juridique approprié donne lieu à l'application de la norme de la décision correcte ». Arrêt *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 C.F. 49 (C.A.), au paragraphe 52.

[15] Le facteur suivant de l'analyse pragmatique et fonctionnelle porte sur l'expertise du décideur administratif. Le conseil n'est pas un spécialiste de la question qui est au cœur de la présente affaire—la méthode juridique à employer pour dire si un contrat de travail dans l'enseignement a pris fin, au sens de l'alinéa 33(2)a) du Règlement. Selon l'arrêt *Budhai c. Canada*

General), [2003] 2 F.C. 57 (C.A.), at paragraph 42:

. . . the general legal expertise of umpires, as well as their knowledge of employment insurance legislation, indicate that their interpretation of the relevant statutory provisions should prevail over that of a board of referees, an adjudicative body that does not necessarily include a lawyer and sits only part-time.

Indeed, in commenting on the relative expertise of the Umpire in comparison with the Board, the Supreme Court of Canada has observed that the legislature intended “to give the power to interpret law to the umpire and not the Board of Referees.” *Têtreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pages 34-35.

[16] The *Employment Insurance Act* provides further evidence that the legislature did not intend that deference be shown to Board’s answers to legal questions. It provides for appeals as of right from Board’s decisions evincing an error of law, “whether or not the error appears on the face of the record.” *Employment Insurance Act*, paragraph 115(2)(b).

[17] The final factor in the pragmatic and functional analysis focuses on the purposes of the legislation and the particular provision. To be sure, the employment insurance (EI) scheme is aimed at inexpensive and expeditious decision making. However, that does not necessarily tip the balance of the pragmatic and functional factors in favour of a deferential standard of review. After all, administrative tribunals are usually set up to promote inexpensive and expeditious decision making. That type of decision making does not “loom so unusually large in this scheme as to trump . . . even though employment insurance claimants are often of modest means.” See generally *Canada (Attorney General) v. Sveinson*, [2002] 2 F.C. 205 (C.A.), at paragraph 15.

[18] After reviewing the four relevant factors, it is my conclusion that the Board’s answers to questions of law are reviewable on a correctness standard. See also *Canada (Attorney General) v. Kos* (2005), 343 N.R. 228

(*Procureur général*), [2003] 2 C.F. 57 (C.A.), au paragraphe 42 :

[...] l’expertise juridique générale des juges-arbitres ainsi que leur connaissance de la législation en matière d’assurance-emploi indiquent que leur interprétation des dispositions législatives pertinentes devrait l’emporter sur celle d’un conseil arbitral, qui est un organisme décisionnel n’incluant pas nécessairement un avocat et siégeant uniquement à temps partiel.

D’ailleurs, s’exprimant sur l’expertise du juge-arbitre par rapport à celle du conseil arbitral, la Cour suprême du Canada avait fait observer que le législateur voulait « conférer le pouvoir d’interpréter la loi au juge-arbitre et non au conseil arbitral ». Arrêt *Têtreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux pages 34 et 35.

[16] La *Loi sur l’assurance-emploi* nous donne une preuve additionnelle que le législateur ne voulait pas que les réponses d’un conseil arbitral à des questions de droit commandent la déférence judiciaire. Son alinéa 115(2)b) prévoit que toute décision d’un conseil arbitral entachée d’une erreur de droit peut, de plein droit, être portée en appel, « que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier ».

[17] Le dernier facteur de l’analyse pragmatique et fonctionnelle s’intéresse à l’objet du texte législatif et de la disposition en cause. Il est certain que le régime d’assurance-emploi vise à favoriser des décisions expéditives et peu coûteuses. Cependant, cela ne fait pas nécessairement pencher la balance des facteurs pragmatiques et fonctionnels en faveur d’une norme de contrôle commandant la déférence. Après tout, les tribunaux administratifs sont en général établis pour favoriser des décisions expéditives et peu coûteuses. Les facteurs de coût et de rapidité ne sont pas « importants au point de l’emporter [. . .] même si les prestataires d’assurance-emploi sont souvent peu fortunés ». Voir de façon générale l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Sveinson*, [2002] 2 C.F. 205 (C.A.), au paragraphe 15.

[18] Après examen des quatre facteurs applicables, je suis d’avis que les réponses du conseil aux questions de droit sont contrôlables selon la norme de la décision correcte. Voir aussi l’arrêt *Canada (Procureur général)*

(F.C.A.), at paragraph 5; *Meechan*, at paragraph 16; *Budhai*, at paragraph 48. The Umpire rightly applied a correctness standard to the Board decisions that he reviewed.

(3) This Court's review of the Umpire's decisions

[19] In my view, the Umpire in the decisions below formulated the correct legal test. Therefore, the task of this Court is to review the Umpire's application of that legal standard to the facts of the case. The nature of the question is thus one of mixed law and fact. This factor in the pragmatic and functional analysis indicates that some deference should be shown to the Umpire's findings.

[20] The factor of relative expertise, on the other hand, points to the opposite conclusion. In *Sveinson*, at paragraphs 16-17, this Court commented on the legal expertise of Umpires relative to that of the courts:

... the decision-makers [the umpires], judges of either the Trial Division of this Court, or other courts, do not bring to the task of interpreting the legislation an expertise superior to, or a perspective different from that of this Court. They are performing an adjudicative function no different in nature from that of this or of any other court: determining the legal rights of the parties on the basis of umpires' interpretation of detailed and complex legislation and its application to the facts of individual cases.

True, umpires may render more decisions on the legislation than members of this Court, but that is an insufficient basis for deference, especially since some members of this Court, when members of the Trial Division, may well have become familiar with employment insurance legislation. Further, judges are assigned *ad hoc* to sit as umpires in employment insurance cases, and, if they are serving judges, these assignments are simply part of their regular judicial duties. Hence, judicial deference to umpires' decisions cannot be justified on the ground of their unique expertise.

[21] However, the third factor in the pragmatic and functional analysis—that of a statutory right of appeal—again suggests that this Court owes some deference to the Umpire's conclusions. Section 118

c. Kos, 2005 CAF 319, au paragraphe 5; l'arrêt *Meechan*, au paragraphe 16; et l'arrêt *Budhai*, au paragraphe 48. Le juge-arbitre a eu raison d'appliquer cette norme aux décisions du conseil qu'il a examinées.

3) Le contrôle, par la cour, des décisions du juge-arbitre

[19] À mon avis, le juge-arbitre, dans les décisions contestées, a formulé le bon critère juridique. Par conséquent, la tâche de la Cour consiste à revoir la manière dont il a appliqué ce critère aux faits de la présente affaire. La question est donc une question mixte de droit et de fait. Dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle, ce facteur signale que les conclusions du juge-arbitre commandent une certaine déférence.

[20] Le facteur de l'expertise relative, quant à lui, favorise le résultat inverse. Dans l'arrêt *Sveinson*, aux paragraphes 16 et 17, la Cour s'exprimait ainsi sur l'expertise juridique des juges-arbitres par rapport à celle des cours de justice :

[...] qu'ils soient juges à la Section de première instance de la Cour ou juges d'une autre cour, les décideurs [les juges-arbitres] n'ont pas une expertise supérieure à la Cour ni un point de vue différent en matière d'interprétation de la loi. Ils exercent une fonction décisionnelle qui n'est pas différente par nature de celle de la Cour ou d'une autre cour, à savoir celle de déterminer les droits légaux des parties à la lumière de l'interprétation par les juges-arbitres de dispositions législatives détaillées et complexes et de leur application aux faits de chaque affaire.

Il est vrai que les juges-arbitres rendent plus de décisions que les membres de la Cour relativement aux dispositions en matière d'assurance-emploi, mais cela ne justifie pas qu'on fasse preuve de retenue d'autant plus que, lorsqu'ils siégeaient à la Section de première instance, certains juges peuvent fort bien s'être familiarisés avec ces dispositions. En outre, des juges sont nommés *ad hoc* pour siéger comme juges-arbitres dans des affaires d'assurance-emploi et, s'il s'agit de juges en exercice, ces nominations font simplement partie de leurs fonctions judiciaires régulières. Il s'ensuit donc qu'on ne peut pas justifier la retenue à l'égard des décisions des juges-arbitres en se fondant sur leur expertise unique.

[21] Toutefois, le troisième facteur de l'analyse pragmatique et fonctionnelle—celui du droit d'appel prévu par la loi—donne de nouveau à penser que les conclusions du juge-arbitre commandent une certaine

[as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182] of the *Employment Insurance Act* is a privative clause:

118. The decision of the umpire on an appeal is final and, except for judicial review under the *Federal Courts Act*, is not subject to appeal to or review by any court.

[22] As I discussed above, the final factor in the pragmatic and functional analysis—that of legislative purpose, and in particular inexpensive and expeditious decision making—also favours a deferential standard.

[23] In conclusion, then, three of the four factors in the pragmatic and functional analysis indicate that this Court should be wary of interfering with Umpire’s findings of mixed law and fact. Adopting a standard of reasonableness *simpliciter* when reviewing an umpire’s answer to a question of mixed law and fact is consistent with the prior jurisprudence of this Court. See e.g. *Canada (Attorney General) v. Peace* (2004), 317 N.R. 47 (F.C.A.), at paragraph 19 (citing *Budhai*; *Canada (Attorney General) v. Sacrey*, [2004] 1 F.C.R. 733 (F.C.A.); *Meechan* at paragraph 16). In my view, it cannot be said that the Umpire’s decisions were unreasonable.

IV. ANALYSIS

(1) The law

(a) What approach is used to determine whether a teaching contract has terminated?

(i) The law and the Umpire’s decision

[24] The fundamental legal issue in this case is the meaning of the words “the claimant’s contract of employment for teaching has terminated” or, in French, “*son contrat de travail dans l’enseignement a pris fin.*” In my view, these phrases are intended to mean the same thing. Most recently, Létourneau J.A., in very thoughtful reasoning, has equated the words in issue with the absence of “continuity of employment.” *Oliver*, at

déférence de la part de la Cour. L’article 118 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182] de la *Loi sur l’assurance-emploi* renferme une clause privative :

118. La décision du juge-arbitre sur un appel est définitive et sans appel; elle peut cependant faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[22] Comme je l’ai dit plus haut, le dernier facteur de l’analyse pragmatique et fonctionnelle—celui de l’objet du texte législatif, et en particulier l’établissement d’un régime favorisant des décisions expéditives et peu coûteuses—favorise lui aussi une norme commandant la retenue.

[23] En conclusion, donc, trois des quatre facteurs de l’analyse pragmatique et fonctionnelle nous enseignent que la Cour doit faire preuve de déférence à l’égard des conclusions du juge-arbitre portant sur des questions mixtes de droit et de fait. L’adoption de la norme de la décision raisonnable *simpliciter* lorsqu’il s’agit de contrôler la réponse d’un juge-arbitre à une question mixte de droit et de fait s’accorde avec la jurisprudence de la Cour. Voir par exemple l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Peace*, 2004 CAF 56, au paragraphe 19 (citant l’arrêt *Budhai* et l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Sacrey*, [2004] 1 R.C.F. 733 (C.A.F.); et l’arrêt *Meechan*, au paragraphe 16). À mon avis, on ne saurait dire que les décisions du juge-arbitre étaient déraisonnables.

IV. ANALYSE

1) Le droit

a) Quelle approche permet de dire si un contrat de travail dans l’enseignement a pris fin?

i) Le droit et la décision du juge-arbitre

[24] Le point de droit décisif soulevé dans la présente affaire concerne le sens des mots « son contrat de travail dans l’enseignement a pris fin » ou, en anglais, « *the claimant’s contract of employment for teaching has terminated* ». Selon moi, ces deux ensembles de mots sont censés dire la même chose. Tout récemment, le juge Létourneau, exposant un raisonnement très minutieux, a assimilé les mots en cause ici à l’absence de « continuité

paragraph 19. “[U]nless there is a veritable break in the continuity of a teacher’s employment, the teacher will not be entitled to benefits for the non-teaching period.” *Ibid.*, at paragraph 27.

[25] In the decision below, the Umpire correctly pinpointed this as the applicable legal standard. The central question to which the Umpire directed his attention was whether the non-teaching period represented a veritable break in the claimant’s employment:

I have considered the arguments of the claimant and I have considered the jurisprudence. It is my view that the decision of the majority in the *Giammattei* case and the *Oliver* case is determinative of the issue. At par. 27 it is stated: ‘Both [the line of jurisprudence in this Court and the legislative intent behind section 33] are based on the clear premise that, unless there is a veritable break in the continuity of a teacher’s employment, the teacher will not be entitled to benefits for the non-teaching period. It is important that this fundamental premise be strongly underlined here because of the numerous claims that are pending on this issue and which deserve clarity from this Court on this matter.’

Having considered the evidence before the Board of Referees, I am satisfied that it has been shown that this claimant has been employed from year to year and there is no interruption in her employment. I do not believe that because she works in a private school it makes any difference as the legislation does not differentiate between a private school and a public school. It also does not make any statement concerning the annual pay being spread over 12 months or ten months. The jurisprudence places a burden on the teacher to show on the balance of probabilities that they will not be returning to their job following the non-teaching period [*sic.*]. That, in my opinion, would satisfy the requirement that there be a veritable break in employment after the end of the school year. [Emphasis added.]

Thus, the Umpire correctly excerpted the passage from *Oliver* that articulates the governing legal standard in paragraph 33(2)(a) cases. Moreover, he stated that, in light of all of the evidence, there had been “no interruption” in the claimant’s employment. While the Umpire also considered whether it is more likely than not that the claimant would be returning to her job following the non-teaching period, it is clear that he did not view this question as the determinative inquiry. Instead, in this particular case, the answer to it assisted

d’emploi ». Voir l’arrêt *Oliver*, au paragraphe 19. « [S]auf rupture claire dans la continuité de son emploi, l’enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé ». *Ibid.*, au paragraphe 27.

[25] Dans la décision qu’il a rendue, le juge-arbitre a souligné avec justesse que c’était là la norme juridique applicable. La question essentielle sur laquelle le juge-arbitre a fait porter son attention était celle de savoir si la période de congé constituait une rupture claire dans l’emploi de la prestataire :

J’ai examiné les arguments de la prestataire ainsi que la jurisprudence. À mon avis, la décision majoritaire dans les arrêts *Giammattei* et *Oliver* est un facteur déterminant dans l’affaire en cause. Le paragraphe 27 est ainsi formulé : « Les deux [la jurisprudence de la Cour et l’intention législative qui sous-tend l’article 33] reposent sur un principe clair : sauf rupture claire dans la continuité de son emploi, l’enseignant ne sera pas admissible au bénéfice des prestations pendant la période de congé. Il importe de souligner avec force ce principe fondamental parce que de nombreuses demandes portant sur cette question sont en cours. La Cour se doit d’être claire sur ce point. »

Après avoir examiné la preuve portée à la connaissance du conseil arbitral, je suis convaincu qu’il a été établi que cette prestataire avait été employée année après année et qu’il n’y avait pas eu d’interruption d’emploi. Je ne crois pas que le fait qu’elle travaille dans une école privée fasse de différence car la Loi ne fait pas de distinction entre école privée et école publique. Elle ne précise pas non plus si le salaire annuel est réparti sur douze ou sur dix mois. Selon la jurisprudence, c’est à l’enseignant qu’il incombe de démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, il ne retournera pas au travail après la période de congé. Cela, à mon avis, permettrait de satisfaire à l’exigence qui consiste à prouver qu’il y a une réelle période d’inactivité après la fin de l’année scolaire. [Non souligné dans l’original.]

Le juge-arbitre a donc avec raison cité le passage de l’arrêt *Oliver* où est énoncée la norme juridique applicable aux cas relevant de l’alinéa 33(2)(a). Il a dit aussi que, eu égard à l’ensemble de la preuve, il n’y avait « pas eu d’interruption » dans l’emploi de la prestataire. Le juge-arbitre s’est aussi demandé s’il y avait de bonnes chances pour que la prestataire retourne à son poste après la période de congé, mais il est clair que, pour lui, cette question n’était pas le facteur décisif. Dans la présente affaire, la réponse à cette question l’a

him in disposing of the key issue of whether there was a veritable break in the continuity of the applicant's employment. Indeed, in conclusion, he even reiterated that "the requirement" is "that there be a veritable break in employment." Ultimately, in my view, the Umpire's analysis was governed by the correct legal test.

[26] That the likelihood of the claimant's returning to her position was only one factor in the Umpire's analysis is evident from his statement that he considered all of the evidence before the Board. Indeed, the Umpire was right to take all of the facts of the case into account. This approach is well grounded in the jurisprudence, which emphasizes the factually-intensive nature of paragraph 33(2)(a) determinations. In *Oliver*, at paragraphs 17-18, for instance, Létourneau J.A. upheld the decision of the Umpire, who was of the view that:

... a determination of whether a teacher fell or not within the scope of the exemption was not a determination which could be based solely on a purported date of termination stated in a contract. All the circumstances in a particular case had to be examined in light of the purpose and intention of the legislative scheme. [Emphasis added.]

The Umpire was right to reproduce this passage in his decision.

[27] Indeed, were I to express any concerns about the Umpire's reasons, I might highlight the way in which he addressed the evidence. Certainly, he "considered the arguments of the claimant." He also "considered the evidence before the Board of Referees." Furthermore, he referred to the fact that the applicant's annual compensation was spread over only 10 months. It might have been preferable to specify what pieces of evidence led him to conclude that the applicant's contract had not terminated.

(ii) Relevant considerations

[28] Conceivably, more often than not, certain factors will assist the courts in determining whether there was a veritable break in the continuity of the claimant's employment. The comments in *Oliver* suggest that in constructing such a list, the Court should look to "the

plutôt aidé à disposer du point capital, celui de savoir s'il y avait eu une rupture claire dans la continuité de l'emploi de la demanderesse. D'ailleurs, en conclusion, il a même réaffirmé que « l'exigence [. . .] consiste à prouver qu'il y a une réelle période d'inactivité ». En définitive, selon moi, l'analyse du juge-arbitre reposait sur le bon critère juridique.

[26] La probabilité d'un retour de la prestataire à son poste n'a été que l'un des facteurs retenus par le juge-arbitre dans son analyse, si l'on en croit le juge-arbitre lorsqu'il dit qu'il a tenu compte de toute la preuve que le conseil avait devant lui. D'ailleurs, le juge-arbitre a eu raison de prendre en compte tous les faits de l'affaire. Cette approche trouve son fondement dans la jurisprudence, laquelle met en évidence le caractère éminemment factuel des décisions fondées sur l'alinéa 33(2)a). Ainsi, dans l'arrêt *Oliver*, aux paragraphes 17 et 18, le juge Létourneau a confirmé la décision du juge-arbitre, lequel était d'avis que :

[. . .] on ne peut trancher la question de savoir si un enseignant était visé ou non par l'exception uniquement sur la base d'une date de fin de travail indiquée dans un contrat. Toutes les circonstances de l'espèce doivent être prises en considération à la lumière de l'objectif et de l'intention de la loi. [Non souligné dans l'original.]

Le juge-arbitre a eu raison de reproduire ce passage dans sa décision.

[27] Au reste, si je devais exprimer des doutes sur les motifs du juge-arbitre, je mentionnerais probablement la manière dont il a traité la preuve. Certes, il « a examiné les arguments de la prestataire ». Il a aussi « examiné la preuve portée à la connaissance du conseil arbitral ». Il a aussi évoqué le fait que la rémunération annuelle de la demanderesse était répartie sur 10 mois seulement. Il aurait sans doute été préférable qu'il dise quels éléments de preuve le conduisaient à conclure que le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin.

(ii) Considérations utiles

[28] En théorie, plus souvent qu'autrement, certains facteurs aideront les tribunaux à dire s'il y a eu ou non une rupture claire dans la continuité de l'emploi du prestataire. Le paragraphe 17 de l'arrêt *Oliver* nous enseigne que, dans l'établissement d'une telle liste de

purpose and intention of the legislative scheme.” *Oliver*, at paragraph 17.

[29] There is no question that the legislative scheme is a useful guide. However, since *Oliver* was decided, Binnie J., writing for the majority of the Supreme Court of Canada in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, has reviewed the proper approach to regulatory interpretation. In construing the regulation in that case, he drew on five sources. They were the mischief sought to be cured by the regulation, the regulatory scheme, the grammatical and ordinary sense of the words of the regulation, the regulation-making power of the Act pursuant to which the regulation was enacted and the general context of the regulation. See *Bristol-Myers Squibb Co.*, at paragraphs 37-68. For Binnie J., the general context included the purpose of the related legislation and the Regulatory Impact Analysis Statement accompanying the regulation. *Ibid.*, at paragraphs 45-46. In my view, Binnie J.’s five interpretive aids also assist in constructing a list of the types of facts that are legally relevant to a finding of whether a contract of employment for teaching has terminated within the meaning of paragraph 33(2)(a) of the Regulations.

[30] I begin, then, with the mischief sought to be cured by paragraph 33(2)(a). The purpose of the Regulations has been considered in previous decisions of this Court. In *Canada (Attorney General) v. Donachey*, [1997] F.C.J. No. 579 (C.A.) (QL) at paragraph 5, it was said that:

The purpose of par. 46.1(2)(a) is clearly to avoid “double dipping,” as was indicated in the passage from Stone J.A. [writing in *Canada (Attorney General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.), at p. 687] quoted above. Desjardins J.A. put it this way in *St. Coeur [Canada (Attorney General) v. St-Coeur]* (1996), 199 N.R. 45 (F.C.A.):

The object of section 46.1 of the Regulations is to prevent teachers, whose salary is spread over a twelve-month period but who do not provide services every day, from being able to receive monies which come from two separate sources but which fulfil the same role.

facteurs, le tribunal doit prendre en compte « l’objectif et [. . .] l’intention de la loi ».

[29] Il ne fait aucun doute que la loi est un guide utile. Cependant, depuis l’arrêt *Oliver*, le juge Binnie, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, a passé en revue la méthode adéquate d’interprétation des règlements. Interprétant le règlement applicable à cette affaire, il s’en est rapporté à cinq sources : le mal auquel le règlement devait remédier, l’économie du texte réglementaire, le sens grammatical et ordinaire des mots du règlement, la disposition législative en vertu de laquelle le règlement a été pris, et le contexte général du règlement. Voir l’arrêt *Bristol-Myers Squibb Co.*, aux paragraphes 37 à 68. Pour le juge Binnie, le contexte général du règlement comprenait l’objet de la loi connexe et aussi le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, qui accompagne le règlement. *Ibid.*, aux paragraphes 45 et 46. Selon moi, les cinq aides à l’interprétation énumérés par le juge Binnie permettent aussi d’établir une liste des genres de circonstances qui sont juridiquement utiles pour dire si un contrat de travail dans l’enseignement a ou non pris fin, au sens de l’alinéa 33(2)a) du Règlement.

[30] Je commencerai donc par le mal auquel l’alinéa 33(2)a) était censé remédier. L’objet du Règlement a été examiné dans des arrêts récents de la Cour. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Donachey*, [1997] A.C.F. n° 579 (C.A.), au paragraphe 5, la Cour écrivait :

De toute évidence, l’objectif de l’alinéa 46.1(2)a) est d’éviter le « cumul de prestations et de traitement », comme l’a souligné le juge Stone [*Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (C.A.F.), à la p. 687] dans l’extrait cité précédemment. Voici comment le juge Desjardins a formulé cela, dans *St. Coeur [Canada (Procureur général) c. St-Coeur]*, [1996] A.C.F. n° 514 (C.A.) (QL) :

L’objectif de l’article 46.1 du Règlement consiste à empêcher les enseignants, dont le salaire est réparti sur une période de douze mois mais qui ne fournissent pas de services chaque jour, de recevoir des sommes provenant de deux sources différentes mais remplissant le même rôle.

[31] I have no doubt that the prevention of double dipping is one of the purposes of paragraph 33(2)(a) of the Regulations. The regulatory scheme affirms this position. The only other reference to contract termination in the Regulations links the notion of an earnings interruption with that of contract termination. According to subparagraph 14(5)(b)(i) of the Regulations:

Interruption of Earnings

14. . . .

(5) An interruption of earnings in respect of an insured person occurs

. . .

(b) in the case of an insured person who is employed under a contract of employment and whose earnings from that employment consist mainly of commissions, when

(i) the insured person's contract of employment is terminated, or

[32] With the greatest of respect, though, I am reluctant to conclude that double dipping is the only mischief at which the regulator was aiming with this provision. The grammatical and ordinary sense of the words of paragraph 33(2)(a) indicates that it is intended to combat more than this abuse of the EI scheme. After all, "[t]he paragraph does not provide that a teacher whose services and remuneration have temporarily ceased is eligible for benefits notwithstanding that the contract of employment continues to subsist." *Canada (Attorney General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.), at page 687.

[33] Indeed, I believe that the Umpire whose decision this Court upheld in *Oliver* correctly articulated the purpose of paragraph 33(2)(a). In *Oliver*, at paragraph 16, Létourneau J.A. reproduced the following comments of that Umpire:

The intention of Parliament is to pay employment insurance benefits to those individuals who, through no fault of their own, are truly unemployed and who are seriously engaged in an earnest effort to find work. Teachers are not considered unemployed during the annual non-teaching periods and they are therefore not entitled to benefits, unless they meet one of the following three criteria set out in regulation 33(2):

[31] Je ne doute nullement que la prévention du « cumul de prestations et de traitement » est l'un des objectifs de l'alinéa 33(2)a) du Règlement. L'économie du texte réglementaire confirme cette manière de voir. La seule autre référence à la résiliation d'un contrat de travail dans le Règlement rattache l'idée d'un arrêt de rémunération à celle d'une résiliation du contrat. Selon le sous-alinéa 14(5)b)(i) du Règlement :

Arrêt de rémunération

14. [. . .]

(5) Un arrêt de rémunération se produit :

[. . .]

b) dans le cas d'un assuré employé aux termes d'un contrat de travail et dont la rémunération provenant de cet emploi est constituée principalement de commissions :

(i) soit lorsque son contrat de travail prend fin,

[32] Malheureusement toutefois, j'hésite à conclure que « le cumul des prestations et du traitement » est l'unique mal que l'autorité réglementante voulait corriger par cette disposition. Le sens grammatical et ordinaire des mots de l'alinéa 33(2)a) nous indique que cette disposition vise à combattre davantage que cet abus du régime de l'A-E. Après tout, « [l']alinéa ne prévoit pas que l'enseignant dont les services et la rémunération ont temporairement cessé est admissible à des prestations malgré le fait que le contrat de travail demeure en vigueur ». *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (C.A.F.), à la page 687.

[33] Je crois d'ailleurs que le juge-arbitre dont la Cour a confirmé la décision dans l'arrêt *Oliver* avait correctement exposé l'objet de l'alinéa 33(2)a). Dans l'arrêt *Oliver*, au paragraphe 16, le juge Létourneau citait les observations suivantes de ce juge-arbitre :

L'intention du Parlement est de verser des prestations d'assurance-emploi aux personnes qui, sans que ce soit leur faute, se retrouvent véritablement en chômage et consacrent de sérieux efforts à se trouver de l'emploi. Les enseignants ne sont pas considérés comme des chômeurs pendant les périodes annuelles de congé et, par conséquent, ils n'ont pas droit au bénéfice des prestations, à moins de satisfaire à l'un des trois critères prévus au paragraphe 33(2) du Règlement :

- a. the claimant's contract of employment for teaching has terminated;
- b. the claimant's employment in teaching was on a casual or substitute basis; or
- c. the claimant qualifies to receive benefits in respect of employment other than teaching.

Parliament's intention, together with the object of the legislation and its scheme, leads me to the conclusion that the exemption provided for in Regulation 33(2)(a) is meant to provide relief to those teachers whose contracts terminate on June 30th and who, as a result, suffer a genuine severance of the employer and employee relationship. In other words, the exemption provides relief to those teachers who are, in the true sense of the word "unemployed", a term which is not synonymous with "not working". [Some emphasis added.]

Although the *Oliver* Umpire referred to Parliament's intention and the purpose of the legislation, in my view, the underlined passages above describe the objectives of paragraph 33(2)(a) of the Regulations.

[34] The regulation-making power of the Act, the grammatical and ordinary sense of the words of the regulation and the general context confirm that the comments in *Oliver* accurately describe the mischief targeted by paragraph 33(2)(a).

[35] The provision in issue is traceable to a similarly worded, 1983 amendment to section 46.1 [as enacted by SOR/83-516, s. 1] of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576]. It was enacted pursuant to paragraph 58(h.1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 8] of the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. That paragraph reads:

Regulations

58. The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations

...

(h.1) prohibiting the payment of benefit, in whole or in part, and restricting the amount of benefit payable, in relation to persons or to groups or classes of persons who

- a) le contrat de travail dans l'enseignement du prestataire a pris fin;
- b) son emploi dans l'enseignement était exercé sur une base occasionnelle ou de suppléance;
- c) il remplit les conditions requises pour recevoir des prestations à l'égard d'un emploi dans une profession autre que l'enseignement.

L'intention du Parlement de même que l'objet et l'esprit de la loi, m'amènent à conclure que l'exception prévue aux termes de l'alinéa 33(2)a) du Règlement vise à venir en aide aux enseign[an]ts dont la cessation du contrat, qui prend fin le 30 juin, donne lieu à une véritable rupture de la relation entre l'employeur et l'employé. Autrement dit, l'exception accorde de l'aide aux enseignants qui sont des « chômeurs », selon le véritable sens de ce terme, qui n'équivaut pas pour autant à l'expression « ne pas travailler ». [Certains soulignés sont ajoutés.]

Dans l'affaire *Oliver*, le juge-arbitre s'était référé à l'intention du législateur et à l'objet du texte législatif, mais, selon moi, les passages soulignés ci-dessus décrivent les objectifs de l'alinéa 33(2)a) du Règlement.

[34] Le pouvoir de réglementation conféré par la Loi, le sens grammatical et ordinaire des mots du règlement et le contexte général confirment que les motifs de l'arrêt *Oliver* décrivent fidèlement le mal auquel l'alinéa 33(2)a) était censé remédier.

[35] La disposition en cause peut être reliée à une modification rédigée de façon semblable apportée en 1983 à l'article 46.1 [édicte par DORS/83-516, art. 1] du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., ch. 1576]. Le fondement législatif de cette modification était l'alinéa 58h.1 [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 8] de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48]. Cet alinéa était ainsi formulé :

Règlements

58. La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements :

[...]

h.1) interdisant le paiement de prestations, en tout ou en partie, et restreignant le montant des prestations payables pour les personnes, les groupes ou les catégories de

work or have worked for any part of a year in an industry or occupation in which, in the opinion of the Commission, there is a period that occurs annually, at regular or irregular intervals, during which no work is performed by a significant number of persons engaged in that industry or occupation, for any or all weeks in that period;

[36] In the current *Employment Insurance Act*, the equivalent provision states:

54. The Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations

...

(j) prohibiting the payment of benefits, in whole or in part, and restricting the amount of benefits payable, in relation to persons or to groups or classes of persons who work or have worked for any part of a year in an industry or occupation in which, in the opinion of the Commission, there is a period that occurs annually, at regular or irregular intervals, during which no work is performed by a significant number of persons engaged in that industry or occupation, for any or all weeks in that period;

[37] Paragraph 58(h.1) of the *Unemployment Insurance Act* and paragraph 54(j) of the *Employment Insurance Act* highlight that, in certain industries and occupations, there are periods “during which no work is performed.” They thus support the position in *Oliver* that the word “unemployed” cannot be equated with the phrase “not working” or, to paraphrase paragraph 58(h.1), “not performing work.”

[38] Likewise, the plain wording of section 33 acknowledges that teaching is an industry in which *de facto* contractual relationships are based on a 12-month period, even though, predictably, no work will be performed during some period of the year. According to subsection 33(1):

33. (1) The definitions in this subsection apply in this section.

...

personnes qui travaillent ou ont travaillé pendant une fraction quelconque d’une année dans le cadre d’une industrie ou d’une occupation au sujet de laquelle, de l’avis de la Commission, il y a une période qui survient annuellement à des intervalles réguliers ou irréguliers durant laquelle aucun travail n’est exécuté, par un nombre important de personnes, à l’égard d’une semaine quelconque ou de toutes les semaines comprises dans cette période;

[36] Dans l’actuelle *Loi sur l’assurance-emploi*, la disposition correspondante est la suivante :

54. La Commission peut, avec l’agrément du gouverneur en conseil, prendre des règlements :

[. . .]

j) interdisant le paiement de prestations, en tout ou en partie, et restreignant le montant des prestations payables pour les personnes, les groupes ou les catégories de personnes qui travaillent ou ont travaillé pendant une fraction quelconque d’une année dans le cadre d’une industrie ou d’une occupation dans laquelle, de l’avis de la Commission, il y a une période qui survient annuellement à des intervalles réguliers ou irréguliers durant laquelle aucun travail n’est exécuté, par un nombre important de personnes, à l’égard d’une semaine quelconque ou de toutes les semaines comprises dans cette période;

[37] L’alinéa 58h.1) de la *Loi sur l’assurance-chômage* et l’alinéa 54f) de la *Loi sur l’assurance-emploi* font ressortir que, dans certaines industries et occupations, il y a des périodes « durant [lesquelles] aucun travail n’est exécuté ». Ils renforcent donc la position, exposée dans l’arrêt *Oliver*, selon laquelle le mot « chômeu[r] » ne peut pas être assimilé aux mots « ne pas travailler » ni, pour paraphraser l’alinéa 58h.1), aux mots « n’exécuter aucun travail ».

[38] En outre, les mots eux-mêmes employés dans l’article 33 du Règlement reconnaissent que l’enseignement est un secteur où, dans les faits, les relations contractuelles sont fondées sur une période de 12 mois, même si, comme on peut l’imaginer, aucun travail ne sera exécuté durant une certaine période de l’année. Selon le paragraphe 33(1) :

33. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

[. . .]

“non-teaching period” means the period that occurs annually at regular or irregular intervals during which no work is performed by a significant number of people employed in teaching.

In short, the regulation-making power of the Act and the language of section 33 affirm that paragraph 33(2)(a) is intended to combat the mischief of teachers collecting EI benefits when they cannot be said to be truly unemployed, but nevertheless are not performing work during the non-teaching period.

[39] The Explanatory Note that accompanied the 1983 amendment to section 46.1 of the *Unemployment Insurance Regulations* also indicates that paragraph 33(2)(a) is intended to prevent the collection of benefits by teachers in permanent positions during the non-teaching period. It stated:

This amendment prohibits the payment of benefits, other than maternity benefits, to teachers, during their annual non-teaching period unless their contract has been terminated, their employment was on a casual or substitute basis or they qualified to receive benefits on the basis of other employment. When a teacher does qualify for benefits on the basis of other employment, benefits are payable only on the basis of the other employment.

[40] The notion that paragraph 33(2)(a) of the Regulations is intended to ensure that only “truly unemployed” teachers are entitled to EI benefits is not inconsistent with the purpose of the *Employment Insurance Act*. In *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, [2005] 2 S.C.R. 669, at paragraph 18, the Supreme Court of Canada reviewed the jurisprudence on the object of the legislation:

In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41, La Forest J., quoting the words of Lacombe J., who was on the panel of the Federal Court of Appeal in that case, described the purpose of the *Unemployment Act, 1971*, which seems no different from the purpose of the current Act, as follows:

. . . to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their

« période de congé » La période qui survient annuellement, à des intervalles réguliers ou irréguliers, durant laquelle aucun travail n’est exécuté par un nombre important de personnes exerçant un emploi dans l’enseignement.

En bref, le pouvoir de réglementation conféré par la Loi, ainsi que le texte de l’article 33, confirment que l’alinéa 33(2)a est censé combattre le mal suivant : les enseignants qui perçoivent des prestations d’A-E alors qu’on ne saurait dire qu’ils sont véritablement en chômage, même s’ils n’exécutent aucun travail durant la période de congé.

[39] La note explicative qui accompagnait la modification apportée en 1983 à l’article 46.1 du *Règlement sur l’assurance-chômage* montre elle aussi que l’alinéa 33(2)a est censé empêcher les enseignants qui occupent des postes permanents de percevoir des prestations durant la période de congé. La note est ainsi formulée :

Cette modification vise à interdire le paiement de prestations (sauf les prestations de maternité) aux enseignants pendant la période de congé annuelle, exception faite des enseignants dont le contrat de travail n’a pas été renouvelé, dont l’emploi était exercé sur une base occasionnelle ou de suppléance ou qui remplissent les conditions requises pour recevoir des prestations en raison d’un emploi dans une profession autre que l’enseignement. Dans ce dernier cas, les prestations se limitent au montant payable à l’égard de cet autre emploi.

[40] L’idée selon laquelle l’alinéa 33(2)a du Règlement vise à faire en sorte que seuls les enseignants « véritablement en chômage » aient droit à des prestations d’A-E n’est pas incompatible avec l’objet de la *Loi sur l’assurance-emploi*. Dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, au paragraphe 18, la Cour suprême du Canada a examiné la jurisprudence relative à l’objet du texte législatif :

Dans l’arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, p. 41, le juge La Forest, citant les propos du juge Lacombe, qui siégeait alors à la Cour d’appel fédérale dans cette affaire, décrivait ainsi l’objectif de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, qui ne semble pas différer de celui de la loi actuelle :

. . . d’établir un régime d’assurance sociale aux fins d’indemniser les chômeurs pour la perte de revenus

employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market.

In *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877, Gonthier J. added that the purpose behind unemployment insurance benefits:

looks to the past, present and future. Benefits are contingent on qualifying employment in the past. They are meant to provide income and security for the present, in lieu of the employment income which has been lost. However, the benefits also look to the future, enabling the recipient to find a new job without hardship and with a sense of security. (p. 895) [Emphasis added.]

The majority in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at page 46 also warned that:

One must not . . . lose sight of the fact that the overall objective of this particular Act is to provide a temporary sanctuary for those wishing to remain in the active labour force, but who are unable for the moment, to find employment. [Emphasis added.]

[41] Finally, the *Oliver* view of the purpose of paragraph 33(2)(a) accords with the *Digest of Benefit Entitlement Principles* (the Digest). The Digest is a reference tool that contains the principles applied by HRDC when deciding EI benefit claims. According to Chapter 14—Teachers, paragraph 14.5.0 “Availability”:

Claimants engaged in the occupation of teaching, like any other claimants, must prove they are capable of and available for work and unable to obtain suitable employment for any working day of a benefit period.

. . . teachers need to demonstrate that, during the non-teaching period, they are willing and able to accept immediately any offer of suitable employment and that no restrictions exist that would limit their employment opportunities.

The concept of a reasonable period of time to find teaching employment will not be applied during the non-teaching periods. The availability of the claimant must be supported by actions and evidence as would be required of any claimant. A

provenant de leur emploi et d’assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail.

Dans l’arrêt *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, le juge Gonthier ajoutait que l’objet des prestations d’assurance-chômage était

orienté vers le passé, le présent et l’avenir. L’admissibilité aux prestations dépend de l’exercice, dans le passé, d’un emploi donnant droit aux prestations. Ces prestations visent à fournir un revenu et une sécurité pour le présent, en remplacement du revenu d’emploi perdu. Cependant, les prestations sont également orientées vers l’avenir en ce qu’elles permettent au bénéficiaire de trouver un nouvel emploi, sans souffrir de privations et tout en éprouvant un sentiment de sécurité. [p. 895] [Non souligné dans l’original.]

Dans l’arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la page 46, les juges majoritaires ont également fait la mise en garde suivante :

L’on ne doit pas perdre de vue [. . .] le fait que le premier objectif de cette loi particulière est de dépanner temporairement les personnes désireuses de rester au sein de la main-d’œuvre active mais qui sont momentanément incapables de trouver un emploi. [Non souligné dans l’original.]

[41] Finalement, le point de vue, exposé dans l’arrêt *Oliver*, concernant l’objet de l’alinéa 33(2)a) s’accorde avec le *Guide de la détermination de l’admissibilité* (le Guide). Le Guide est un instrument de référence qui renferme les principes appliqués par DRHC lorsqu’il traite les demandes de prestations d’A-E. Selon le Chapitre 14—Les enseignants, 14.5.0—« Disponibilité » :

Comme tous les autres prestataires, les enseignants doivent prouver qu’ils sont capables de travailler et disponibles à cette fin et incapables d’obtenir un emploi convenable pour tout jour ouvrable d’une période de prestations

L’enseignant doit [. . .] prouver, pendant la période de congé, qu’il est disposé et capable d’accepter immédiatement toute offre d’emploi convenable et qu’il n’existe aucune restriction pouvant limiter ses possibilités d’obtenir un emploi.

La notion de délai raisonnable pour trouver un emploi dans l’enseignement ne s’appliquera pas aux périodes de congé. La disponibilité du prestataire doit s’appuyer sur des actes et des preuves comme c’est le cas pour tout autre prestataire. Un

teacher must, during the non-teaching periods, seek work in other occupations in which there is employment opportunities if there are little or no teaching opportunities during the non-teaching period [*sic*]. [Internal citations omitted.]

The “truly unemployed” will be able “to demonstrate that, during the non-teaching period, they are . . . able to accept immediately any offer of suitable employment and that no restrictions exist that would limit their employment opportunities.” The requirement of seeking “work in other occupations in which there is employment opportunities if there are little or no teaching opportunities during the non-teaching period [*sic*]” is also revealing. As was suggested in *Oliver*, teachers whose contracts have terminated, and who are thus entitled to EI benefits, must be “seriously engaged in an earnest effort to find work.”

[42] In light of this understanding of the purpose of paragraph 33(2)(a), logic suggests the types of considerations that should be considered relevant to determining whether there had been a veritable break in the continuity of the applicant’s employment. It is only reasonable that, when determining whether a case falls within the purview of paragraph 33(2)(a) of the Regulations, it may be helpful to take into account factors such as:

- i. the length of the employment record;
- ii. the duration of the non-teaching period;
- iii. the customs and practices of the teaching field in issue;
- iv. the receipt of compensation during the non-teaching period;
- v. the terms of the written employment contract, if any;
- vi. the employer’s method of recalling the claimant;
- vii. the record of employment form completed by the employer;

enseignant doit, pendant la période de congé, chercher du travail dans un autre domaine qui offre des possibilités d’emploi s’il y a peu ou pas de possibilités d’obtenir un poste d’enseignant durant la période de congé. [Références internes omises.]

L’enseignant « véritablement en chômage » sera en mesure de « prouver, pendant la période de congé, qu’il est [. . .] capable d’accepter immédiatement toute offre d’emploi convenable et qu’il n’existe aucune restriction pouvant limiter ses possibilités d’obtenir un emploi ». L’obligation pour lui de « chercher du travail dans un autre domaine qui offre des possibilités d’emploi s’il y a peu ou pas de possibilités d’obtenir un poste d’enseignant durant la période de congé » est elle aussi révélatrice. Comme la Cour l’expliquait dans l’arrêt *Oliver*, les enseignants dont les contrats ont pris fin et qui ont donc droit à des prestations d’A-E doivent « consacrer de sérieux efforts à se trouver de l’emploi ».

[42] Au vu de cette interprétation de l’objet de l’alinéa 33(2)a), la logique désigne les genres de facteurs dont il conviendra de tenir compte pour savoir s’il y a eu rupture claire dans la continuité de l’emploi de la demanderesse. Pour savoir si un cas donné entre ou non dans le champ de l’alinéa 33(2)a) du Règlement, il n’est que raisonnable de s’en rapporter à des facteurs tels que :

- i. l’ancienneté de la relation d’emploi;
- ii. la durée de la période de congé;
- iii. les usages et pratiques du domaine d’enseignement en cause;
- iv. le versement d’une rémunération durant la période de congé;
- v. les conditions du contrat de travail écrit, s’il y en a un;
- vi. la méthode à laquelle recourt l’employeur pour rappeler le prestataire;
- vii. le formulaire de relevé d’emploi rempli par l’employeur;

viii. other evidence of outward recognition by the employer; and

ix. the understanding between the claimant and the employer and the respective conduct of each.

[43] Several cautionary notes must be sounded about this list of considerations. First, it is not exhaustive. Moreover, not every one of the factors on it will provide insight into every case. Indeed, the courts must be extremely sensitive to the factual background underlying every paragraph 33(2)(a) case. These factors are not to be weighed mechanistically. It is entirely inappropriate to simply count the number of factors suggesting a finding of contract termination and the number militating against that conclusion and then endorse the conclusion favoured by the greater number of factors. Instead, to determine whether a teaching contract has terminated within the meaning of paragraph 33(2)(a), all of the circumstances of every case must be examined in light of the purpose of the regulation.

(iii) Related jurisprudence

[44] In considering the light that these factors shed on particular paragraph 33(2)(a) cases, it may be beneficial to examine two lines of jurisprudence, both of which deal with wrongful dismissal claims. The first line, the “contract-term cases,” considers whether the contract in issue was of a fixed or an indefinite duration. The second line deals with paragraph 240(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 15] of the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] (the Code), which only allows individuals who have completed “twelve consecutive months of continuous employment” to complain to an inspector about their allegedly unjust dismissals.

[45] In the contract-term cases, the courts consider whether the contract in issue is of an indefinite or fixed term to calculate the appropriate amount of damages owing to the terminated claimant by the employer. An employee who had worked under an indefinite contract is entitled to damages for reasonable notice. On the other hand, an employee who had been dismissed before

viii. les autres éléments attestant une reconnaissance de départ de la part de l’employeur; et

ix. l’arrangement conclu entre le prestataire et l’employeur, et la conduite respective de chacun.

[43] Plusieurs mises en garde s’imposent à propos de cette liste de facteurs. D’abord, elle n’est pas limitative. Ensuite, les facteurs qu’elle énumère ne permettront pas tous de résoudre un cas donné. D’ailleurs, les tribunaux doivent accorder une très grande importance au contexte factuel à l’origine de chaque cas relevant de l’alinéa 33(2)a. Il faut se garder d’évaluer ces facteurs d’une manière mécanique. Il est tout à fait fautif de compter simplement le nombre de facteurs qui permettent de conclure qu’il a été mis fin au contrat, et le nombre de facteurs qui militent contre cette conclusion, pour ensuite retenir la conclusion désignée par le nombre de facteurs qui est le plus élevé. Pour savoir si un contrat de travail dans l’enseignement a pris fin au sens de l’alinéa 33(2)a, il faut plutôt examiner l’ensemble des circonstances de chaque cas en gardant à l’esprit l’objet du règlement.

iii) Jurisprudence connexe

[44] Il serait sans doute utile, devant l’éclairage que ces facteurs jettent sur un cas donné relevant de l’alinéa 33(2)a, d’examiner deux courants jurisprudentiels, qui tous deux portent sur des affaires de congédiement abusif. Le premier courant, qui concerne la durée du contrat de travail, examine le point de savoir si le contrat en cause était un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée. Le deuxième courant porte sur l’alinéa 240(1)a [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 9, art. 15] du *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] (le Code), qui prévoit que, pour déposer une plainte de congédiement injuste auprès d’un inspecteur, il faut avoir travaillé « sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur ».

[45] Dans les affaires portant sur la durée du contrat de travail, les tribunaux se demandent si le contrat en cause est un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée, avant d’établir les dommages-intérêts que l’employeur devra payer au prestataire renvoyé. Un employé qui travaillait en vertu d’un contrat à durée indéterminée aura droit à réparation après un préavis

her fixed-term contract had expired is only entitled to damages for breach of contract. A fixed-term employee whose contract was not renewed at the conclusion of its term is not entitled to any damages because the employment simply ceased in accordance with the terms of the contract.

[46] The approach that courts have taken to delineating the boundaries between fixed and indefinite term contracts is of interest in the present context. After all, the issue in the contract-term cases is very similar to that in this one. This applicant is essentially alleging that she had a fixed-term contract that terminated at the end of the school year. According to her, at the beginning of each school year, she would start work under a new fixed-term contract. It may be, though, that she actually worked under one contract of an indefinite duration while employed at the Or Haemet Sephardic School.

[47] The second line of authorities that may assist in determining whether a case is caught by paragraph 33(2)(a) addresses paragraph 240(1)(a) of the Code. It reads:

240. (1) Subject to subsections (2) and 242(3.1), any person

(a) who has completed twelve consecutive months of continuous employment by an employer, and

(b) who is not a member of a group of employees subject to a collective agreement,

may make a complaint in writing to an inspector if the employee has been dismissed and considers the dismissal to be unjust.

[48] To determine whether a seasonally employed claimant has completed 12 consecutive months of “continuous employment,” this Court has focused not on whether work was actually performed for at least 12 months, but on whether there was “continuity of employment” and “a continuous employment relationship” over that period. See *Beothuk Data Systems Ltd.*,

raisonnable de licenciement. Par ailleurs, l’employée qui a été congédiée avant l’expiration de son contrat à durée déterminée n’aura droit à réparation qu’au titre de la rupture du contrat. Un employé à durée déterminée dont le contrat n’a pas été renouvelé à l’expiration du contrat n’aura pas droit à réparation parce que l’emploi a simplement cessé conformément aux conditions du contrat.

[46] L’approche que les tribunaux ont adoptée pour définir les frontières entre les contrats à durée déterminée et les contrats à durée indéterminée présente de l’intérêt dans la présente affaire. Après tout, la question posée dans les cas portant sur la durée du contrat de travail est très semblable à celle qui est posée ici. La demanderesse dit essentiellement qu’elle avait un contrat à durée déterminée qui a pris fin en même temps que l’année scolaire. D’après elle, au début de chaque année scolaire, elle commençait à travailler à la faveur d’un nouveau contrat à durée déterminée. On pourrait dire cependant qu’en réalité elle travaillait pour la Or Haemet Sephardic School en vertu d’un unique contrat à durée indéterminée.

[47] Le second courant jurisprudentiel susceptible de nous aider à dire si une affaire donnée relève ou non de l’alinéa 33(2)a) concerne l’alinéa 240(1)a) du Code, ainsi formulé :

240. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 242(3.1), toute personne qui se croit injustement congédiée peut déposer une plainte écrite auprès d’un inspecteur si :

a) d’une part, elle travaille sans interruption depuis au moins douze mois pour le même employeur;

b) d’autre part, elle ne fait pas partie d’un groupe d’employés régis par une convention collective.

[48] Pour savoir si un prestataire dont l’emploi est saisonnier a « travaill[é] sans interruption » pendant au moins 12 mois, la Cour s’est demandé non pas si un travail a été effectivement accompli durant au moins 12 mois, mais plutôt s’il y a eu, durant cette période, une « continuité [d’]emploi » et une « relation d’emploi continue ». Voir l’arrêt *Beothuk Data Systems Ltd.*,

Seawatch Division v. Dean, [1998] 1 F.C. 433 (C.A.) (*Beothuk*), at paragraphs 46, 50 and 28. Similarly, the Umpire in *Oliver* [*Oliver et al. (In re)* (2000) CUB 49724] rightly recognized that the term “unemployed” “is not synonymous with ‘not working’.” *Oliver* at paragraph 16. Moreover, in *Oliver* at paragraph 19, Létourneau J.A. suggested that the touchstone of paragraph 33(2)(a) of the Regulations is “continuity of employment.” Furthermore, in describing the decision of the Umpire that he was upholding, Létourneau J.A. highlighted that the Umpire’s observation that there had been “no severance of the relationship of employer and employee.” *Ibid.*, at paragraph 16. The *Oliver* Umpire’s exact words were “a genuine severance of the employer and employee relationship.” *Ibid.* Likewise, Malone J.A., in dissent, referred to “a continuing employment relationship.” *Oliver*, at paragraph 44. These phrases certainly echo those employed in *Beothuk*.

[49] Thus, in both paragraph 240(1)(a) and paragraph 33(2)(a) cases, the central question is whether there was a continuous employment relationship between the claimant and the employer. Had the claimant’s contract of employment terminated, there would be no continuity of employment. See also *Beothuk*, at paragraph 49. Accordingly, the way the courts have applied paragraph 240(1)(a) to seasonal workers may illuminate whether a teaching contract has terminated within the meaning of paragraph 33(2)(a).

(b) Who bears the burden of proof?

[50] In the decision below, the Umpire was correct in placing the persuasive burden on the applicant. After all, it is the claimant who is alleging that the contract has terminated and who is seeking benefits. It is not unfair to impose this legal burden, as the claimant will presumably have knowledge of the factual background of the employment relationship. See generally *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 63. For that reason, the claimant is in a better position than is the respondent to put forward evidence as to whether, on the non-criminal standard of a balance of probabilities, there was a veritable break in

Division Seawatch c. Dean, [1998] 1 C.F. 433 (C.A.) (*Beothuk*), aux paragraphes 46, 50 et 28. De même, le juge-arbitre saisi de l’affaire *Oliver* [*Oliver et al. (In re)* (2000), CUB 49724] avait à juste titre reconnu que le mot « chômeu[r] » n’est pas synonyme de l’expression « ne pas travailler ». Voir l’arrêt *Oliver*, au paragraphe 16. De plus, au paragraphe 19 de cet arrêt, le juge Létourneau disait que la pierre de touche de l’alinéa 33(2)(a) du Règlement est la « continuité d’emploi ». En outre, commentant la décision du juge-arbitre, qu’il confirmait, le juge Létourneau a mis en relief l’observation du juge-arbitre selon laquelle il n’y avait « pas eu de rupture de relation entre l’employeur et l’employé ». *Ibid.*, au paragraphe 16. Les mots exacts employés par le juge-arbitre dans l’affaire *Oliver* étaient « une véritable rupture de la relation entre l’employeur et l’employé ». *Ibid.* De même, le juge Malone, dans son avis dissident, parlait de « continuité de la relation d’emploi ». Arrêt *Oliver*, au paragraphe 44. Ces expressions font certainement écho aux expressions employées dans l’arrêt *Beothuk*.

[49] Ainsi, dans les affaires relevant de l’alinéa 240(1)(a) comme dans celles relevant de l’alinéa 33(2)(a), le point capital à décider est celui de savoir s’il y avait une relation d’emploi continue entre le prestataire et l’employeur. Si le contrat de travail du prestataire a pris fin, alors il n’y a pas continuité d’emploi. Voir aussi l’arrêt *Beothuk*, au paragraphe 49. Par conséquent, la manière dont les tribunaux ont appliqué l’alinéa 240(1)(a) aux travailleurs saisonniers peut nous dire si un contrat de travail dans l’enseignement a pris fin, au sens de l’alinéa 33(2)(a).

b) À qui incombe le fardeau de la preuve?

[50] Dans sa décision, le juge-arbitre a eu raison de faire reposer sur la demanderesse la charge d’apporter une preuve convaincante. Après tout, c’est la prestataire qui prétend que le contrat a pris fin, et c’est elle qui demande des prestations. Il n’est pas injuste d’imposer ce fardeau à la prestataire, puisqu’elle aura tout probablement connaissance du contexte de la relation d’emploi. Voir de façon générale l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 63. C’est pourquoi la prestataire est mieux placée que le défendeur pour présenter des éléments indiquant si, oui ou non, selon la norme de la

the continuity of the claimant's employment.

(2) Application

- (a) Did the board err in law in granting the applicant's 2002 claim for EI benefits?

[51] The Board appeared to rest its grant of 2002 EI benefits to the applicant, solely on the basis that the applicant was not receiving any form of compensation from her employer after the end of June. The full text of its reasons is reproduced below:

In the claimant's case, she does not have a contract or promise of a contract or any linkages as she is paid no benefits whatsoever, after the termination of her contract.

In *Ying v. Canada*, CUB 40255, Mr. Justice Strayer for the majority, in circumstances not unlike this case before the Board, concluded that the claimant could not have been said to have a contract of employment operating in the period June 30 to August 26 (non teaching).

The Board finds that the claimant did not have continuity of employment with the Or Haemet Sephardic School. [Emphasis added.]

[52] It seems to me that the Board viewed *Ying v. Canada (Attorney General)*, [1998] F.C.J. No. 1615 (C.A.) (QL) (*Ying*) as standing for the proposition that the employer's non-payment is a sufficient condition for a finding of contract termination. With all due respect, this was an error of law. According to the majority in *Ying*, at paragraph 1:

We agree with the findings of the Board of Referees that there was no continuity of employment here. We find that the facts indicate that there was a termination of the claimant's term contract of employment on June 30, 1996 and her next contract of employment did not begin until August 26, 1996. The evidence also indicates that she was not contractually entitled to any pay in respect of this period. [Emphasis added.]

prépondérance de la preuve applicable en matière non criminelle, il y a eu rupture claire dans la continuité de son emploi.

2) Application

- a) Le conseil a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a admis la demande de prestations d'A-E de la demanderesse pour 2002?

[51] Le conseil semble avoir fait reposer sa décision d'accorder des prestations d'A-E pour 2002 à la demanderesse, uniquement sur le fait que la demanderesse ne recevait de son employeur aucune forme de rémunération après la fin de juin. Le texte intégral de ses motifs est reproduit ci-après :

[TRADUCTION]

Selon les arguments avancés par la prestataire, elle n'a pas de contrat ou promesse de contrat ni aucune attache, puisque elle ne reçoit absolument aucune prestation, après que son contrat a pris fin.

Dans l'affaire *Ying c. Canada*, CUB 40255, le juge Strayer, s'exprimant pour les juges majoritaires, à propos de circonstances assez semblables à celles dont est saisi le conseil, est arrivé à la conclusion que, durant la période allant du 30 juin au 26 août (période de congé), il n'aurait pas été possible de dire que la prestataire avait un contrat de travail en vigueur.

Le conseil est d'avis que la prestataire ne bénéficiait pas d'une continuité d'emploi auprès de la Or Haemet Sephardic School. [Non souligné dans l'original.]

[52] Il m'apparaît que, selon le conseil, l'arrêt *Ying c. Canada (Procureur général)*, [1998] A.C.F. n° 1615 (C.A.) (QL) (*Ying*), pose le principe que le non-versement d'une rémunération par l'employeur est une condition suffisante permettant de conclure à la cessation du contrat. À mon humble avis, c'était là une erreur de droit. Dans l'arrêt *Ying*, les juges majoritaires s'étaient exprimés ainsi au paragraphe 1 :

Nous sommes d'accord avec les conclusions du conseil arbitral selon lesquelles il n'existait pas de continuité d'emploi en l'espèce. À notre avis, il ressort des faits qu'il y a eu cessation du contrat de travail à terme de la prestataire le 30 juin 1996, et que son prochain contrat de travail n'a commencé que le 26 août 1996. Il ressort également des éléments de preuve qu'elle n'avait droit, par contrat, à aucune

In determining whether Ying's contract had terminated, the majority did not just consider the fact that the claimant was not contractually entitled to any pay in respect of the non-teaching period. After all, only after it had already concluded that "the facts indicate[d] that there was a termination of the claimant's term contract of employment" did it mention that "[T]he evidence also indicate[d] that she was not contractually entitled to any pay in respect of this period" (emphasis added). In other words, the absence of employer compensation during the non-teaching period was not the majority's only consideration, but simply an additional factor in its analysis.

[53] To be sure, the Court in *Bishop v. Canada (Employment Insurance Commission)* (2002), 292 N.R. 158 (*Bishop*), at paragraph 5 commented:

In *Ying* the teacher in question did not receive hold back pay throughout the summer whereas in the case before us *Bishop* did receive pay. The decision in *Ying* appears to have turned on the fact that Ying was not contractually entitled to any pay during the summer period.

This remark was not intended to indicate that employer non-payments are the only relevant factor in assessing whether a claimant's situation is caught by paragraph 33(2)(a) of the Regulations. Instead, the Court was merely noting that in *Ying*, this consideration tipped the balance in the claimant's favour. That the *Bishop* Court recognized that other facts were also relevant in *Ying* is clear in *Bishop*, at paragraph 9, where the Court distinguished *Ying* from the case before it on other grounds:

Further, in *Ying*, it appears there was an interval of time between the claimant's successive contracts whereas in the present case there was no such interval because *Bishop* had already been hired for the second school year before the first school year had been completed.

rémunération relativement à cette période. [Non souligné dans l'original.]

Pour savoir si le contrat de M^{me} Ying avait pris fin, les juges majoritaires n'ont pas simplement tenu compte du fait que, selon son contrat, elle n'avait droit à aucune rémunération pour la période de congé. Après tout, ce n'est qu'après avoir conclu qu'« il ressort des faits qu'il y a eu cessation du contrat de travail à terme de la prestataire », que les juges majoritaires ont précisé qu'« il ressort également des éléments de preuve qu'elle n'avait droit, par contrat, à aucune rémunération relativement à cette période ». (Non souligné dans l'original.) Autrement dit, le non-versement d'une rémunération par l'employeur durant la période de congé n'était pas l'unique facteur pris en compte par les juges majoritaires, mais simplement un facteur additionnel de leur analyse.

[53] Certes, dans l'arrêt *Bishop c. Canada (Commission de l'assurance-emploi)*, 2002 CAF 276 (*Bishop*), au paragraphe 5, la Cour écrivait :

[. . .] dans *Ying*, l'enseignante n'a pas touché, au cours de l'été, des émoluments différés, contrairement à *Bishop*. La décision *Ying* reposait, semble-t-il, sur le fait que l'enseignante en question n'avait pas droit, en vertu de son contrat, à une rémunération quelconque durant les mois d'été.

Cette observation ne prétendait pas signaler que le non-versement d'une rémunération par l'employeur constitue l'unique facteur à prendre en compte pour savoir si la situation d'un prestataire relève de l'alinéa 33(2)a) du Règlement. Au contraire, la Cour relevait simplement que, dans l'arrêt *Ying*, ce facteur avait fait pencher la balance en faveur de la prestataire. Dans l'arrêt *Bishop*, la Cour reconnaissait que d'autres facteurs avaient eu également un certain poids dans l'arrêt *Ying*. Cela ressort clairement du paragraphe 9 de l'arrêt *Bishop*, où la Cour, invoquant d'autres motifs, faisait la distinction entre les circonstances de l'affaire *Ying* et celles de l'affaire dont elle était saisie :

Il appert en outre de la décision *Ying*, qu'un intervalle séparait les deux contrats d'engagement, contrairement au cas dont la Cour est actuellement saisie, puisque *Bishop* avait été déjà réembauché avant l'expiration de la première année scolaire.

[54] I admit the fact that a claimant is not being compensated by the employer may indicate that the claimant's contract has terminated. It does not follow, however, that non-payment alone suffices for a finding of contract termination. Indeed, on several occasions, this Court has found that, although the claimants were not being remunerated, their contracts were nevertheless not terminated and therefore they were not entitled to EI benefits. See e.g. *Canada (Attorney General) v. Donachey*, [1997] F.C.J. No. 579 (C.A.) (QL); *Canada (Attorney General) v. St-Coeur* (1996), 199 N.R. 45 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (F.C.A.).

[55] Even if the Board invoked *Ying* because it believed that other facets of that decision spoke to the proper disposition of the case before it, there is a significant difference between *Ying* and this case that seems to have been disregarded by the Board. The claimant in *Ying* had completed one contract and signed another one for the following school year. This appears to have occurred only once in the claimant's time with the employer. In this case, on the other hand, the applicant has been with the same employer for at least a decade. Because the Board failed to acknowledge this crucial distinction between *Ying* and the case at bar, I have no alternative but to conclude that the Board failed to take a relevant consideration into account in its 2002 decision. The Board was legally required to consider all of the circumstances of the case. However, unlike the Umpire in the decision below, it failed to do so.

[56] In 2001, the Board may have considered all the facts. Unfortunately, its reasons in this regard are not entirely revealing:

The Board finds that the appellant has failed to prove that, as a teacher, she was entitled to receive benefits for the non-teaching period. The Board found so because the appellant has worked for the employer for the last 10 years and that there is a relationship that exists between them.

[57] The Umpire, however, correctly took into account all of the evidence. Unfortunately, in so doing,

[54] Il est vrai que si un prestataire n'est pas rémunéré par l'employeur, cela peut être le signe que le contrat du prestataire a pris fin. Il ne s'ensuit pas toutefois que l'absence de rémunération permettra à elle seule de conclure que le contrat a pris fin. À plusieurs reprises, la Cour a d'ailleurs jugé que, même si un prestataire n'était pas rémunéré, son contrat n'avait pas pour autant pris fin et le prestataire n'avait donc pas droit à des prestations d'A-E. Voir par exemple les arrêts suivants : *Canada (Procureur général) c. Donachey*, [1997] A.C.F. n° 579 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. St-Coeur*, [1996] A.C.F. n° 514 (C.A.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Taylor* (1991), 81 D.L.R. (4th) 679 (C.A.F.).

[55] Même si le conseil a invoqué l'arrêt *Ying* au motif que, selon lui, d'autres facettes de cette affaire présentaient quelques similitudes avec l'affaire dont il était saisi, il y a entre l'affaire *Ying* et la présente affaire une différence notable qui semble avoir échappé au conseil. Dans l'affaire *Ying*, la prestataire avait achevé un contrat et en avait signé un autre pour l'année scolaire suivante. Cela semble ne s'être produit qu'une seule fois durant la période d'emploi de la prestataire auprès de l'employeur. Ici, au contraire, la demanderesse a travaillé pour le même employeur durant au moins une décennie. Le conseil n'ayant pas reconnu cette distinction capitale entre l'affaire *Ying* et la présente affaire, je n'ai d'autre choix que de conclure qu'il a négligé, dans sa décision de 2002, de prendre en compte un facteur pertinent. Le conseil était juridiquement tenu de prendre en compte tous les aspects du dossier. Toutefois, contrairement au juge-arbitre dans la décision ici contestée, il ne l'a pas fait.

[56] Dans sa décision de 2001, le conseil avait peut-être pris en compte tous les aspects du dossier. Malheureusement, ses motifs sur ce point ne sont pas très éloquentes :

[TRADUCTION] Le conseil est d'avis que l'appelante n'a pas prouvé que, en tant qu'enseignante, elle avait droit de recevoir des prestations pour la période de congé. Le conseil arrive à cette conclusion parce que l'appelante travaille pour l'employeur depuis les 10 dernières années et qu'il existe entre eux une relation d'emploi.

[57] Le juge-arbitre a toutefois dûment pris en compte l'ensemble de la preuve. Malheureusement, ce faisant,

he neglected to state which pieces of it he regarded as determinative. Therefore, I will explain the significance of the length of the applicant's employment record with the Or Haemet Sephardic School and review the other factors that justified the Umpire's conclusion that her case was not caught by paragraph 33(2)(a) of the Regulations.

(b) In light of all the circumstances, was it unreasonable for Umpire to find that the applicant was not entitled to EI benefits for the months of July and August 2001 and 2002?

(i) Employment record length

[58] As the Board indicated in its 2001 decision, the applicant's decade-long employment record with the Or Haemet Sephardic School is a significant factor in this case.

[59] Indeed, the contract-term jurisprudence has acknowledged that well-established, lengthy employment records such as that in this case call for strict scrutiny by the courts. In *Ceccol v. Ontario Gymnastic Federation* (2001), 55 O.R. (3d) 614 (C.A.) (*Ceccol*), for instance, the Ontario Court of Appeal held that a series of one-year contracts that, at first glance, arguably appeared to be of a fixed term, were actually of an indefinite one. In *Ceccol*, at paragraph 26, the Court observed:

It seems to me that a court should be particularly vigilant when an employee works for several years under a series of allegedly fixed-term contracts. Employers should not be able to evade the traditional protections of the *ESA* [*Employment Standards Act*] and the common law by resorting to the label of 'fixed-term contract' when the underlying reality of the employment relationship is something quite different, namely, continuous service by the employee for many years coupled with verbal representations and conduct on the part of the employer that clearly signal an indefinite-term relationship. [Emphasis added.]

il a négligé de dire quels éléments de preuve il a considérés comme décisifs. Je me propose donc d'expliquer l'importance que présente la durée de la relation d'emploi entre la demanderesse et la Or Haemet Sephardic School, et d'examiner les autres facteurs qui autorisaient le juge-arbitre à conclure que le cas de la demanderesse n'entrait pas dans les paramètres de l'alinéa 33(2)a) du Règlement.

(b) Eu égard à l'ensemble des circonstances, était-il déraisonnable pour le juge-arbitre de conclure que la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E pour les mois de juillet et août 2001 et 2002?

i) Ancienneté de la relation d'emploi

[58] Comme le conseil l'écrivait dans sa décision de 2001, l'ancienneté de la relation d'emploi entre la demanderesse et la Or Haemet Sephardic School, une relation d'une décennie, constitue un facteur important dans la présente affaire.

[59] La jurisprudence relative à la durée du contrat de travail reconnaît d'ailleurs qu'une relation d'emploi bien établie et de longue durée comme celle dont il s'agit ici commande un examen rigoureux de la part des tribunaux. Ainsi, dans l'arrêt *Ceccol v. Ontario Gymnastic Federation* (2001), 55 O.R. (3d) 614 (C.A.) (*Ceccol*), la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une série de contrats annuels qui, à première vue, semblaient des contrats à durée déterminée, étaient en réalité un contrat à durée indéterminée. Au paragraphe 26, la Cour d'appel de l'Ontario écrivait :

[TRADUCTION] Il me semble qu'un tribunal doit se montrer particulièrement vigilant quand un employé travaille durant plusieurs années à la faveur d'une série de contrats à durée prétendument déterminée. Les employeurs ne devraient pas pouvoir échapper aux protections traditionnelles conférées par la *Loi sur les normes d'emploi* et par la common law en recourant à l'étiquette « contrat à durée déterminée », alors que la réalité de la relation d'emploi est quelque chose de très différent, à savoir le service continu de l'employé durant de nombreuses années, à quoi s'ajoutent, chez l'employeur, des déclarations et des agissements qui manifestement signalent une relation à durée indéterminée. [Non souligné dans l'original.]

[60] While all courts should heed this warning, those hearing paragraph 33(2)(a) cases should pay particular attention to it. After all, in unjust dismissal cases, such as *Ceccol*, the claimant's and the employer's interests are opposed to each other. Generally, in these cases, to further her damage claim, the claimant will put forward evidence suggesting that the contract is one of indefinite duration. The employer, in opposition, will attempt to limit the quantum of damages that it may owe the claimant by arguing that the contract in issue is of a fixed term. This adversarial context facilitates judicial fact-finding. The court benefits from the presentation of two very different perspectives by parties who are extremely knowledgeable about the factual matrix underlying the case.

[61] Of course, paragraph 33(2)(a) cases also involve clashing points of view those of the claimant and the government. However, the interests of the actors with the most direct and intimate knowledge of the employment record in issue may be aligned. Potentially, both the EI claimant and the employer prefer the court to view the contract in issue as terminated at the conclusion of each academic year. Clearly, this is an attractive outcome for the claimant, since the claimant will then be entitled to EI benefits. Meanwhile, this result enables the employer to subsidize its labour costs with EI benefits. Thus, the duration of the employment record, as a factor that is relatively easy to verify, is an extremely significant one in paragraph 33(2)(a) analyses. In this case, the considerable length of the employment record supports the Umpire's finding that the applicant's contract had not terminated.

(ii) Duration of non-teaching period

[62] The regulation-making power of the Act, in conjunction with subsection 33(1) of the Regulations, recognizes that a teaching position is, in reality, for 12 months, even though the teacher performs no work during the non-teaching periods that fall within the school year. Therefore, even if the term of a teacher's

[60] Les tribunaux devraient tous tenir compte de cette mise en garde, mais ceux qui sont saisis d'affaires relevant de l'alinéa 33(2)a) devraient lui accorder une attention particulière. Après tout, dans les cas de congédiement injuste, comme l'affaire *Ceccol*, les intérêts du prestataire et ceux de l'employeur sont en opposition. En général, dans ces cas, pour prouver le préjudice qu'il allègue, le prestataire produira une preuve donnant à entendre que le contrat est un contrat à durée indéterminée. L'employeur, quant à lui, tentera de limiter les dommages-intérêts qu'il pourrait devoir payer au prestataire en faisant valoir que le contrat en cause est un contrat à durée déterminée. Ce contexte contradictoire facilite la tâche du juge en matière d'établissement des faits. Le tribunal bénéficie de deux perspectives très différentes, présentées par des parties qui sont parfaitement informées des faits à l'origine du litige.

[61] Naturellement, les affaires relevant de l'alinéa 33(2)a) font elles aussi apparaître des points de vue en total désaccord, celui de la prestataire et celui du gouvernement. Toutefois, il y a sans doute convergence des intérêts des acteurs qui ont la connaissance la plus directe et la plus intime de la relation d'emploi. Le prestataire et l'employeur pourraient bien tous deux préférer que le tribunal considère que le contrat en cause prend fin avec chaque année scolaire. C'est là manifestement un résultat intéressant pour le prestataire, puisqu'il aura alors droit à des prestations d'A-E. Cette solution permet en même temps à l'employeur d'amortir ses coûts salariaux grâce à des prestations d'A-E. C'est pourquoi l'ancienneté de la relation d'emploi, un facteur relativement facile à vérifier, présente un intérêt considérable dans les cas se rapportant à l'alinéa 33(2)a). En l'espèce, la considérable ancienneté de la relation d'emploi autorisait le juge-arbitre à conclure que le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin.

ii) Durée de la période de congé

[62] Le pouvoir de réglementation conféré par la Loi, ce à quoi s'ajoute le paragraphe 33(1) du Règlement, reconnaît qu'un poste d'enseignant est en réalité pour une période de 12 mois, même si l'enseignant n'effectue aucun travail durant les périodes de congé dont l'année scolaire est entrecoupée. Par conséquent, même si la

contract is only 10 months in length, in considering whether the claimant is entitled to EI benefits, the Court must take into account evidence pertaining to the teaching and non-teaching periods. In other words, an assessment of the continuity of employment must be based on the 12-month school year.

[63] The fact that, each year, the applicant did no work at Or Haemet Sephardic School during July and August is thus another piece of evidence favouring the Umpire's conclusion that her case does not fall under the auspices of paragraph 33(2)(a). Two months is not an extensive period of non-work. In *Beothuk*, for instance, this Court stated that it was not unreasonable to find that the continuity of the employment relationship had not been severed by a series of annual layoffs, even though each of them was nine months in length. *Beothuk*, at paragraph 48. The applicant's two-month long, non-teaching periods can hardly be said to undermine the Umpire's conclusion that her contract had not terminated, particularly when they are examined against the backdrop of industry norms.

(iii) Customs and practices of the teaching field

[64] Teaching is defined in subsection 33(1) of the Regulations as "the occupation of teaching in a pre-elementary, an elementary or a secondary school, including a technical or vocational school." The type of occupation and, more particularly, the pattern of employment in it, is another important factor in paragraph 33(2)(a) analyses. See also *Oliver*, at paragraph 16.

[65] In this case, the applicant is an elementary school teacher. These types of teachers typically do not work during July and August. They go back to work in September, when the school year begins anew. Indeed, this pattern of employment has characterized the applicant's work for the past 10 years. This factor supports the Umpire's conclusion that the applicant's contract had not terminated.

durée du contrat d'un enseignant n'est que de 10 mois, le tribunal doit, pour déterminer si le prestataire a droit à des prestations d'A-E, tenir compte de la preuve se rapportant aux périodes d'enseignement et aux périodes de congé. Autrement dit, pour dire s'il y a ou non continuité d'emploi, il faut considérer l'année scolaire répartie sur 12 mois.

[63] Durant les mois de juillet et août de chaque année, la demanderesse ne travaillait pas à la Or Haemet Sephardic School, et cela constituait un autre élément qui autorisait le juge-arbitre à conclure que son cas n'entrait pas dans les paramètres de l'alinéa 33(2)a). Une période de deux mois n'est pas une longue période d'absence de travail. Ainsi, dans l'arrêt *Beothuk*, au paragraphe 48, la Cour écrivait qu'il n'était pas déraisonnable de conclure que la continuité de la relation d'emploi n'avait pas été rompue par une série de mises à pied annuelles, même si chacune d'elles avait une durée de neuf mois. On ne pourrait guère prétendre que les périodes de congé de la demanderesse, d'une durée de deux mois, ébranlent la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin, surtout si l'on considère ces périodes à la lumière des normes du secteur.

iii) Usages et pratiques du domaine d'enseignement

[64] L'enseignement est défini ainsi au paragraphe 33(1) du Règlement : « [l]a profession d'enseignant dans une école maternelle, primaire, intermédiaire ou secondaire, y compris une école de formation technique ou professionnelle ». Le genre de profession et, plus particulièrement, le schéma de l'emploi dans cette profession, sont un autre facteur important à prendre en considération dans les analyses fondées sur l'alinéa 33(2)a). Voir aussi l'arrêt *Oliver*, au paragraphe 16.

[65] En l'espèce, la demanderesse est une enseignante d'école primaire. Les enseignants de cette catégorie ne travaillent pas en général durant juillet et août. Ils retournent au travail en septembre, à la rentrée scolaire. C'est d'ailleurs ce schéma d'emploi qui caractérise le travail de la demanderesse depuis les 10 dernières années. Ce facteur autorise la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin.

(iv) Non-teaching period compensation

[66] The Umpire acknowledged that the applicant received no explicit pay or benefits from her employer during the non-teaching period. This is a significant piece of evidence, since the jurisprudence on paragraph 33(2)(a) and the regulatory scheme both indicate that one of the EI abuses that paragraph 33(2)(a) is intended to combat is that of double dipping.

[67] That said, in a 2001 letter of which the Umpire took note, the employer stated:

8. There is no seniority scale with the respect to compensation and rather it is generally speaking a matter that is unilaterally determined by the school though teachers that taught the previous year are given a four percent increase [sic]. [Emphasis added.]

This increase in pay at the conclusion of every non-teaching period should be borne in mind when reflecting on the significance of the applicant's contention that she was not explicitly compensated over the summer months.

(v) Terms of written employment contract

[68] In this instance, the applicant worked under an oral contract. The evidentiary record does not contain any written documents, addressed to the applicant, detailing this contract. Therefore, this factor is not apparently relevant to this case.

[69] Still, I would like to note that a written contract of employment may provide evidence that speaks to the continuity of an employment relationship. In considering such a contract, the Court should recall the rebuttable presumption in favour of termination only on reasonable notice. In *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at page 998, the Supreme Court of Canada quoted approvingly from authorities endorsing an interpretive presumption in favour of indefinite-term contracts:

iv) Versement d'une rémunération durant la période de congé

[66] Le juge-arbitre a reconnu que la demanderesse ne recevait ni rémunération ni avantages sociaux de son employeur durant la période de congé. Cet élément de preuve est important, étant donné que la jurisprudence relative à l'alinéa 33(2)a ainsi que le règlement lui-même donnent tous deux à entendre que l'un des abus que cherche à enrayer l'alinéa 33(2)a en matière d'A-E est le cumul de prestations et de traitement.

[67] Cela dit, dans une lettre de 2001 dont le juge-arbitre a pris note, l'employeur écrivait :

[TRADUCTION]

8. Il n'y a pas d'échelle d'ancienneté en ce qui a trait à la rémunération, et il s'agit plutôt, en général, d'un aspect qui est déterminé unilatéralement par l'école, bien que les enseignants qui ont enseigné l'année antérieure se voient accorder une augmentation de quatre pour cent. [Non souligné dans l'original.]

Cette augmentation de salaire à la fin de chaque période de congé doit être gardée à l'esprit dans l'appréciation du poids qu'il convient d'accorder à l'affirmation de la demanderesse selon laquelle elle ne recevait aucune rémunération en tant que telle au cours des mois d'été.

v) Conditions du contrat de travail écrit

[68] En l'espèce, la demanderesse travaillait selon une entente verbale. Le dossier ne renferme pas de documents écrits, adressés à la demanderesse, donnant le détail de cette entente. Ce facteur n'intéresse donc apparemment pas la présente affaire.

[69] J'aimerais cependant faire observer qu'un contrat de travail écrit peut constituer une preuve attestant la continuité d'une relation d'emploi. Lorsqu'il considère un tel contrat, le tribunal doit se rappeler la présomption réfutable de résiliation moyennant préavis raisonnable uniquement. Dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la page 998, la Cour suprême du Canada s'en rapportait, en les approuvant, à des auteurs et à des précédents qui préconisaient une présomption interprétative en faveur de l'existence de contrats à durée indéterminée :

This is the approach taken by Freedland, *supra* [M.R. Freedland, *The Contract of Employment* (Oxford: Clarendon Press, 1976)], who states that, “the pattern of contract now generally accepted and applied by the courts in the absence of evidence to the contrary is one of employment for an indefinite period terminable by either party upon reasonable notice, but only upon reasonable notice” (p. 153). The same approach was adopted by the Ontario Court of Appeal in *Prozak v. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Writing for the court, Goodman J.A. noted at p. 399 that, “if a contract of employment makes no express or specifically implied provision for its duration or termination, there is likely to be implied at common law a presumption that the contract is for an indefinite period and terminable by a reasonable notice given by either party . . .”. Basically, this is also the approach taken by I. Christie, in *Employment Law in Canada* (1980), at p. 347. [Emphasis added.]

(vi) Recall method

[70] Every summer, in the middle of August, the applicant would be contacted by letter and called back to work. This informal method of recall supports the Umpire’s view that the applicant’s teaching contract never terminated.

[71] In the unjust dismissal context, similarly casual recall methods have been taken as indicative of an indefinite as opposed to a fixed-term contract. In *Jordison v. Caledonian Curling Co-operative Ltd.*, [2000] 4 W.W.R. 581 (Sask. Q.B.), at paragraph 19 citing *Gray v. Manvers (Township)*, [1992] O.J. No. 2898 (Gen. Div.), the Court observed that “where an employee is recalled to work by an informal phone call or visit which is intended to establish the exact date that work will recommence rather than if work will be offered, it is likely that the employment is for an indefinite term.” On the other hand, if the employee must re-apply or go through the hiring process anew each season, the employment is likely for a fixed term. *Jordison*, at paragraph 19 citing *Hildebrandt v. Wakaw Lake Regional Park Authority* (1999), 175 Sask. R. 207 (Q.B.) and *Ross v. N.M. Paterson & Sons Ltd.*, [1996] O.J. No. 1194 (Gen. Div.) (QL); appeal allowed on the length of notice only, [1998] O.J. No. 3358 (C.A.).

Tel est le point de vue adopté par Freedland, *op. cit.*, [M.R. Freedland, *The Contract of Employment* (Oxford : Clarendon Press, 1976)], qui affirme que [TRADUCTION] « le contrat type généralement accepté et appliqué par les tribunaux de nos jours en l’absence d’une preuve contraire est celui qui prévoit un emploi d’une durée indéterminée et qui est résiliable par l’une ou l’autre partie sur préavis raisonnable, mais seulement sur préavis raisonnable » (p. 153). C’est le point de vue qu’a adopté également la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Prozak c. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Au nom de la cour, le juge Goodman a noté, à la p. 399, que [TRADUCTION] « si un contrat de travail ne contient pas de stipulation expresse ou manifestement implicite quant à sa durée ou à sa résiliation, il sera probablement présumé en common law être d’une durée indéterminée et résiliable par l’une ou l’autre partie sur préavis raisonnable. . . » C’est essentiellement l’opinion exprimée également par I. Christie dans *Employment Law in Canada* (1980), à la p. 347. [Non souligné dans l’original.]

vi) Méthode de rappel

[70] Chaque été, au milieu d’août, la demanderesse recevait une lettre dans laquelle on l’invitait à retourner au travail. Cette méthode officieuse de rappel appuie l’opinion du juge-arbitre selon laquelle le contrat de travail de la demanderesse dans l’enseignement n’a jamais pris fin.

[71] Dans le contexte d’un congédiement injuste, des méthodes de rappel tout aussi officieuses ont été vues comme le signe d’un contrat à durée indéterminée plutôt que d’un contrat à durée déterminée. Dans la décision *Jordison v. Caledonian Curling Co-operative Ltd.*, [2000] 4 W.W.R. 581 (B.R. Sask.), au paragraphe 19, citant la décision *Gray v. Manvers (Township)*, [1992] O.J. No. 2898 (Div. gén.) (QL), la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan faisait observer que [TRADUCTION] « lorsqu’un employé est rappelé au travail à la faveur d’un appel téléphonique ou d’une visite, dont l’objet est d’établir la date exacte de reprise du travail plutôt que de dire si un poste sera offert, il est probable qu’il s’agit d’un emploi d’une durée indéterminée ». En revanche, si l’employé doit présenter de nouveau sa candidature ou se soumettre de nouveau, chaque saison, au processus de recrutement, alors il s’agit probablement d’un emploi d’une durée déterminée. *Jordison*, au paragraphe 19, citant *Hildebrandt v. Wakaw Lake Regional Park Authority*

(1999), 175 Sask. R. 207 (B.R.) et *Ross v. N.M. Paterson & Sons Ltd.*, [1996] O.J. No. 1194 (Div. gén.) (QL); appel accueilli sur la durée du préavis seulement, [1998] O.J. No. 3358 (C.A.) (QL).

(vii) The record of employment form

[72] The record of employment (the ROE) is a document prepared by the employer for the government. The latter uses it to determine whether a claimant qualifies for EI benefits, the benefit rate and the duration of the claim. The ROE also plays an important role in controlling the misuse of EI funds. Given the importance of this document in the EI scheme, the information contained in it likely provided the Umpire who noted the ROEs at the outset of his reasons with key evidence of the nature of the employer's relationship with the applicant.

[73] Between 1996 and 2001, the applicant's ROEs were strikingly similar. After the applicant was denied EI benefits in 2001, however, two notable changes were made to her 2002 ROE. The first concerns the question "expected date of recall." The employer can answer it by ticking the box "unknown" or that of "not returning." After six consecutive years of ticking "unknown," in 2002 the employer either ticked neither option or that of "not returning." The second noteworthy change involved the question "reason for issuing this ROE." On the claimant's first six ROEs, the employer answered by writing an "A," which is code for "shortage of work." In 2002, the employer filled in a "K," which stands for "other." An employer who enters "K" must then explain the meaning of "other." In 2002, the employer wrote "End of school year."

[74] The contract-term jurisprudence assists in attributing legal significance to these entries. In *Saunders v. Fredericton Golf & Curling Club Inc.* (1994), 151 N.B.R. (2d) 184 (C.A.), Hoyt C.J.N.B., for the majority, held that where the reason for the layoff is

vii) Formulaire de relevé d'emploi

[72] Les relevés d'emploi sont des documents préparés par l'employeur à l'usage du gouvernement. Le gouvernement les utilise pour savoir si un prestataire est admissible à des prestations d'A-E, et pour déterminer le taux des prestations et la durée de leur versement. Les relevés d'emploi jouent aussi un rôle important puisqu'ils permettent de faire obstacle au mauvais emploi des fonds de l'A-E. Vu l'importance de ces documents dans le régime de l'A-E, l'information qui y figure a probablement procuré au juge-arbitre, qui a fait état de ces documents au tout début de ses motifs, des renseignements clés sur la nature de la relation entre l'employeur et la demanderesse.

[73] Entre 1996 et 2001, les relevés d'emploi de la demanderesse présentaient des similitudes frappantes. Cependant, après que la demanderesse s'est vu refuser des prestations d'A-E en 2001, deux changements notables ont été apportés à son relevé de 2002. Le premier concerne la rubrique « date prévue de rappel ». L'employeur peut y répondre en cochant la case « date non connue » ou la case « retour non prévu ». Après avoir coché durant six années consécutives la case « date non connue », l'employeur, par la suite, soit ne cochant aucune des deux cases, soit cochant la case « retour non prévu ». Le second changement notable concerne la rubrique « raison du présent relevé d'emploi ». Sur les six premiers relevés de la prestataire, l'employeur avait répondu par la lettre « A », qui est le code employé pour « manque de travail ». En 2002, l'employeur a écrit « K », qui signifie « autre ». L'employeur qui inscrit « K » doit alors préciser ce qu'il entend par « autre ». En 2002, l'employeur a écrit [TRADUCTION] « fin de l'année scolaire ».

[74] La jurisprudence relative à la durée du contrat de travail nous permet d'attribuer une portée juridique à ces mentions du relevé. Dans l'arrêt *Saunders c. Fredericton Golf & Curling Club Inc.*, [1994] A.N.-B. n° 291 (C.A.) (QL), le juge Hoyt, juge en chef du

a shortage of work and the expected date of recall is marked “unknown” rather than “not returning,” the ROE is an indication that the employment contract is for an indefinite term. See also *Hildebrandt*, at paragraph 29. After all, an “unknown” expected date of recall “can only indicate that it is expected that the employee will be returning at some time.” *Ross*, at paragraph 26. In short, this factor sustains the Umpire’s view that the applicant’s contract had not terminated.

(viii) Other evidence of the employer’s outward recognition

[75] The evidentiary record in this case contains two, 2001 letters from the applicant’s employer that must have been of interest to the Umpire. The first is a “To Whom It May Concern” letter. The second is an unaddressed letter headed simply “Re: Sheila Stone.”

[76] The first letter states, “due to a shortage of work the employment of Sheila Stone was terminated on June 22, 2001.” This reference to “shortage of work” echoes question number 15 on the “Application for Unemployment Benefits” that the applicant completed in 2001 and 2002. That question asks, “Why are you no longer working?” The first box that the claimant has the option of ticking appears beside the words “Shortage of work.” In her 2001 and 2002 applications, the applicant ticked this box.

[77] The appearance of this phrase in the “To Whom It May Concern” letter also brings to mind to the comments in *Bishop*, at paragraph 10, wherein it was noted:

Bishop further argued he became unemployed as a result of a shortage of work. In fact he was not short of work. He was employed up to the end of the school year in June of 1999. There was no work for teachers during the summer months.

[78] Indeed, caution should be exercised in relying on documents such as the “To Whom It May Concern”

Nouveau-Brunswick, s’exprimant pour les juges majoritaires, avait estimé que, lorsque la raison de la mise à pied est un manque de travail et que la rubrique « date prévue de rappel » porte la mention « date non connue » plutôt que « retour non prévu », alors le relevé d’emploi est le signe que le contrat de travail est un contrat à durée indéterminée. Voir aussi la décision *Hildebrandt*, au paragraphe 29. Après tout, une date prévue de rappel qui est « non connue » [TRADUCTION] « ne peut que signifier qu’il est prévu que l’employé reviendra un jour ». *Ross*, au paragraphe 26. En bref, ce facteur confirme l’opinion du juge-arbitre selon laquelle le contrat de la demanderesse n’avait pas pris fin.

viii) Autres éléments attestant une reconnaissance de départ de la part de l’employeur

[75] Le dossier de la présente affaire renferme deux lettres de 2001 de l’employeur de la demanderesse qui ont dû susciter l’intérêt du juge-arbitre. La première est une lettre adressée à « Madame, Monsieur ». La seconde est une lettre sans destinataire portant simplement la rubrique : « Objet : Sheila Stone ».

[76] On peut lire dans la première lettre que [TRADUCTION] « en raison d’un manque de travail, il a été mis fin à l’emploi de Sheila Stone le 22 juin 2001 ». Cette mention d’un « manque de travail » fait écho à la question numéro 15 de la « Demande de prestations de chômage » que la demanderesse a remplie en 2001 et 2002. Cette question est ainsi formulée : « Pourquoi avez-vous cessé de travailler? » La première case que la prestataire a le choix de cocher vise les cas où il y a un « manque de travail ». Dans ses demandes de 2001 et 2002, la demanderesse a coché cette case.

[77] La présence des mots « manque de travail » dans la lettre adressée à « Madame, Monsieur » rappelle aussi les observations faites dans l’arrêt *Bishop*, au paragraphe 10, où l’on peut lire ce qui suit :

Il [Bishop] a de plus allégué qu’il a été réduit au chômage par manque de travail alors qu’en réalité il n’en manquait pas. Il a été employé jusqu’à la fin de l’année scolaire expirant en juin 1999, après quoi les enseignants n’avaient plus de travail durant les mois d’été.

[78] Il convient en effet de se montrer prudent devant des documents tels que la lettre adressée à « Madame,

letter. In *Oliver*, at paragraph 16, Létourneau J.A. reproduced the following comments of the Umpire whose decision he affirmed:

No great weight can be given to the formal contractual descriptions of the nature of the employment relationship given to it by the signatories. How the parties define their relationship in the express terms of the contract may be self-serving or, as here, may be decreed by provincial legislation. The sole reason the date of termination is June 30th is because section 79 of the *Alberta School Act* mandates that it be so. However, that date is not an authentic reflection of the employment reality of these claimants. And it is that reality which must be considered when interpreting the *Employment Insurance Act* and Regulations. [Emphasis added.]

In the final analysis, therefore, it may be that not much weight should be accorded to the employer's representations in this case.

[79] In part, the "Re: Sheila Stone" letter from the employer reads:

2. Sheila Stone/other teachers were under oral contract from September 5, 2000 to June 22, 2001 and were not unionized. Her oral contract terminated on June 22, 2001. She was not guaranteed employment for the following year as employment is reassessed according to student reenrollment.

3. In order to ensure that teachers that the school would like to hire for the following school year are advised of the school's intent so that they can be available if they so choose the teacher/Sheila Stone is advised of the school's intention to enter into an oral contract for the upcoming following school year. This offer is conditional upon funding and enrolment for the appropriate age group and it is understood and agreed that if there is not sufficient funding and or enrolment there will not be a teaching position available. Mrs. Stone received a letter from the school dated August 15, 2001 informing her of a meeting regarding next year's preparations scheduled for August 29, 2001.

[80] At first glance, this letter suggests that the applicant's contract had terminated in June. Her offer of new employment for September of the following year

Monsieur ». Dans l'arrêt *Oliver*, au paragraphe 16, le juge Létourneau a reproduit les observations suivantes du juge-arbitre dont il a confirmé la décision :

Nous ne pouvons accorder une grande importance aux descriptions contractuelles formelles de la nature de la relation de travail qu'ont données les signataires. La façon dont les parties définissent leur relation selon les termes exprès du contrat peut être de nature intéressée ou, comme en l'espèce, imposée par une loi provinciale. La seule raison pour laquelle les contrats prennent fin le 30 juin est que l'article 79 de la *School Act* de l'Alberta stipule qu'il en soit ainsi. Toutefois, cette date ne traduit pas véritablement les réalités de l'emploi que vivent ces prestataires, des réalités qui doivent être prises en considération lorsque nous interprétons la *Loi sur l'assurance-emploi* et son règlement d'application. [Non souligné dans l'original.]

En définitive donc, il se pourrait que l'on ne doive accorder qu'un faible poids aux déclarations de l'employeur dans la présente affaire.

[79] La lettre de l'employeur portant la mention « Objet : Sheila Stone » renferme notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

2. Sheila Stone et d'autres enseignants ont travaillé, à la faveur d'un contrat verbal, du 5 septembre 2000 au 22 juin 2001, et ils n'étaient pas syndiqués. Son contrat verbal a pris fin le 22 juin 2001. Aucun emploi ne lui a été garanti pour l'année suivante car l'effectif est réévalué en fonction des nouvelles inscriptions.

3. Afin que les enseignants que l'école souhaiterait recruter pour l'année scolaire suivante soient informés des intentions de l'école, et qu'ils puissent être disponibles si c'est là leur choix, l'enseignant concerné/Sheila Stone est informé de l'intention de l'école de conclure un contrat verbal pour la prochaine année scolaire. Cette offre est conditionnelle au financement accordé et au nombre d'inscriptions pour le groupe d'âge concerné, et il est entendu et convenu que, si le financement et/ou les inscriptions ne sont pas suffisants, il ne sera pas offert de postes d'enseignant. M^{me} Stone a reçu une lettre de l'école en date du 15 août 2001, l'informant d'une réunion prévue le 29 août 2001 qui porterait sur les préparatifs de l'année suivante.

[80] À première vue, cette lettre donne à penser que le contrat de la demanderesse avait pris fin en juin. L'offre qu'elle avait reçue à propos d'un nouvel emploi

was contingent on the Or Haemet Sephardic School receiving funding and on a sufficient number of students in the age group that the applicant taught enrolling in the school.

[81] However, the contract-term jurisprudence sheds further light on the legal significance of this type of conditional offer. At issue in the unjust dismissal case of *MacDonald v. Dykeview Farms Ltd.* (1998), 177 N.S.R. (2d) 310 (S.C.) (*MacDonald*) was whether the claimant, a grading and packaging line worker, had been working under a fixed-term or indefinite-term contract. When she was first hired, the claimant was told that she would work on the grading line until the produce ran out likely in October or November. In fact, her term ended on October 22. The Court found that her initial hiring was for a term position that terminated not on a fixed date but on a fixed event, the end of production. When the claimant's contract term ended, she was told she would be called the next July if her services were required. No explicit promises or undertakings were made to the effect that she would be called the next July. Nonetheless, a pattern was established over the next eight years. Every July, the claimant awaited a call. Every July, she was called back to work.

[82] The employment pattern in *MacDonald* essentially repeated recalls conditional on sufficient work is strikingly similar to that in this case. At paragraph 11, the Court in *MacDonald* observed:

Alone, that ["the continuous call-back each year for eight years straight and Ms. MacDonald's faithful return to work each time"] does not conclusively establish a promise of call-back subject to notice, but it is conduct on the part of both parties strongly suggestive of a substantial evolution beyond the initial term contract. Automatic call-back was the predominate factor in *Gray v. Corporation of the Township of Manvers* (1992), 93 C.L.L.C. 14,023 (O.C.J.).

pour septembre de l'année suivante était conditionnelle à l'obtention par la Or Haemet Sephardic School d'un financement et d'un nombre suffisant d'inscriptions pour le groupe d'âge auquel enseignait la demanderesse.

[81] Cependant, la jurisprudence relative à la durée du contrat de travail jette un autre éclairage sur la portée juridique de ce genre d'offre conditionnelle. Ainsi, dans une affaire de congédiement injuste, *MacDonald v. Dykeview Farms Ltd.* (1998), 177 N.S.R. (2d) 310 (C.S.) (*MacDonald*), la question était de savoir si la prestataire, une travailleuse à la chaîne s'occupant de classement et d'emballage, avait travaillé à la faveur d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Lorsqu'elle avait été embauchée la première fois, on lui avait dit qu'elle travaillerait sur la ligne de classement jusqu'à épuisement du produit, probablement en octobre ou novembre. En fait, sa période de travail avait pris fin le 22 octobre. La Cour a jugé qu'elle avait été embauchée au départ pour un poste à durée déterminée qui prenait fin non pas à une date prédéterminée, mais plutôt lorsque se produisait un événement prédéterminé, la fin de la production. Quand le contrat de la prestataire avait pris fin, on lui avait dit qu'on l'appellerait en juillet prochain si ses services étaient requis. On ne lui avait pas garanti qu'on l'appellerait en juillet prochain. Néanmoins, une habitude avait été prise au cours des huit années suivantes. Tous les ans en juillet, la prestataire attendait un appel, et tous les ans en juillet, on la rappelait au travail.

[82] Le schéma d'emploi que l'on observe dans l'affaire *MacDonald*, c'est-à-dire essentiellement des rappels successifs subordonnés à l'existence d'une quantité suffisante de travail, présente une similitude frappante avec celui de la présente affaire. La Cour écrivait ce qui suit, au paragraphe 11 de la décision *MacDonald* :

[TRADUCTION] À lui seul, ce facteur [le rappel constant chaque année durant huit ans de suite et le retour fidèle de M^{me} MacDonald au travail à chaque fois] ne permet pas d'établir d'une manière décisive une promesse de rappel sous réserve d'avis, mais c'est de la part des deux parties une conduite qui atteste très nettement une évolution substantielle allant au-delà du contrat initial à durée déterminée. Le rappel automatique était le facteur prédominant dans la décision *Gray c. Corporation of the Township of Manvers* (1992), 93 C.L.L.C. para. 14, 023 (C.J.O.).

[83] Indeed, the Umpire was correct to consider the “Re: Sheila Stone” letter in light of all of the other facts of the case.

(ix) The claimant and the employer’s understanding and conduct

[84] In previous paragraph 33(2)(a) cases, this Court has considered whether the employer and the employee treated the contract as subsisting in determining whether it has terminated. See e.g. *Canada (Attorney General) v. Taylor*.

[86] It was not disputed that, when the applicant’s contract expired, both the employer and the applicant expected that she would return to the Or Haemet Sephardic School in the fall. Indeed, neither of the parties acted as if the applicant were unemployed during the non-teaching period.

[86] Take, for instance, the employer’s mid-August letter to the applicant, “informing her of a meeting regarding next year’s preparations scheduled for August 29, 2001.” If the applicant’s contract had actually been terminated, the employer would have been concerned about whether she was available to attend such a meeting and to return to work for it. In this light, simply sending her a letter containing the details about an upcoming meeting seems, at the very least, presumptuous. Personally, I would have thought that the employer would have “asked” the applicant about whether she could attend the meeting, as opposed to just “informing” her about it. Apparently, though, the employer was confident that she would not be working elsewhere come the end of August.

[87] The applicant’s conduct also suggests that she believed that she would be employed by the Or Haemet Sephardic School in the fall. Admittedly, she claimed in her affidavit that she sought employment “during July and August.” This kind of brief statement of availability may be taken at face value and regarded as sufficient proof of availability “for the first weeks of unemployment, provided that no restrictions appear to be connected with one’s declared willingness to accept

[83] Le juge-arbitre a eu raison en effet de considérer la lettre portant la mention « Objet : Sheila Stone » à la lumière de tous les autres faits du dossier.

ix) Arrangement conclu entre la prestataire et l’employeur, et conduite respective de chacun

[84] Dans des affaires antérieures se rapportant à l’alinéa 33(2)a), la Cour, pour savoir si le contrat avait pris fin, s’est demandé si l’employeur et l’employé considéraient qu’il était encore en vigueur. Voir par exemple l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Taylor*.

[85] Il n’a pas été contesté que, lorsque le contrat de la demanderesse a pris fin, l’employeur et la demanderesse croyaient tous deux qu’elle retournerait à la Or Haemet Sephardic School à l’automne. D’ailleurs, aucune des deux parties n’a agi comme si la demanderesse était en chômage durant la période de congé.

[86] Prenons par exemple la lettre de la mi-août adressée par l’employeur à la demanderesse, [TRADUCTION] « l’informant d’une réunion prévue le 29 août 2001 qui porterait sur les préparatifs de l’année suivante ». Si le contrat de la demanderesse avait effectivement pris fin, l’employeur aurait cherché à savoir si elle pouvait assister à une telle réunion et revenir travailler pour lui. C’est pourquoi il me semble pour le moins présomptueux de sa part de lui avoir simplement envoyé une lettre donnant les détails d’une réunion à venir. Je crois pour ma part que l’employeur aurait normalement « demandé » à M^{me} Stone si elle pouvait assister à la réunion, au lieu de simplement l’« informer » de cette réunion. L’employeur semblait au contraire assuré qu’elle n’irait pas travailler ailleurs à la fin d’août.

[87] La conduite de la demanderesse donne elle aussi à penser qu’elle croyait qu’elle irait travailler pour la Or Haemet Sephardic School à l’automne. Certes, elle a écrit dans son affidavit qu’elle avait cherché un travail « durant juillet et août ». C’est là une brève déclaration de disponibilité qui pourrait être prise au pied de la lettre et considérée comme une preuve suffisante de disponibilité « au début de la période de chômage pourvu qu’on ne décèle ni exigence ni empêchement

work or one's employability within the labour market." Digest, "Chapter 10—Availability for Work," "10.2.0—Proof." Here, though, the applicant's "unemployment" persisted not for two weeks, but for two months. Clearly, then, more evidence was required to substantiate the applicant's alleged availability for work. However, during her decade-long tenure with the Or Haemet Sephardic School, the applicant never worked for another employer. Furthermore, no covering letters of inquiry, résumés, employer references or completed job applications appear in the record. There is not even a job search summary listing potential employers contacted by the applicant during the summer. Given this evidence or lack thereof it was completely open to the Umpire to conclude that the applicant did not actively seek work during the summer, and therefore did not behave as if her contract had terminated.

[88] Even if the applicant did seek work, the evidence indicates that she restricted her searches to summer employment opportunities that would allow her to return to work at the Or Haemet Sephardic School in the fall. Nothing in the record including the applicant's affidavit indicates that the applicant ever sought or would have been willing to accept work for a term extending beyond July and August. One would expect that a teacher who genuinely believed that her contract had been terminated would make applications to other schools for a job commencing in September. The lack of any such evidence is a very strong indicator that the teacher did not really believe that the contract had terminated. That said, the absence of such evidence in this case is unsurprising. After all, the employer even admits in its "Re: Sheila Stone" letter that it advised the applicant of its intention to have her return to work in September so that she could "be available" to do so. Indeed, she was available and did return to it every autumn.

[89] In conclusion, the employer's and the applicant's conduct suggests that they had an agreement that, subject to funding and enrolment, the applicant would

d'importance face à l'acceptation d'un emploi ». Guide, « Chapitre 10—Disponibilité », « 10.2.0—Preuve ». Ici cependant, le « chômage » de la demanderesse a duré non pas deux semaines, mais deux mois. Manifestement donc, une preuve complémentaire était requise pour confirmer la prétendue disponibilité de la demanderesse. Toutefois, durant ses 10 années d'emploi auprès de la Or Haemet Sephardic School, la demanderesse n'a jamais travaillé pour un autre employeur. Par ailleurs, le dossier ne contient pas de curriculum vitæ, pas de lettres d'accompagnement, pas de références d'employeurs et pas de demandes d'emploi remplies. Il n'y a pas même un résumé de recherche d'emploi énumérant les employeurs potentiels auxquels se serait adressée la demanderesse durant l'été. Étant donné cette preuve, ou cette absence de preuve, le juge-arbitre pouvait parfaitement conclure que la demanderesse n'avait pas activement cherché un travail durant l'été et qu'elle ne s'était donc pas comportée comme si son contrat avait pris fin.

[88] Même si la demanderesse a effectivement cherché du travail, il ressort de la preuve qu'elle a limité ses recherches à un emploi d'été qui lui aurait permis de retourner travailler à la Or Haemet Sephardic School à l'automne. Il n'est indiqué nulle part dans le dossier, ni dans l'affidavit de la demanderesse, que la demanderesse ait jamais cherché, ou aurait accepté, un travail d'une durée allant au-delà de juillet et août. On imagine tout à fait qu'un enseignant qui croit véritablement que son contrat a pris fin voudra poser sa candidature dans d'autres écoles pour un travail débutant en septembre. L'absence de toute preuve du genre est un signe très net que l'enseignante ne croyait pas vraiment que son contrat avait pris fin. Cela dit, l'absence d'une telle preuve ici n'est pas surprenante. Après tout, l'employeur lui-même admet, dans sa lettre portant la mention « Objet : Sheila Stone », qu'il informait la demanderesse de son intention de la réintégrer dans son effectif en septembre, afin qu'elle puisse [TRADUCTION] « être disponible ». Effectivement, elle était disponible et elle retournait travailler pour son employeur chaque automne.

[89] En conclusion, la conduite de l'employeur et celle de la demanderesse donnent à penser qu'ils avaient une entente selon laquelle, sous réserve du financement

return to work at the Or Haemet Sephardic School every September. Indeed, if funding and enrolment were sufficient, yet the employer refused to allow the applicant to return to work in September, I believe that she might well have a claim for breach of contract. There was, after all, a mutual understanding that she would return to the Or Haemet Sephardic School in these circumstances. As a result, over the summer, she did not look for other work to perform during the school year. Thus, she may have forgone a year of employment and its accompanying remuneration. There was no concession by the respondent that the parties had no contractual rights against and owed no contractual duties to each other. In summary, this factor also supports the Umpire's finding that the applicant's contract had not terminated.

V. CONCLUSIONS

[90] Once the Umpire considered all of the facts of the applicant's case, it was obviously reasonable for him to conclude that the applicant's relationship with the employer was never severed. At most, only two of the eight considerations that are clearly relevant in this instance suggest that the applicant's contract had terminated. They are the lack of explicit compensation during the non-teaching period and the evidence of the employer's outward recognition. As I explained in discussing these factors, the Umpire was right not to accord them much weight.

[91] In short, it was entirely reasonable for the Umpire, after examining the evidence, to find that the applicant failed to establish on a balance of probabilities that there had been a veritable break in the continuity of her employment. It does not seem as if her contract had terminated within the meaning of paragraph 33(2)(a) of the Regulations. Her case is also not caught by any of the other exceptions to the general ban on non-teaching period EI collection in subsection 33(2) of the Regulations. Thus, I cannot find that the Umpire's conclusion that the applicant was not entitled to EI benefits was unreasonable.

et des inscriptions, la demanderesse retournerait travailler à la Or Haemet Sephardic School chaque année en septembre. D'ailleurs, à supposer que le financement et les inscriptions soient suffisants et que l'employeur décidait malgré cela de ne pas réintégrer la demanderesse dans son effectif en septembre, alors je crois qu'elle pourrait obtenir réparation en alléguant une rupture de contrat. Il existait après tout une entente mutuelle selon laquelle, dans ces conditions, elle retournerait travailler à la Or Haemet Sephardic School. C'est la raison pour laquelle, durant l'été, elle ne cherchait pas un autre travail à exécuter durant l'année scolaire. Elle s'exposait ainsi à perdre une année d'emploi et la rémunération afférente. Le défendeur n'a pas admis que les deux parties n'avaient pas de droits et d'obligations contractuels réciproques. En résumé, ce facteur appuie lui aussi la conclusion du juge-arbitre selon laquelle le contrat de la demanderesse n'avait pas pris fin.

V. DISPOSITIF

[90] Après examen par le juge-arbitre de tous les faits du dossier de la demanderesse, il était évidemment raisonnable pour lui de conclure que la relation de la demanderesse avec l'employeur n'avait jamais été rompue. Deux tout au plus des huit facteurs qui intéressent manifestement la présente affaire donnent à penser que le contrat de la demanderesse avait pris fin. Ce sont l'absence d'une rémunération durant la période de congé et les éléments attestant une reconnaissance de départ de la part de l'employeur. Comme je l'ai expliqué dans l'examen de ces facteurs, le juge-arbitre a eu raison de ne pas leur accorder beaucoup de poids.

[91] En bref, il était tout à fait raisonnable pour le juge-arbitre, après examen de la preuve, de conclure que la demanderesse n'avait pas établi, selon la prépondérance de la preuve, qu'il y avait eu une rupture claire dans la continuité de son emploi. Il n'apparaît pas que son contrat avait pris fin, au sens de l'alinéa 33(2)a) du Règlement. Son cas n'entre pas non plus dans les autres exceptions au principe général du paragraphe 33(2) du Règlement, qui exclut le versement de prestations d'A-E durant les périodes de congé. Il m'est donc impossible de conclure que la décision du juge-arbitre selon laquelle la demanderesse n'avait pas droit à des prestations d'A-E était déraisonnable.

[92] This and previous decisions of this Court are entirely faithful to the plain meaning of the Regulations, as well as its general context, the regulation-making power of the *Employment Insurance Act* and the regulatory scheme.

[93] These applications for judicial review should be dismissed with one set of costs. A set of these reasons shall be filed in each of Court files A-367-04 and A-368-04.

DÉCARY J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[94] EVANS J.A. (dissenting): With all respect to the learned and extensive reasons of my colleague, Sexton J.A., I would allow the applications and remit the matter to be redetermined on the basis that subsection 33(2) of the *Employment Insurance Regulations* does not preclude Ms. Stone from receiving employment insurance benefits for the months of July and August 2001 and 2002.

[95] In my view, the reasons of the Umpire do not provide a rational basis for rejecting, on the record before him, Ms Stone's contention that her contract of employment with Or Haemet [Or Haemet Sephardic School] terminated towards the end of June. The facts of this case are materially different from the relevant precedents from this Court.

[96] The evidence of Ms. Stone and Mr. Laufer, the school administrator, was that, like other teachers at Or Haemet, Ms. Stone was employed under a 10-month contract. This evidence was not contradicted or challenged by the Minister, who also agreed that, from the end of June until she was rehired in August for the upcoming school year, Ms. Stone had no contract of employment with Or Haemet. In other words, the parties had no contractual rights against and owed no

[92] La présente décision et les décisions antérieures de la Cour sont tout à fait conformes au sens ordinaire du Règlement, à son contexte général, au pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur l'assurance-emploi* et à l'économie du règlement.

[93] Les demandes de contrôle judiciaire devraient être rejetées, avec un seul mémoire de dépens. Les présents motifs seront déposés dans les dossiers A-367-04 et A-368-04.

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

* * *

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

[94] LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissent): Contrairement à mon collègue le juge Sexton, dont j'ai lu les motifs éloquentes et approfondis, je ferais droit aux demandes et renverrais l'affaire pour nouvelle décision, étant entendu que le paragraphe 33(2) du *Règlement sur l'assurance-emploi* n'empêche pas M^{me} Stone de recevoir des prestations d'assurance-emploi pour les mois de juillet et août 2001 et 2002.

[95] À mon avis, les motifs du juge-arbitre n'exposent pas une base rationnelle qui l'autorisait, d'après le dossier qu'il avait devant lui, à rejeter la prétention de M^{me} Stone selon laquelle le contrat de travail qu'elle avait avec la Or Haemet Sephardic School avait pris fin vers la fin de juin. La présente affaire se distingue très nettement des affaires du même ordre jugées auparavant par la Cour.

[96] D'après les témoignages de M^{me} Stone et de M. Laufer, l'administrateur de l'école, M^{me} Stone travaillait à la faveur d'un contrat d'une durée de 10 mois, comme les autres enseignants à la Or Haemet. Ces témoignages n'ont pas été contredits ni contestés par le ministre, qui a également reconnu que, de la fin de juin jusqu'à son réembauchage en août pour la nouvelle année scolaire, M^{me} Stone n'avait aucun contrat de travail avec la Or Haemet. Autrement dit, il n'y avait pas de droits

contractual duties to each other during July and August with respect to her employment for teaching.

[97] Counsel for the Minister conceded that the mutual expectation and understanding that Ms. Stone would probably resume teaching in September had not ripened into an implied contract regarding her future employment. Until she accepted the offer in August, Ms. Stone was free to take another job without informing Or Haemet, and the school could decide, for any reason, not to offer her employment, again without the need for notice.

[98] Counsel for the Minister also agreed that Or Haemet did not in any way remunerate or pay benefits to Ms. Stone for the months of July and August. The 4% increase she was offered as a returning teacher was a recognition of her experience and, perhaps, her remaining available to teach at Or Haemet. Her receipt of employment insurance benefits for July and August would not constitute “double dipping”.

[99] No doubt, the record compiled in the appeal to the Board of Referees could have been stronger. For example, there was no evidence comparing Ms. Stone’s salary with that of teachers who are paid for 12 months, and Mr. Laufer might have been called as a witness and questioned about Or Haemet’s contractual arrangements with its teachers. It would be open to the Commission to conduct further inquiries in the future if Ms. Stone continues to claim benefits for the summer non-teaching months.

[100] However, there is no suggestion here of a sham and, like this Court, the Umpire had to take the record as he found it. To conclude on these facts, as the Umpire did, that Ms. Stone had not established that her “contract of employment for teaching” had “terminated” is counterintuitive at best, and imposes a not insignificant explanatory burden on the decision maker.

[101] I agree with my colleague that the issue in dispute in this case concerns the Umpire’s application of

contractuels ni d’obligations contractuelles entre M^{me} Stone et la Or Haemet durant les mois de juillet et août au titre du travail d’enseignante de M^{me} Stone.

[97] L’avocat du ministre a admis que l’espoir commun des parties de voir M^{me} Stone reprendre son travail d’enseignante en septembre n’avait pas cristallisé un contrat tacite concernant son emploi futur. Jusqu’à son acceptation de l’offre en août, M^{me} Stone était libre d’accepter un autre emploi sans en informer la Or Haemet, et l’école pouvait décider, pour quelque raison, de ne pas lui offrir un emploi, là encore sans la nécessité d’un préavis.

[98] L’avocat du ministre a aussi reconnu que la Or Haemet ne rémunérait pas M^{me} Stone durant les mois de juillet et août, ni ne lui versait d’avantages sociaux durant cette période. L’augmentation de 4 p. 100 qui lui était offerte en sa qualité d’enseignante revenant à son poste récompensait son expérience et peut-être le fait qu’elle restait disponible pour enseigner à la Or Haemet. Il n’allait pas y avoir « cumul de prestations et de traitement » du seul fait qu’elle recevait des prestations d’assurance-emploi pour juillet et août.

[99] Le dossier constitué dans l’appel au conseil arbitral aurait pu sans aucun doute être plus étoffé. Ainsi, aucune comparaison n’était faite entre le traitement de M^{me} Stone et celui des enseignants payés durant 12 mois, et M. Laufer aurait pu être appelé à témoigner, puis interrogé sur les arrangements contractuels de la Or Haemet avec ses enseignants. Il serait loisible à la Commission de s’enquérir davantage dans l’avenir si M^{me} Stone continuait de demander des prestations pour les mois d’été où elle n’enseigne pas.

[100] Cependant, il n’y a ici aucun leurre et, comme la Cour, le juge-arbitre devait prendre le dossier tel qu’il lui a été présenté. Conclure d’après le dossier, comme l’a fait le juge-arbitre, que M^{me} Stone n’avait pas prouvé que son contrat de travail dans l’enseignement avait pris fin est au mieux contre-intuitif et impose au décideur un travail d’explication qui n’est pas négligeable.

[101] Je reconnais avec mon collègue que le point contesté ici concerne la manière dont le juge-arbitre a

paragraph 33(2)(a) of the Regulations to the facts as found, and that the relevant standard of review is reasonableness *simpliciter*.

[102] When a court conducts a judicial review of a decision of an administrative tribunal in order to determine its reasonableness, the review should focus on the tribunal's reasons. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, Iacobucci J. said [at paragraphs 48, 49, 54 and 55]:

Where the pragmatic and functional approach leads to the conclusion that the appropriate standard is reasonableness *simpliciter*, a court must not interfere unless the party seeking review has positively shown that the decision was unreasonable (see [*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748], at para. 61). In *Southam*, at para. 56, the Court described the standard of reasonableness *simpliciter*:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. [Emphasis added].

This signals that the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and “look to see” whether any of those reasons adequately support the decision.

...

How will a reviewing court know whether a decision is reasonable given that it may not first inquire into its correctness? The answer is that a reviewing court must look to the reasons given by the tribunal.

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 any of the reasons that are sufficient to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand up to a somewhat probing examination, then the decision will not be unreasonable and a reviewing court must not interfere. . . .

[103] The question is, therefore, whether the *Umpire's* reasons for decision, read in their entirety, contain a “line of analysis” that “stands up to a

appliqué l'alinéa 33(2)a) du Règlement au dossier en cause et que la norme de contrôle à appliquer est la décision raisonnable *simpliciter*.

[102] Lorsqu'une cour de justice procède au contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif pour savoir si cette décision est ou non raisonnable, le contrôle doit porter sur les motifs du tribunal. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci écrivait [aux paragraphes 48, 49, 54 et 55] :

Lorsque l'analyse pragmatique et fonctionnelle mène à la conclusion que la norme appropriée est la décision raisonnable *simpliciter*, la cour ne doit pas intervenir à moins que la partie qui demande le contrôle ait démontré que la décision est déraisonnable (voir [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. Southam*, [1997] 1 R.C.S. 748] par. 61).

Est déraisonnable la décision qui, dans l'ensemble, n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s'il existe quelque motif étayant cette conclusion. [Je souligne.]

Cela indique que la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et « se demande » si l'un ou l'autre de ces motifs étaye convenablement la décision

[. . .]

Comment la cour siégeant en contrôle judiciaire sait-elle si une décision est raisonnable alors qu'elle ne peut d'abord vérifier si elle est correcte? La réponse est que la cour doit examiner les motifs donnés par le tribunal.

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 l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir [. . .]

[103] Il s'agit donc de savoir si les motifs du juge-arbitre, lus dans leur intégralité, contiennent un « mode d'analyse » qui « résist[e] à un examen assez

somewhat probing examination”. After referring to the test propounded by Létourneau J.A. in *Oliver* (is there “a veritable break in employment?”), the Umpire explained his decision as follows:

Having considered the evidence before the Board of Referees, I am satisfied that it has been shown that this claimant has been employed from year to year and there is no interruption in her employment. I do not believe that because she works in a private school it makes any difference as the legislation does not differentiate between a private school and a public school. It also does not make any statement concerning the annual pay being spread over 12 months or ten months. The jurisprudence places a burden on the teacher to show on the balance of probabilities that they will not be returning to their job following the non-teaching period. That, in my opinion, would satisfy the requirement that there be a veritable break in employment after the end of the school year. [Emphasis added.]

[104] I would make the following observations on this passage. First, a boiler-plate reference to “having considered the evidence before the Board of Referees” does not pass muster as an adequate explanation when the situation is novel and the evidence is more favourable to the claimant than that in all previous cases dealing with the issue in dispute.

[105] Second, the underlined sentences in the above passage suggest that if Ms. Stone had proved that she was unlikely to be rehired, her claim could have succeeded and that, since she did not, her claim fails. If the Umpire intended to narrow the focus of the inquiry in this way, he erred in law by failing to take into account all the considerations relevant to deciding whether Ms. Stone’s contract of employment terminated in June.

[106] Third, the Umpire stated that the Board was correct in law to conclude that there was “a continuing relationship” between the parties. In my respectful view, this is not the question. No doubt there was some kind of continuing relationship between Ms. Stone and Or Haemet. She has, after all, taught at Or Haemet every year since 1995.

« poussé ». Après avoir rappelé le critère énoncé par le juge Létourneau dans l’arrêt *Oliver* (y a-t-il « rupture claire dans la continuité de [l’]emploi »?), le juge-arbitre expliquait ainsi sa décision :

Après avoir examiné la preuve portée à la connaissance du conseil arbitral, je suis convaincu qu’il a été établi que cette prestataire avait été employée année après année et qu’il n’y avait pas eu d’interruption d’emploi. Je ne crois pas que le fait qu’elle travaille dans une école privée fasse une différence car la Loi ne fait pas de distinction entre école privée et école publique. Elle ne précise pas non plus si le salaire annuel est réparti sur douze ou sur dix mois. Selon la jurisprudence, c’est à l’enseignant qu’il incombe de démontrer que, selon la prépondérance des probabilités, il ne retournera pas au travail après la période de congé. Cela, à mon avis, permettrait de satisfaire à l’exigence qui consiste à prouver qu’il y a une réelle période d’inactivité après la fin de l’année scolaire. [Non souligné dans l’original.]

[104] Je ferais, à propos de cet extrait, les observations suivantes. D’abord, une référence passe-partout telle que « [a]près avoir examiné la preuve portée à la connaissance du conseil arbitral » ne constitue pas une explication suffisante quand la situation est inédite et que la preuve est plus favorable au prestataire que celle qui a été produite dans toutes les affaires antérieures portant sur le point en litige.

[105] Deuxièmement, les phrases soulignées dans le passage ci-dessus donnent à penser que, si M^{me} Stone avait prouvé qu’il était improbable qu’elle soit réembauchée, sa demande de prestations aurait pu être admise et que, comme elle n’a pas apporté cette preuve, sa demande de prestations ne peut être admise. Si le juge-arbitre entendait réduire ainsi le champ de l’enquête, alors il a commis une erreur de droit parce qu’il n’a pas tenu compte de tous les facteurs permettant de déterminer si le contrat de travail de M^{me} Stone avait ou non pris fin en juin.

[106] Troisièmement, le juge-arbitre écrivait que le conseil avait eu raison en droit de conclure qu’il existait entre les parties « une relation continue » d’emploi. À mon humble avis, là n’est pas la question. Sans aucun doute, il y a eu un certain genre de relation continue d’emploi entre M^{me} Stone et la Or Haemet. Après tout, M^{me} Stone a enseigné à la Or Haemet chaque année depuis 1995.

[107] However, for present purposes, the relevant question is whether Ms. Stone's contract of employment "terminated" at the end of June. In my respectful view, a somewhat probing examination does not yield a rational basis for the decision, and authorizes the Court to set it aside, and to remit it to the Umpire for redetermination.

[108] On an application for judicial review, it is not normally appropriate for a reviewing court to determine how the tribunal should have answered the question in dispute if it had applied the correct legal test. However, because umpires must normally determine claims on the basis of the evidential record before the Board of Referees, it is open to the Court to consider the reasonableness of the Umpire's determination and, when appropriate, to decide the substantive issue.

[109] In my view, it was clearly wrong for the Umpire in this case to have concluded on the record before him that Ms. Stone had not established that her contract of employment for teaching terminated in June 2001 and 2002. She had a contract of employment for teaching up to the last week of June. In July and the first half of August she had no contract at all with Or Haemet, and received no remuneration for these months. Giving the words of the Regulation their ordinary meaning, how can it be said on these facts that she has not proved that her contract of employment for teaching had terminated?

[110] The Umpire relied heavily on paragraph 27 of the reasons in *Oliver*, where Létourneau J.A. reformulated the statutory test by asking whether there was "a veritable break in the continuity" of the teacher's employment. However, it is important to note the factual background against which Létourneau J.A. so stated the relevant test and concluded (at paragraph 16) that there was no evidence in *Oliver* to support the conclusion that the applicants' contracts of employment had terminated:

They all had continuing contracts of teaching for the following school year. They suffered no loss of income. They received medical and other employment benefits during the summer

[107] Cependant, la question à poser en l'espèce est de savoir si le contrat de travail de M^{me} Stone « a pris fin » à la fin de juin. À mon humble avis, un examen assez poussé ne fait ressortir aucun fondement rationnel autorisant la décision, et la Cour peut donc infirmer la décision et la renvoyer au juge-arbitre pour nouvelle décision.

[108] Dans une procédure de contrôle judiciaire, la juridiction de contrôle ne doit pas en principe dire comment le tribunal aurait dû répondre à la question litigieuse s'il avait appliqué le bon critère juridique. Toutefois, comme les juges-arbitres doivent normalement statuer sur les demandes en se fondant sur le dossier soumis au conseil arbitral, il est loisible à la Cour de déterminer si la décision du juge-arbitre est ou non raisonnable et, le cas échéant, de trancher elle-même la question au fond.

[109] À mon avis, il était tout à fait erroné pour le juge-arbitre, dans la présente affaire, de conclure, d'après le dossier qu'il avait devant lui, que M^{me} Stone n'avait pas prouvé que son contrat de travail dans l'enseignement avait pris fin en juin 2001 et 2002. Elle avait un contrat de travail dans l'enseignement jusqu'à la dernière semaine de juin. En juillet et durant la première moitié d'août, elle n'avait aucun contrat avec la Or Haemet et elle ne recevait pour ces mois aucune rémunération. Vu les mots employés par le Règlement, selon leur sens ordinaire, comment peut-on dire, au vu de tels faits, qu'elle n'a pas prouvé que son contrat de travail dans l'enseignement avait pris fin?

[110] Le juge-arbitre s'est fondé en grande partie sur le paragraphe 27 des motifs de l'arrêt *Oliver*, où le juge Létourneau reformulait le critère réglementaire en se demandant s'il y avait « rupture claire dans la continuité » de l'emploi de l'enseignant. Cependant, il importe de noter le contexte factuel d'après lequel le juge Létourneau exposait ainsi le critère applicable et concluait (au paragraphe 16) que les circonstances de l'affaire *Oliver* ne permettaient pas de conclure que les contrats de travail des demandeurs avaient pris fin :

Ils avaient tous des contrats de travail permanent dans l'enseignement pour la prochaine année scolaire. Ils n'ont subi aucune perte de revenu. De l'assurance-maladie et d'autres

non-teaching months. In short, the wages and benefits paid to them were the same as those paid to any permanent teacher. . . . Like their fellow teachers, the only reason these claimants were not working was because there were no teaching duties to perform during the non-teaching summer months.

[111] These are not our facts. Unlike most of the teachers in *Oliver*, Ms. Stone had no contract of employment for September until well after her previous 10-month contract had expired. She was not paid for July and August and received no benefits. She was not a “double dipper”.

[112] When the legislator expresses its intention in relatively clear words in a provision of a complex social benefit programme, courts should be reluctant to stray far from the statutory language. Subsection 33(2) constitutes a discrete regime within the overall employment insurance scheme to deal with the difficult problem raised by the particular position of teachers. An attempt to avoid a result that may lead to possibly unintended results (such as, in this case, the provision of an indirect subsidy to a private school) may give rise to other problematic and unforeseen consequences.

[113] I can well understand why this Court has consistently taken the position that teachers who are remunerated for non-teaching months, especially if they already have a contract to teach starting in September, cannot claim employment insurance benefits for July and August. They have suffered no loss of income through unemployment, a necessary condition for eligibility for employment insurance benefits.

[114] However, I can identify no policy underlying the scheme in general, or subsection 33(2) in particular, that would be infringed by a decision that Ms. Stone is eligible for benefits during the temporary and regular periods of unemployment periods that she has accepted since she started teaching at Or Haemet.

prestations d'emploi leur ont été versées au cours des mois de congé estival. Bref, le salaire qu'ils ont reçu et les avantages dont ils ont bénéficié équivalent à ceux des enseignants permanents. [. . .] Tout comme leurs collègues, la seule raison pour laquelle ces prestataires ne travaillaient pas est parce qu'il n'y avait aucune tâche d'enseignement à exécuter pendant les mois d'été.

[111] Les faits qui nous sont soumis sont autres. Contrairement à la plupart des enseignants dans l'affaire *Oliver*, M^{me} Stone n'avait aucun contrat de travail pour septembre jusque bien après l'expiration de son contrat antérieur de 10 mois. Elle n'était pas rémunérée pour juillet et août et ne recevait pas d'avantages sociaux. Elle ne cumulait pas des prestations et un traitement.

[112] Quand le législateur exprime son intention en des mots relativement clairs dans une disposition d'un programme complexe d'avantages sociaux, les tribunaux doivent se garder de s'écarter à l'excès du texte législatif. Le paragraphe 33(2) constitue, dans le régime général de l'assurance-emploi, un régime d'exception destiné à régler le difficile problème soulevé par la situation particulière des enseignants. Vouloir éviter un résultat susceptible d'entraîner des conséquences sans doute non voulues (par exemple, en l'occurrence, le versement d'une subvention indirecte à une école privée) risque d'entraîner d'autres conséquences problématiques et imprévues.

[113] Je peux fort bien comprendre pourquoi la Cour a toujours considéré que les enseignants qui sont rémunérés durant la période de congé, en particulier s'ils ont déjà un contrat d'enseignement qui débutera en septembre, ne peuvent pas réclamer de prestations d'assurance-emploi pour juillet et août. Ils n'ont subi aucune perte de revenu par suite de chômage, condition nécessaire de l'admissibilité aux prestations d'assurance-emploi.

[114] Toutefois, je ne puis voir, à la base du régime en général, ou à la base du paragraphe 33(2) en particulier, aucune ligne de conduite susceptible d'être transgressée par une décision déclarant M^{me} Stone admissible à des prestations durant les périodes temporaires et régulières de chômage qu'elle a acceptées depuis qu'elle a commencé à enseigner à la Or Haemet.

[115] Indeed, it is not manifestly inconsistent with subsection 33(2) to conclude that Ms. Stone is eligible for benefits during July and August. By providing that a teacher cannot claim for employment insurance benefits “for any week of unemployment that falls in any non-teaching period of the claimant”, subsection 33(2) contemplates that a teacher who is not working in those months (because there is no teaching to do) may be unemployed. However, benefits can only be claimed by teachers for these months if they establish that they fall within one of the listed exceptions.

[116] In any event, the government can always amend the Regulations to rectify results that it regards as unintended by the scheme or liable to open the proverbial flood gates. In my view, this is preferable to straining statutory language to avoid the rather clear terms in which paragraph 33(2)(a) is couched.

[117] For these reasons, I would grant the applications for judicial review with costs, set aside the decisions of the Umpire, and remit the matter to the Chief Umpire or his delegate on the basis that subsection 33(2) does not preclude Ms. Stone from receiving employment insurance benefits for July and August 2001 and 2002.

[115] Il n'est d'ailleurs pas manifestement incompatible avec le paragraphe 33(2) de conclure que M^{me} Stone est admissible à des prestations durant juillet et août. En disant qu'un enseignant ne peut pas réclamer de prestations d'assurance-emploi « pour les semaines de chômage comprises dans toute période de congé de celui-ci », le paragraphe 33(2) admet qu'un enseignant qui ne travaille pas durant ces mois (parce qu'il n'y a pas d'enseignement à donner) peut être en chômage. Cependant, des prestations ne peuvent être demandées par les enseignants pour les mois en question que s'ils établissent qu'ils entrent dans les paramètres de l'une des exceptions énumérées.

[116] Quoi qu'il en soit, le gouvernement peut toujours modifier le Règlement pour corriger un résultat qui selon lui n'est pas voulu par le régime établi, ou qui risque de provoquer la proverbiale avalanche de poursuites. À mon avis, cela vaut mieux que de forcer le sens du texte réglementaire dans le but d'esquiver les mots de l'alinéa 33(2)a), lesquels ne sont d'ailleurs pas ambigus.

[117] Pour ces motifs, je ferais droit aux demandes de contrôle judiciaire, avec dépens, j'annulerais les décisions du juge-arbitre et je renverrais l'affaire au juge-arbitre en chef ou à un juge-arbitre désigné par lui pour qu'il rende une décision en tenant pour acquis que le paragraphe 33(2) n'empêche pas M^{me} Stone de recevoir des prestations d'assurance-emploi pour les mois de juillet et août 2001 et 2002.

A-12-05
2006 FCA 62

A-12-05
2006 CAF 62

Yves Bourbonnais (*Appellant*)

Yves Bourbonnais (*appellant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS : BOURBONNAIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : BOURBONNAIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Pelletier JJ.A.—Montréal, September 12, 2005; Ottawa, February 13, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 12 septembre 2005; Ottawa, 13 février 2006.

Judges and Courts — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration and Refugee Board (IRB) decision would not pay legal costs, fees appellant (former IRB member) would incur to defend against charges of fraud, breach of trust, obstruction of justice — Components of principle behind judicial independence discussed — Superior court judges' immunity in regard to legal proceedings resulting from decisions or actions in context of duties not applicable where judge knowingly exceeds jurisdiction or acts in bad faith — Appeal dismissed — Bad faith exception applied — None of essential components of judicial independence involved.

Juges et Tribunaux — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui rejetait une demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appellant (un ancien commissaire de la CISR) aurait à encourir afin de se défendre contre des accusations de fraude, d'abus de confiance et d'entrave à la justice — Les composantes du principe de l'indépendance judiciaire ont été analysés — L'immunité conférée aux juges de cours supérieures à l'égard de toute poursuite résultant de décisions ou d'actes posés dans le cadre de leurs fonctions ne joue pas lorsque le juge a outrepassé sa compétence en toute connaissance de cause ou qu'il a agi de mauvaise foi — Appel rejeté — L'exception de mauvaise foi a été appliquée — Aucune des composantes essentielles de l'indépendance judiciaire n'était engagée.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision dismissing application for judicial review of Immigration and Refugee Board decision would not pay legal costs, fees appellant would incur in defence against criminal charges — Immigration and Refugee Protection Act, s. 156 providing for civil, criminal immunity, non-compellability of Board Chairperson, members while former Immigration Act, in force when appellant committed acts with which charged, had no similar provision — Appellant not entitled to criminal immunity because acting beyond jurisdiction.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui rejetait une demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision de la CISR selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appellant aurait à encourir afin de se défendre contre des accusations criminelles — L'art. 156 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés prévoit l'immunité civile et pénale, ainsi que l'incontraignabilité du président de la Commission et des commissaires, alors que l'ancienne Loi sur l'immigration, qui était en vigueur au moment où l'appellant avait commis les actes qui lui étaient reprochés, n'avait aucune disposition semblable — L'appellant n'avait pas droit à l'immunité pénale parce qu'il avait agi hors de sa compétence.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board (IRB) decision that it would not pay the appellant's legal costs and fees that he would incur to defend himself from the charges laid against him. The

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale qui rejetait une demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appellant aurait à encourir afin

appellant, a former member of the IRB, who sat in the Immigration Appeal Division of the IRB before retiring, was charged with fraud against the government, breach of trust and obstruction of justice. Specifically, he was charged with having solicited and accepted money for the purpose of issuing favourable decisions. The appellant asked the IRB to assume the fees and disbursements he would have to incur in order to defend himself. The IRB management, relying on the Treasury Board's indemnification policy denied his request on the basis that the appellant had not established that he had acted in good faith while performing his duties. In dismissing the judicial review application, the Federal Court essentially found that, as an administrative tribunal, the IRB had not been conferred with judicial independence associated with a court of law. The issue was whether the appellant was entitled to obtain indemnification for fees and disbursements for the purpose of defending himself.

Held, the appeal should be dismissed.

It was assumed that, as a member of the Immigration Appeal Division of the IRB, the appellant had the same powers, rights and privileges associated with judicial independence as a judge belonging to a court. Judicial independence comprises three essential components: security of tenure, financial security and institutional independence. It can be explained as "the capacity of the courts to perform their constitutional function free from actual or apparent interference by . . . and free from actual or apparent dependence upon any person or institutions . . .". The purpose behind the principle of judicial independence is to enable judges to hear and determine, in complete freedom, the cases that are before them. Consequently, the principle of judicial independence will constitute a barrier against any external constraint tending to influence the judge in the performance of his or her duties. Integral to judicial independence is the immunity conferred on superior court judges in regard to any legal proceeding resulting from decisions or actions taken in the context of their duties. However, that immunity is not absolute and does not apply where it is shown that a judge knowingly acts beyond his jurisdiction or acts in bad faith. Because the appellant acted beyond his jurisdiction, the bad faith exception applies and he is not entitled to judicial immunity in regard to the criminal prosecution brought against him.

The appellant submitted that the Federal Court erred in finding significance in the fact that section 156 of the *Immigration and Refugee Protection Act* provides civil and criminal immunity and non-compellability for the Board

de se défendre contre les accusations portées contre lui. L'appellant, un ancien membre de la CISR, qui siégeait à la Section d'appel de l'immigration de la CISR avant sa retraite, a été accusé de fraude envers le gouvernement fédéral, d'abus de confiance et d'entrave à la justice. Plus particulièrement, il a été accusé d'avoir sollicité et accepté de l'argent dans le but de rendre des décisions favorables. L'appellant avait demandé à la CISR d'assumer les honoraires et déboursés qu'il aurait à encourir afin de se défendre. La direction de la CISR, s'appuyant sur la politique sur l'indemnisation du Conseil du Trésor, avait rejeté sa demande au motif que l'appellant n'avait pas établi qu'il avait agi de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions. En rejetant la demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu essentiellement que, en tant que tribunal administratif, on n'avait pas conféré à la CISR l'indépendance judiciaire associée à un tribunal judiciaire. La question était de savoir si l'appellant était en droit d'obtenir l'indemnisation des honoraires et des déboursés encourus afin de se défendre.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

On a pris pour acquis que l'appellant, en sa qualité de membre de la Section d'appel de l'immigration de la CISR, détenait les mêmes pouvoirs, droits et privilèges découlant de l'indépendance judiciaire qu'un juge appartenant à un tribunal judiciaire. L'indépendance judiciaire comporte trois composantes essentielles : l'inamovibilité, la sécurité pécuniaire et l'indépendance institutionnelle. Cela peut se définir comme « la capacité des tribunaux d'exercer leurs fonctions constitutionnelles à l'abri de toute intervention réelle ou apparente de la part de toutes personnes ou institutions [. . .] en étant exempts de toute dépendance réelle ou apparente vis-à-vis de celles-ci ». Le principe de l'indépendance judiciaire a pour but de permettre aux juges d'entendre et de décider, en toute liberté, les causes devant eux. Par conséquent, le principe de l'indépendance judiciaire constituera une barrière contre toute contrainte extérieure visant à influencer le juge dans l'exécution de ses fonctions. Faisant partie intégrante de l'indépendance judiciaire est l'immunité conférée aux juges de cours supérieures à l'égard de toute poursuite résultant de décisions ou d'actes posés dans le cadre de leurs fonctions. Toutefois, cette immunité n'est pas absolue et ne joue pas lorsqu'on peut démontrer qu'un juge a agi hors de sa compétence en toute connaissance de cause ou qu'il a agi de mauvaise foi. Du fait que l'appellant a agi hors de sa compétence, l'exception de mauvaise foi s'applique et il n'a pas droit de bénéficier de l'immunité judiciaire à l'égard de la poursuite pénale qui a été engagée contre lui.

L'appellant a soumis que la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant à l'existence d'un indice important dans le fait que l'article 156 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* prévoit une immunité civile et pénale

Chairperson and members, while the former *Immigration Act*, which was in force when the acts with which the appellant is charged were committed, had no similar provision. Contrary to the appellant's argument, the Federal Court did not make a finding that, before the coming into force of the new Act, members of the IRB did not enjoy immunity under the common law. It simply noted that the old Act, contrary to the new one, did not provide statutory immunity.

In the context of a judge's dismissal proceeding, the principle of judicial independence requires that the judge be entitled to the payment of his out-of-court fees he will have to incur in defending himself. In this case, the sole purpose of the appellant's trial will be to determine his guilt on charges which do not challenge the notion of security of tenure.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 139(2), 251 (as am. by R.S.C. (1985) (1st Supp.), c. 27, s. 36; (4th Supp.), c. 32, s. 58), 253(b) (as am. *idem*, s. 59).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-21.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 156.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sirros v. Moore, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

DISTINGUISHED:

Hamann c. Québec (Ministre de la Justice), [2001] J.Q. No. 2046 (C.A.) (QL); *Fortin c. Procureur général du Québec*, [2003] R.J.Q. 1323 (Sup. Ct.).

CONSIDERED:

Arthur v. Canada (Attorney General) (2001), 283 N.R. 346; 2001 FCA 223; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, [2006] 1 F.C.R. 327; (2005), 261 D.L.R. (4th) 447; 2005 FC 1454; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; (2000), 184 D.L.R. (4th) 706; 21 Admin. L.R. (3d) 27; 44 C.P.C. (4th); 253 N.R. 252 (C.A.); *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673; (1985), 52 O.R. (2d) 779; 24 D.L.R. (4th) 161; 23 C.C.C. (3d) 193; 49 C.R. (3d) 97; 19 C.R.R. 354; 37 M.V.R. 9; 64 N.R. 1; 14 O.A.C. 79.

et l'incontraignabilité pour le président de la Commission et les commissaires, alors que l'ancienne *Loi sur l'immigration*, qui était en vigueur au moment où les actes qui étaient reprochés à l'appelant avaient été commis, n'avait aucune disposition semblable. Contrairement à l'argument de l'appelant, la Cour fédérale n'a pas conclu que, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, les commissaires de la CISR ne jouissaient pas d'une immunité en vertu de la common law. La Cour a tout simplement constaté que l'ancienne Loi, contrairement à la nouvelle, ne prévoyait pas une immunité statutaire.

Dans le cadre d'une procédure en révocation d'un juge, le principe d'indépendance judiciaire requiert que ce dernier ait droit au paiement des honoraires extra-judiciaires qu'il aura à encourir pour se défendre. En l'espèce, le procès de l'appelant aura à subir n'a que pour seul but de déterminer sa culpabilité face aux accusations, ce qui ne met nullement en cause la notion d'inamovibilité.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 139(2), 251 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 36; (4^e suppl.), ch. 32, art. 58), 253(b) (mod. *idem*, art. 59).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-21.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 156.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Sirros v. Moore, [1974] 3 All ER 776 (C.A.).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Hamann c. Québec (Ministre de la Justice), [2001] J.Q. n° 2046 (C.A.) (QL); *Fortin c. Procureur général du Québec*, [2003] R.J.Q. 1323 (C.S.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Arthur c. Canada (Procureur général), 2001 CAF 223; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, [2006] 1 R.C.F. 327; 2005 CF 1454; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.); *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673.

REFERRED TO:

Morier et al. v. Rivard, [1985] 2 S.C.R. 716; (1985), 23 D.L.R. (4th) 1; 17 Admin. L.R. 230; 64 N.R. 46; *Royer v. Mignault* (1988), 50 D.L.R. (4th) 345; 32 C.R.R. 1; 13 Q.A.C. 39 (Que. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1988] 1 S.C.R. xiii; *Proulx v. Quebec (Attorney General)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (Que. C.A.).

AUTHORS CITED

Canada. Treasury Board Secretariat. *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants*, June 1, 2001.
 Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.
 Green, Sir Guy. "The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence" (1985), 59 *A.L.J.* 135.
 Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 4 F.C.R. 529; (2004), 267 F.T.R. 169; 49 Imm. L.R. (3d) 225; 2004 FC 1754) dismissing the appellant's application for judicial review of an Immigration and Refugee Board decision that it would not assume the payment of the appellant's legal costs and fees that he would incur in order to defend himself on the charges laid against him. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Eric Meunier and *Jean-Jacques Rainville* for appellant.
François Joyal for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Dunton Rainville, s.e.n.c.r.l., Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision by Mr. Justice Simon Noël of the Federal Court, dated

DÉCISIONS CITÉES :

Morier et autre c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716; *Royer c. Mignault*, [1998] R.J.Q. 670 (C.A.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1988] 1 R.C.S. xiii; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Secrétariat du Conseil du Trésor. *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et sur la prestation de services juridiques à ces derniers*, 1^{er} juin 2001.
 Friedland, Martin L. *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1995.
 Green, Sir Guy. « The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence » (1985), 59 *A.L.J.* 135.
 Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity*. Oxford : Clarendon Press, 1993.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2005] 4 R.C.F. 529; 2004 CF 1754) qui rejetait la demande de contrôle judiciaire de l'appelant déposée à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle elle ne paierait pas les frais et honoraires que l'appelant aurait à encourir afin de se défendre contre les accusations portées contre lui. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Eric Meunier et *Jean-Jacques Rainville* pour l'appelant.
François Joyal pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Dunton Rainville, s.e.n.c.r.l., Montréal, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LEJUGE NADON, J.C.A. : Il s'agit d'un appel d'une décision du juge Simon Noël de la Cour fédérale, datée

December 17, 2004 [[2005] 4 F.C.R. 529], dismissing the application for judicial review of a decision of the Immigration and Refugee Board (the IRB) filed by the appellant.

[2] A brief summary of the facts will facilitate understanding of the issues raised by the appeal.

[3] In 2004, close to a 100 charges were laid against the appellant, a member of the IRB from 1996 to 2003, the last three of those years as a member of the Immigration Appeal Division of the IRB, and other persons for, *inter alia*, fraud against the government, breach of trust and obstruction of justice. More particularly, the appellant is charged with having solicited and accepted money for the purpose of issuing favourable decisions to certain persons in cases that were being heard by him.

[4] In a letter dated April 6, 2004, the appellant, through his counsel, asked the IRB to assume the fees and disbursements he would have to incur in order to defend himself on the charges against him. The justification for this request appears at page 2 of this letter and reads as follows:

[TRANSLATION] Therefore, Mr. Bourbonnais was exercising his responsibilities as an administrative law judge. It was in this context, that is, the context of the exercise of his responsibilities as an administrative law judge, that the Attorney General, at the request of the RCMP, chose to lay charges against Mr. Bourbonnais. He is charged with a number of acts in relation to the exercise of his responsibilities as a Board member within the IRB. That is why, in accordance with the existing legal tradition, all of the fees and disbursements incurred by Mr. Bourbonnais' defence should be assumed by the Government of Canada.

[5] On April 30, 2004, the IRB management, through its general counsel, Paul Aterman, informed the appellant's counsel that the IRB would not assume the payment of his legal costs and fees. Relying on the Treasury Board's *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants* (the indemnification policy), the IRB said that in its opinion the appellant had not established that he had "acted honestly and without malice within his . . . scope of duties or employment and met reasonable departmental expecta-

le 17 décembre 2004 [[2005] 4 R.C.F. 529], qui rejetait la demande de contrôle judiciaire de l'appellant déposée à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR).

[2] Un bref résumé des faits sera utile pour une meilleure compréhension des questions soulevées par l'appel.

[3] En 2004, près d'une centaine d'accusations ont été portées contre l'appellant, commissaire à la CISR de 1996 à 2003 dont les trois dernières années comme membre de la Section d'appel de l'immigration de la CISR, et autres personnes pour, *inter alia*, fraude envers le gouvernement fédéral, abus de confiance et entrave à la justice. Plus particulièrement, l'appellant est accusé d'avoir sollicité et accepté de l'argent dans le but de rendre des décisions favorables à certaines personnes dans des affaires dont il était saisi.

[4] Par lettre datée le 6 avril 2004, l'appellant, par l'entremise de ses procureurs, demandait à la CISR d'assumer les honoraires et déboursés qu'il aurait à encourir afin de se défendre contre les accusations dirigées contre lui. La justification de cette demande apparaît à la page 2 de ladite lettre et se lit comme suit :

C'est donc à titre de juge administratif que les responsabilités de M. Bourbonnais s'exerçaient. C'est dans ce cadre, c'est-à-dire dans le cadre de l'exercice de ses responsabilités de juge administratif, que le Procureur Général, à la demande de la GRC, a choisi de porter des accusations contre M. Bourbonnais. En effet, il lui est reproché un certain nombre d'actes en relation avec l'exercice de ses responsabilités de commissaire au sein de la C.I.S.R. C'est pourquoi selon la tradition juridique en vigueur, tous les honoraires et déboursés encourus par la défense de M. Bourbonnais devraient être assumés par le gouvernement du Canada.

[5] Le 30 avril 2004, la direction de la CISR, par l'entremise de son avocat général, Paul Aterman, informait les procureurs de l'appellant que la CISR n'assumerait pas le paiement de ses frais et honoraires. S'appuyant sur la *Politique sur l'indemnisation des fonctionnaires de l'État et sur la prestation de services juridiques à ces derniers* du Conseil du Trésor (la politique sur l'indemnisation), la CISR se disait d'avis que l'appellant n'avait pas établi qu'il avait « agi honnêtement et sans malice dans l'exercice de ses

tions” related to his responsibilities (see section 7.2).

[6] Following receipt of this letter, the appellant, on June 1, 2004, filed an application for judicial review in the Federal Court, seeking the following conclusions:

1. To declare that the applicant is entitled to obtain from the Immigration and Refugee Board payment of the legal costs and fees of his counsel that are incurred in assuming his defence in the context of the charges laid against him, issued on March 18, 2004, including his out-of-court fees pertaining to the collateral proceedings in the courts of ordinary law including this motion, and that he be paid the amount within 30 days following the transmission of the fees memoranda sent to it by the applicants’ counsel.

2. To declare that an IRB member sitting in the Immigration Appeal Division is not a public servant and that the *Policy on the Indemnification of and Legal Assistance for Crown Servants* is not applicable to him.

3. To declare that an IRB member sitting in the Immigration Appeal Division has the same powers, rights and privileges as a superior court judge on any question relating to his jurisdiction, and consequently is entitled to have the IRB pay the legal costs and fees of his defence when he is charged with committing criminal acts or omissions while performing his duties as an IRB member, even if such charges are laid after his retirement.

4. To order the said Board to act accordingly.

[7] As I indicated at the beginning of my reasons, on December 17, 2004, Noël J. dismissed the appellant’s application for judicial review. In his opinion, the appellant was not entitled to obtain from the IRB payment of the legal costs and fees he would have to incur in defending himself against the charges laid against him. At paragraph 6 of his reasons, the judge summarized as follows the conclusions he had reached:

fonctions et [qu’il avait] raisonnablement satisfait aux attentes » reliées à sa charge (voir l’article 7.2).

[6] Suite à la réception de cette lettre, le demandeur déposait, le 1^{er} juin 2004, une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, recherchant les conclusions suivantes :

1. Déclarer que le demandeur est en droit d’obtenir de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié le paiement des frais et des honoraires de ses procureurs encourus pour assumer sa défense dans le cadre des accusations portées contre lui, émises le 18 mars 2004, y compris ses honoraires extrajudiciaires afférents aux procédures incidentes devant les tribunaux de droit commun incluant la présente requête, et qu’en soit acquitté le montant dans les 30 jours suivant la transmission des notes d’honoraires que lui transmettront les procureurs des demandeurs.

2. Déclarer qu’un commissaire de la CISR siégeant à la Section d’appel de l’immigration n’est pas un fonctionnaire et que la *Politique sur l’indemnisation des fonctionnaires de l’État et sur la prestation de services juridiques à ces derniers* ne s’applique pas à lui.

3. Déclarer qu’un commissaire de la CISR siégeant à la Section d’appel de l’immigration dispose des mêmes pouvoirs, droits et privilèges qu’un juge de la Cour supérieure sur toute question relevant de sa compétence et que, par conséquent, il a droit à ce que l’État assume les coûts de sa défense lorsqu’il est accusé d’avoir commis des actes ou des omissions criminelles alors qu’il exerçait ses fonctions de commissaire à la CISR, même si telles accusations sont portées alors qu’il est à sa retraite.

4. Ordonner à ladite Commission d’agir en conséquence.

[7] Comme je l’indiquais au début de mes motifs, le 17 décembre 2004, le juge Noël rejetait la demande de contrôle judiciaire de l’appelant. À son avis, l’appelant n’était pas en droit d’obtenir de la CISR le paiement des frais et honoraires qu’il aurait à encourir pour se défendre contre les accusations portées contre lui. Au paragraphe 6 de ses motifs, le juge résume comme suit les conclusions auxquelles il en arrive :

For the reasons stated below, the application for declaratory relief is not granted as:

- the judicial independence associated with a court of law is not of the kind conferred on administrative tribunals, as judicial independence is determined by the enabling statute creating them;
- the judicial independence associated with the IRB and its members, including members of the Immigration Appeal Division, does not include an absolute right to have costs and fees paid by the IRB when a retired member is prosecuted for actions which took place while he was performing his duties as member;
- an IRB member is not an employee of the federal government;
- according to the facts and arguments submitted, the Legal Assistance Policy applies to sitting and retired members, so the IRB's decision not to pay the legal costs and fees is upheld in the particular circumstances of this proceeding.

[8] The appeal raises, in my opinion, a number of questions that can be summarized as follows, as the respondent suggests:

1. Did Noël J. err in fact and in law in finding that the appellant was not entitled to obtain indemnification for fees and disbursements incurred for the purpose of defending himself on the criminal charges laid against him?
2. Did Noël J. breach the principles of natural justice?

[9] Before proceeding to a discussion of the first question, I hasten to dispose of the second.

[10] The appellant advances two arguments. First, he submits that the language of the reasons of Noël J. [TRANSLATION] "is imbued with surprising bias toward the appellant and the duties he exercised", adding that his decision [TRANSLATION] "constitutes a denial of fundamental justice." In my opinion, this argument has no merit.

[11] In support of his first argument, the appellant refers to paragraphs 76 and 78 of the reasons for judgment of

Pour les raisons expliquées ci-après, la demande en jugement déclaratoire n'est pas accordée car :

- L'indépendance judiciaire associée au tribunal judiciaire n'est pas celle attribuée aux tribunaux administratifs, celle-ci étant déterminée par la loi habilitante les créant;
- L'indépendance judiciaire associée à la CISR et à ses commissaires, y incluant ceux de la Section d'appel de l'immigration, n'inclut pas un droit absolu à ce que les frais et honoraires soient assumés par la CISR lorsqu'un commissaire à la retraite est poursuivi pour des faits et gestes qui ont eu lieu pendant qu'il assumait ses fonctions de commissaire;
- Un commissaire de la CISR n'est pas un fonctionnaire du gouvernement fédéral;
- Selon les faits et les arguments présentés, la politique concernant les services juridiques s'applique aux commissaires en fonction et ceux à la retraite alors la décision de la CISR de ne pas assumer les frais et honoraires légaux est maintenue compte tenu des circonstances particulières de la présente procédure.

[8] L'appel soulève, à mon avis, plusieurs questions qui peuvent se résumer comme suit, tel que le suggère l'intimé :

1. Le juge Noël a-t-il erré en faits et en droit en concluant que l'appellant n'était pas en droit d'obtenir l'indemnisation des honoraires et des déboursés encourus afin de se défendre des accusations pénales portées contre lui?
2. Le juge Noël a-t-il enfreint les principes de justice naturelle?

[9] Avant de procéder à une discussion de la première question, je m'empresse de disposer de la deuxième.

[10] L'appellant met deux arguments de l'avant. En premier lieu, il soumet que la rédaction des motifs du juge Noël « est empreinte d'un biais surprenant à l'égard de l'appellant et des fonctions qu'il exerçaient », ajoutant que sa décision « constitue un déni de justice fondamentale ». À mon avis, cet argument est dénué de tout mérite.

[11] Au soutien de son premier argument, l'appellant réfère aux paragraphes 76 et 78 des motifs du juge Noël

Noël J. to demonstrate the bias that he says is apparent in the judgment. With respect, I see nothing in these paragraphs or elsewhere in the other paragraphs of the reasons of Noël J. that could support the appellant's allegation. As Mr. Justice Létourneau of this Court said in *Arthur v. Canada (Attorney General)* (2001), 283 N.R. 346, such an allegation:

... cannot be done lightly. It cannot rest on mere suspicion, pure conjecture, insinuations or mere impressions of an applicant or his counsel. It must be supported by material evidence demonstrating conduct that derogates from the standard.

[12] The appellant's second argument on this question is that Noël J. failed to recognize his right to a hearing on the existence of civil and criminal immunity in common law of all holders of quasi-judicial office for acts committed in the course of their duties.

[13] Relying on paragraph 77 of the reasons of Noël J., and more particularly the following passage:

As to the perception that IRB members might have to pay legal costs and fees of prosecutions during their retirement, and consequently their judicial independence would be seriously compromised, a reasonable and informed person would know that there is a Legal Assistance Policy which provides that even in retirement such services are available, provided the prosecution is related to duties and that good faith and honesty are present. In addition, he or she would know the new section 156 of the new Act, providing civil and criminal immunity and immunity from being called to testify, provided the facts giving rise to the prosecution were related to the exercise or purported exercise of the functions of the Immigration Appeal Division members. Such a perception would be difficult to maintain based on the information given above.

the appellant submits that the Judge found significant evidence in the fact that the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the new Act) provides civil and criminal immunity and non-compellability in section 156, while there was no similar provision in the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the old Act), which was in force at the time of the acts with which the

pour démontrer la partialité qui, selon lui, apparaît au jugement. Avec respect, je ne vois rien dans ces paragraphes, ni d'ailleurs dans les autres paragraphes des motifs du juge Noël, qui pourrait soutenir la prétention de l'appelant. Comme le disait le juge Létourneau de cette Cour dans *Arthur c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 223, une telle prétention :

[...] ne peut être faite à la légère. Elle ne peut reposer sur de simples soupçons, de pures conjectures, des insinuations ou encore de simples impressions d'un demandeur ou de son procureur. Elle doit être étayée par des preuves concrètes qui font ressortir un comportement dérogatoire à la norme.

[12] Quant au deuxième argument de l'appelant sur cette question, il est à l'effet que le juge Noël n'a pas respecté son droit d'être entendu concernant l'existence d'une immunité civile et pénale en common law pour tous les titulaires de fonctions quasi-judiciaires pour des actes commis dans le cadre de leurs fonctions.

[13] S'appuyant sur le paragraphe 77 des motifs du juge Noël et, plus particulièrement, sur le passage suivant :

Quant à la perception concernant la possibilité pour les membres de la CISR d'avoir à assumer les frais et honoraires légaux lors de poursuite prise lors de leur retraite et qu'en conséquence, leur indépendance judiciaire serait sérieusement compromise, la personne raisonnable et renseignée saurait qu'il y a une politique concernant les services juridiques qui prévoit que même à la retraite, de tels services sont disponibles en autant que la poursuite est reliée aux fonctions et que l'on y retrouve les éléments de bonne foi et d'honnêteté. En plus, elle connaîtrait la nouvelle clause législative 156 de la nouvelle Loi, accordant l'immunité civile et pénale et l'incontraignabilité à témoigner en autant que les faits à la base de la poursuite étaient reliés à l'exercice effectif ou censé des fonctions de membre de la Section d'appel de l'immigration. Une telle perception serait difficile à maintenir en tenant compte de l'information ci-haut mentionnée.

l'appelant soumet que le juge a conclu à l'existence d'un indice important dans le fait que la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la nouvelle Loi), prévoit une immunité civile et pénale et l'incontraignabilité à son article 156, alors qu'il n'existait aucune disposition semblable sous la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne

appellant is charged. The appellant goes on to submit that there is a well-established common-law principle that the holders of quasi-judicial office enjoy immunity for acts committed in the course of their duties and that section 156 of the new Act [TRANSLATION] “is but the statutory crystallization of this”. Consequently, he argues, the Judge erred in seeing something significant in section 156 of the new Act, adding that the parties had never argued the question of immunity at common law, since they had agreed on the existence of an immunity even under the old Act.

[14] In my opinion, this argument too is without merit. As the respondent points out, it cannot be concluded from the remarks of Noël J. that he was of the opinion that the members of the IRB, before the coming into force of the new Act, did not enjoy immunity under the common law. The Judge made no such finding, but simply noted that the old Act, contrary to the new one, did not provide statutory immunity.

[15] A close reading of the reasons of Noël J. persuades me that he drew no definitive conclusion concerning immunity at common law. Consequently, the Judge did not breach the *audi alteram partem* rule in any way, as the appellant submits.

[16] The major question before us concerns the appellant’s right to be indemnified for the legal costs and fees he will incur in defending himself from the charges against him. The appellant’s thesis, which Noël J. rejected, is that as a member of the Immigration Appeal Division of the IRB, he enjoyed the same powers, rights and privileges as the superior court judges on any question within his jurisdiction and accordingly that he was entitled to have the Crown bear the costs of his defence when charged with crimes committed while he was exercising his duties, even if the charges were laid after his retirement.

[17] More particularly, the appellant relies on the principle of judicial independence and its essential

Loi), qui était en vigueur au moment des actes qui sont reprochés à l’appelant. L’appelant poursuit en soumettant qu’il existe un principe bien établi en common law à l’effet que les titulaires de fonctions quasi judiciaires bénéficient d’une immunité pour les actes commis dans le cadre de leurs fonctions et que l’article 156 de la nouvelle loi « n’en est que la cristallisation législative ». Par conséquent, selon l’appelant, le juge a erré en voyant un indice significatif à l’article 156 de la nouvelle Loi, ajoutant que les parties n’avaient jamais débattu la question d’immunité en common law, puisqu’elles avaient convenu de l’existence d’une immunité même sous l’empire de l’ancienne Loi.

[14] À mon avis, cet argument est aussi sans mérite. Comme le signale l’intimé, l’on ne peut conclure des propos du juge Noël que ce dernier était d’avis que les commissaires de la CISR, avant l’entrée en vigueur de la nouvelle Loi, ne jouissaient pas d’une immunité en vertu de la common law. Le juge n’a rien conclu à ce sujet, mais a tout simplement constaté que l’ancienne Loi, contrairement à la nouvelle, ne prévoyait pas une immunité statutaire.

[15] Une lecture attentive des motifs du juge Noël me convainc que ce dernier n’a tiré aucune conclusion définitive concernant l’immunité en common law. Par conséquent, le juge n’a nullement contrevenu à la règle *audi alteram partem*, comme le soumet l’appelant.

[16] La question principale devant nous concerne le droit de l’appelant d’être indemnisé pour les frais et honoraires qu’il aura à encourir pour se défendre des accusations portées contre lui. La thèse de l’appelant, que le juge Noël a rejetée, est à l’effet qu’en sa qualité de commissaire à la Section d’appel de l’immigration de la CISR, il jouissait des mêmes pouvoirs, droits et privilèges que les juges de cours supérieures sur toute question relevant de sa compétence et, par conséquent, qu’il avait droit à ce que l’État assume les coûts de sa défense lorsque accusé de crimes commis alors qu’il exerçait ses fonctions, même si les accusations étaient portées alors qu’il était à sa retraite.

[17] Plus particulièrement, l’appelant s’appuie sur le principe de l’indépendance judiciaire et ses composantes

components: security of tenure, financial security and institutional independence. He further submits that the notions of security of tenure and financial security include the right to defend oneself and be heard, and consequently the quasi-constitutional right to have the Crown bear his legal costs and fees.

[18] The appellant's thesis rests on the premise that a superior court judge, charged with similar crimes, would have an absolute and unconditional right to have the Crown indemnify him for his legal costs and fees. Although he did not rule on this question, Noël J., at paragraph 72 of his reasons, expressed some doubts concerning the appellant's premise:

There is also the question of whether a superior court judge, enjoying all the powers, rights and privileges of judicial independence, would have his application granted in a similar situation. Certainly, there would be much to consider in arriving at such a conclusion. No evidence in that regard was submitted.

[19] If there is no foundation for this premise, the appellant's thesis collapses and his appeal must consequently be dismissed.

[20] For the purposes of the following discussion, I will assume that the appellant, as a member of the Immigration Appeal Division of the IRB, has the same powers, rights and privileges associated with judicial independence as a judge belonging to a court.

[21] In *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, [2006] 1 F.C.R. 327, Madam Justice Mactavish of the Federal Court recently made an excellent summary of the nature, purpose, object and content of judicial independence. I reproduce, therefore, paragraphs 92-102 of her reasons:

A starting point for this discussion is Article 2.02 of the *Universal Declaration on the Independence of Justice* (reproduced in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*; Chapter 39, Boston, Mass.: Martinus Nijhoff, 1985, at page 450), which states that:

2.02 Judges individually shall be free, and it shall be their duty, to decide matters before them

essentielles, soit l'inamovibilité, la sécurité pécuniaire et l'indépendance institutionnelle. En outre, il soumet que les notions d'inamovibilité et de sécurité financière incluent le droit de se défendre et de se faire entendre et, par conséquent, incluent le droit quasi-constitutionnel à ce que ses frais et honoraires légaux soient assumés par l'État.

[18] La thèse de l'appelant repose sur la prémisse qu'un juge de cour supérieure, accusé de crimes similaires, jouirait d'un droit absolu et inconditionnel à ce que l'État l'indemnise pour ses frais et honoraires. Même s'il ne se prononçait pas sur cette question, le juge Noël, au paragraphe 72 de ses motifs, émettait des doutes concernant la prémisse de l'appelant :

Il est même à se demander si un juge de Cour supérieure bénéficiant de tous les attributs découlant de l'indépendance judiciaire, verrait sa demande accordée dans une situation similaire. Il y a certainement matière à analyser pour en arriver à une conclusion. Aucune preuve ne fut présentée à ce sujet.

[19] Dans la mesure où cette prémisse n'est point fondée, la thèse de l'appelant s'effondre et, par conséquent, son appel doit être rejeté.

[20] Pour les fins de la discussion qui suit, je prendrai pour acquis que l'appelant, en sa qualité de membre de la Section d'appel de l'immigration de la CISR, détient les mêmes pouvoirs, droits et privilèges découlant de l'indépendance judiciaire qu'un juge appartenant à un tribunal judiciaire.

[21] Récemment, dans *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, [2006] 1 R.C.F. 327, la juge Mactavish de la Cour fédérale faisait un excellent résumé de la nature, le but, l'objet et le contenu de l'indépendance judiciaire. Je reproduis donc les paragraphes 92 à 102 de ses motifs :

L'article 2.02 de la *Déclaration universelle sur l'Indépendance de la Justice* (dont on trouve le texte anglais dans S. Shetreet et J. Deschênes, éditeurs, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, chapitre 40 Boston (Mass.), Martinus Nijhoff, 1985, 447, à la page 465), nous offre un bon point de départ pour cette analyse :

2.02 Le juge est libre et tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité, selon son

impartially, in accordance with their assessment of the facts and their understanding of the law without any restrictions, influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

Judicial independence in Canada finds its origins in unwritten constitutional principles, whose origins can be traced to *The Act of Settlement, 1700* [(U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2]; *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraph 83 [hereinafter *P.E.I. Judges Reference*]. These principles find textual recognition and affirmation in the preamble to the *Constitution Act, 1867*, in the judicature provisions of that same instrument (sections 96 to 101), and in paragraph 11(d) of the Charter which provides, in part, that:

11. Any person charged with an offence has the right

[. . .]

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

In *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at page 69, the Supreme Court of Canada stated that:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision.

(See also *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, per Le Dain J., at page 685.)

In *Gratton*, at page 782, Justice Strayer echoed this sentiment, noting that “it is equally important to remember that protections for judicial tenure were ‘not created for the benefit of the judges, but for the benefit of the judged’”.

That is, the purpose of judicial independence is not to confer on judges a special position of privilege, but rather to ensure that those appearing before Canadian judges can have confidence in the impartiality of those judging them.

interprétation des faits et de la loi, sans être soumis à des restrictions, des influences, des incitations, des pressions, des menaces ou des ingérences, directes ou indirectes, de quelque origine que ce soit.

L'indépendance de la magistrature au Canada trouve son origine dans des principes constitutionnels non écrits, qui remontent à *The Act of Settlement, 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2]; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 83 [ci-après *Renvoi relatif aux juges de l'I.P.É.*]. Ces principes sont reconnus et confirmés par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ses dispositions relatives à la magistrature et à l'organisation judiciaire (articles 96 à 101), ainsi que par l'alinéa 11 d) de la Charte, qui prévoit :

11. Tout inculpé a le droit :

[. . .]

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

La Cour suprême du Canada formulait les observations suivantes dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la page 69 :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.

(Voir aussi *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge Le Dain, à la page 685.)

Le juge Strayer a fait écho à cette opinion à la page 782 de la décision *Gratton* : « il importe tout autant de se rappeler que la protection de l'inamovibilité [TRADUCTION] “vise à profiter non pas aux juges mais bien aux justiciables” » .

C'est donc dire que l'objet de l'indépendance de la magistrature n'est pas de conférer un privilège aux juges canadiens, mais plutôt de faire en sorte que ceux qui comparaissent devant eux puissent avoir confiance en leur impartialité.

Judicial independence has both an individual and an institutional dimension, each of which depends on there being objective conditions or guarantees to ensure the judiciary's freedom from interference from any other entity: *Ell v. Alberta*, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 18.

Because the goal of judicial independence is the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary, judges must not only be independent in reality: they must also be seen to be independent. Thus, in determining whether a judge enjoys the necessary objective conditions or guarantees of judicial independence, the question to be asked is "what would an informed person, viewing the matter realistically, and practically—and having thought the matter through—conclud[e]?" (See *Valente*, at pages 684 and 689).

In answering this question in the circumstances of this case, it is also necessary to have regard to what the courts have had to say about the content of judicial independence.

The Supreme Court of Canada has determined that there are three essential conditions of judicial independence: security of tenure, financial security and institutional independence with respect to administrative matters bearing on the exercise of judicial functions: *Valente*, at pages 694, 704 and 708. See also *P.E.I. Judges Reference*, at paragraph 115.

These conditions are not exhaustive, however, and it has long been recognized that the scope of the constitutional guarantee of judicial independence, as it relates to the independence of individual judges, extends beyond matters that might lead directly to the removal of the judge. Judicial independence can also require that judges be insulated from external influences that could potentially be seen to undermine their ability to adjudicate impartially.

By way of example, in the *P.E.I. Judges Reference*, at paragraph 226, the Supreme Court found that a provision in the *Alberta Provincial Court Judges Act* [S.A. 1981, c. P-20.1] that allowed for the Attorney General of Alberta to determine where a given judge had to reside, even after the judge's appointment, created the reasonable apprehension that the power could be used to punish judges whose decisions did not please the government of the day, or alternatively, to benefit judges whose decisions favoured the government. As a result, this provision was determined to violate the administrative independence of the Alberta Provincial Court.

[22] I would complement the summary by Mactavish J. with the comments of Sir Guy Green, Chief Justice of

L'indépendance judiciaire comporte à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle, dont chacune dépend de l'existence de conditions ou de garanties objectives propres à assurer à la magistrature la liberté d'agir sans ingérence de quelque autre entité que ce soit : *Ell c. Alberta*, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 18.

Comme le but de l'indépendance de la magistrature est le maintien de la confiance du public en l'impartialité du pouvoir judiciaire, il ne suffit pas que les juges soient indépendants dans les faits : il faut aussi qu'ils soient perçus ainsi. Par conséquent, pour établir si un juge jouit des conditions ou des garanties objectives nécessaires à son indépendance, il faut se demander : « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? » (voir *Valente*, aux pages 684 et 689).

Pour répondre à cette question dans la présente espèce, il faut aussi tenir compte de ce que les tribunaux ont pu dire sur le contenu de l'indépendance de la magistrature.

La Cour suprême du Canada a établi que l'indépendance judiciaire dépend de trois conditions essentielles : l'inamovibilité, la sécurité pécuniaire, et l'indépendance institutionnelle pour ce qui concerne les questions administratives liées à l'exercice des fonctions judiciaires : *Valente*, aux pages 694, 704 et 708; voir aussi *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, au paragraphe 115.

Cette liste de conditions n'est cependant pas exhaustive, et il est depuis longtemps établi que la portée de la garantie constitutionnelle de l'indépendance judiciaire, pour ce qui concerne les juges pris individuellement, s'étend au-delà des questions qui pourraient conduire directement à leur révocation. L'indépendance judiciaire peut également exiger que les juges soient protégés contre les influences extérieures risquant d'être considérées comme nuisibles à leur aptitude à statuer de manière impartiale.

Par exemple, la Cour suprême du Canada a conclu, au paragraphe 26 du *Renvoi relatif aux juges de l'Î.-P.-É.*, qu'une disposition de la *Provincial Court Judges Act* [S.A. 1987, ch. P-20.1] de l'Alberta qui autorisait le procureur général de cette province à décider du lieu de résidence d'un juge donné, même après sa nomination, faisait raisonnablement craindre que ce pouvoir puisse servir à punir les juges dont les décisions ne plairaient pas au gouvernement ou, inversement, à récompenser ceux dont les décisions lui seraient favorables. La Cour suprême a en conséquence statué que cette disposition portait atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Alberta.

[22] Je compléterais le résumé de la juge Mactavish par les propos exprimés par Sir Guy Green, juge en chef

the State of Tasmania, Australia [Supreme Court], which are reported in an article entitled “The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence” (1985), 59 *A.L.J.* 135, at page 135, where he explained the principle of judicial independence in the following words:

I thus define judicial independence as the capacity of the courts to perform their constitutional function free from actual or apparent interference by, and to the extent that it is constitutionally possible, free from actual or apparent dependence upon any person or institutions, including, in particular, the executive arm of government, over which they do not exercise direct control.

[23] It is clear from the foregoing that the purpose behind the principle of judicial independence is to enable judges to hear and determine, in complete freedom, the cases that are before them. Consequently, the principle of judicial independence will constitute a barrier against any external constraint tending to influence the judge in the performance of his or her duties.

[24] Integral to judicial independence is the immunity conferred on superior court judges in regard to any legal proceeding resulting from decisions or actions taken in the context of their duties. In *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776, the English Court of Appeal considered this question and, at pages 781, 782, 784 and 785, Lord Denning M.R. formulated the principle of judicial immunity in the following words:

Ever since the year 1613, if not before, it has been accepted in our law that no action is maintainable against a judge for anything said or done by him in the exercise of a jurisdiction which belongs to him. The words which he speaks are protected by an absolute privilege. The orders which he gives, and the sentences which he imposes, cannot be made the subject of civil proceedings against him. No matter that the judge was under some gross error or ignorance, or was actuated by envy, hatred and malice, and all uncharitableness, he is not liable to an action. The remedy of the party aggrieved is to appeal to a court of appeal or to apply for habeas corpus, or a writ of error or certiorari, or take some such step to reverse his ruling. Of course, if the judge has accepted bribes or been in the least degree corrupt, or has perverted the course of justice, he can be punished in the criminal courts. That

de [la Cour suprême] de l'état de Tasmanie en Australie, qui sont rapportés dans un article intitulé « The Rationale and Some Aspects of Judicial Independence » (1985), 59 *A.L.J.* 135, à la page 135, où il expliquait le principe de l'indépendance judiciaire dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Je définis donc l'indépendance judiciaire comme la capacité des tribunaux d'exercer leurs fonctions constitutionnelles à l'abri de toute intervention réelle ou apparente de la part de toutes personnes ou institutions sur lesquelles ils n'exercent pas un contrôle direct, y compris, notamment, l'organe exécutif du gouvernement, et dans la mesure où cela est constitutionnellement possible en étant exempts de toute dépendance réelle ou apparente vis-à-vis de celles-ci.

[23] Il ressort clairement de ce qui précède, que le principe de l'indépendance judiciaire a pour but de permettre aux juges d'entendre et de décider, en toute liberté, les causes devant eux. Par conséquent, le principe de l'indépendance judiciaire constituera une barrière contre toute contrainte extérieure visant à influencer le juge dans l'exécution de ses fonctions.

[24] Faisant partie intégrante de l'indépendance judiciaire est l'immunité conférée aux juges de cours supérieures à l'égard de toute poursuite résultant de décisions ou d'actes posés dans le cadre de leur fonctions. Dans *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776, la Cour d'appel d'Angleterre se penchait sur cette question et, aux pages 781, 782, 784 et 785, lord Denning M.R. formulait le principe de l'immunité judiciaire dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Depuis l'an 1613, si ce n'est plus tôt, il est de droit constant qu'on ne peut pas poursuivre un juge pour ce qu'il a dit ou pour ce qu'il a fait dans l'exercice de sa charge. Il jouit d'un privilège absolu quant aux paroles qu'il prononce. On ne peut pas le poursuivre au civil pour les ordonnances qu'il a décernées ni pour les sentences qu'il a imposées. Quelle que soit l'ampleur de l'erreur commise ou de l'ignorance manifestée, et indépendamment du fait qu'il ait agi par envie, haine ou malveillance, ou en faisant preuve d'un manque complet d'humanité, il ne peut être poursuivi. La partie lésée doit s'adresser à une cour d'appel ou procéder par *habeas corpus*, par recours pour cause d'erreur ou au moyen d'un *certiorari*, ou prendre quelque autre moyen pour faire annuler la décision. Il est évident que, si le juge a accepté des pots-de-vin ou qu'il ait été le moins corrompu, ou qu'il

apart, however, a judge is not liable to an action for damages. The reason is not because the judge has any privilege to make mistakes or to do wrong. It is so that he should be able to do his duty with complete independence and free from fear.

...

What is the test on which the judges of the superior courts are thus immune from liability for damages even though they are acting without jurisdiction? Several expressions are to be found. A judge of a superior court is not liable for anything done by him while he is 'acting as a judge', or 'doing a judicial act' or 'acting judicially' or 'in the execution of his office' or 'quatenus a judge'. What do all these mean? They are much wider than the expression 'when he is acting within his jurisdiction'. I think each of the expressions means that a judge of a superior court is protected when he is acting in the bona fide exercise of his office and under the belief that he has jurisdiction, though he may be mistaken in that belief and may not in truth have any jurisdiction.

...

Each [judge] should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: 'If I do this, shall I be liable in damages?' So long as he does his work in the honest belief it to be within his jurisdiction—in fact or in law—but so long as he honestly believes it to be within his jurisdiction, he should not be liable. Once he honestly entertains this belief, nothing else will make him liable. He is not to be plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind. Actions based on such allegations have been struck out and will continue to be struck out. Nothing will make him liable except it be shown that he was not acting judicially, knowing that he had no jurisdiction to do it. [Underlining added.]

[25] In *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, this Court, *per* Sexton J.A., at paragraph 28 of his reasons, justified the principle of judicial immunity as follows:

ait détourné la justice de son cours, il peut être poursuivi au criminel et puni. Cela mis à part, un juge ne peut pas être poursuivi en dommages-intérêts. La raison n'en est pas qu'il possède le privilège de faire des erreurs ou de causer un préjudice, mais plutôt qu'il doit être capable de s'acquitter des obligations de sa charge en toute indépendance et sans craindre quoi que ce soit.

[...]

Quel est donc le critère à appliquer pour établir que les juges des cours supérieures bénéficient de l'immunité contre toute responsabilité en dommages-intérêts même lorsqu'ils agissent sans compétence? Il s'exprime de plusieurs façons. Les juges des cours supérieures ne peuvent être tenus responsables des actes qu'ils accomplissent « en leur qualité de de juges, « judiciairement », « dans l'exercice de leurs fonctions » ou « dans la mesure où ils agissent comme juges », ni de leurs « actes judiciaires ». Quelle est la signification de toutes ces expressions? Elles ont une portée plus large que l'expression « lorsqu'ils agissent dans les limites de leur compétence ». Je pense que chacune d'elles signifie que les juges des cours supérieures sont protégés lorsqu'ils exercent leurs fonctions de bonne foi et qu'ils croient avoir compétence.

[...]

Tout juge doit être à l'abri de toute action en responsabilité lorsqu'il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l'abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? » Pour autant qu'il exerce ses fonctions de bonne foi et sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il est à l'abri de toute poursuite. Il peut commettre une erreur sur les faits, il peut ne pas connaître le droit, ce qu'il fait peut être hors de sa compétence, en fait ou en droit, mais pour autant qu'il est sincèrement convaincu d'agir dans les limites de sa compétence, il ne doit pas être recherché en responsabilité. Dès qu'il en est sincèrement convaincu, rien d'autre ne peut le rendre sujet à poursuite. Il ne peut être inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d'autre chose de semblable. On a déjà radié des actions fondées sur ces allégations et on continuera de le faire. Rien ne peut le rendre sujet à des poursuites sauf la démonstration qu'il n'exerçait pas une fonction judiciaire, en sachant qu'il n'avait pas la compétence d'agir. [Le souligné est le mien.]

[25] Dans *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, notre Cour, sous la plume du juge Sexton, justifiait, au paragraphe 28 de ses motifs, le principe de l'immunité judiciaire comme suit :

Finally, the most serious consequence of permitting judges to be sued for their decisions is that judicial independence would be severely compromised. If judges recognized that they could be brought to account for their decisions, their decisions might not be based on a dispassionate appreciation of the facts and law related to the dispute. Rather, they might be tempered by thoughts of which party would be more likely to bring an action if they were disappointed by the result, or by thoughts of whether a ground-breaking but just approach to a difficult legal problem might be later impugned in an action for damages against that judge, all of which would be raised by the mere threat of litigation. In Lord Denning's words [in *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.)], a judge would turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: "If I do this, shall I be liable in damages?"

[26] At paragraph 30 *et seq.* of his reasons, Sexton J.A. addresses the "bad faith" exception to judicial immunity, i.e. whether such immunity is not absolute. He recalls the words of Lord Denning in *Sirros*, at page 785, where the Master of the Rolls stated that the judge was immune from liability to damages so long as he has acted in good faith and in the sincere conviction that he has acted within his jurisdiction. Sexton J.A., after reviewing the Canadian authorities on this point and, in particular, the decision of the Supreme Court of Canada in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, and the decisions of the Quebec Court of Appeal in *Royer v. Mignault* (1998), 50 D.L.R. (4th) 345 (Que. C.A.) leave to appeal to the Supreme Court refused, [1988] 1 S.C.R. xiii, and *Proulx v. Quebec (Attorney General)* (1997), 145 D.L.R. (4th) 394 (Que. C.A.), in which the Court of Appeal adopted the bad faith exception formulated by Lord Denning in *Sirros*, concluded as follows at paragraph 41:

While it cannot be said that the Supreme Court of Canada has definitively decided the point, I am inclined to accept the proposition that Lord Denning's exception to judicial immunity is good law in Canada: that is, judicial immunity does not apply where it is shown that a judge knowingly acts beyond his jurisdiction.

[27] It is interesting to note that section 156 of the new Act is in the same vein as Mr. Justice Sexton's conclusion. This provision reads as follows:

156. The following rules apply to the Chairperson and the members in respect of the exercise or purported exercise of

Finalement, la conséquence la plus grave d'autoriser les poursuites contre les juges suite à leurs décisions est que l'indépendance judiciaire serait sérieusement battue en brèche. Si les juges savaient qu'on peut les poursuivre suite à leurs décisions, celles-ci ne seraient peut-être pas fondées sur un examen objectif des faits et du droit en cause. Elles pourraient plutôt être influencées par la réalisation que l'une des parties serait plus disposée que l'autre à engager une poursuite si elle était déçue du résultat, ou par l'idée qu'une approche juste, mais innovatrice, à un problème juridique difficile pourrait être contestée par la suite dans une poursuite en dommages-intérêts contre le juge. Tout cela à cause d'une simple menace de procès. Comme le dit lord Denning [dans *Sirros v. Moore*, [1974] 3 All ER 776 (C.A.)], un juge devrait [TRADUCTION] « feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant : "Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité?" ».

[26] Aux paragraphes 30 et suivants de ses motifs, le juge Sexton s'adresse à l'exception « de mauvaise foi » à l'immunité judiciaire, i.e. à savoir que cette immunité n'est pas absolue. Il rappelle les propos de lord Denning dans *Sirros*, à la page 785, où ce dernier indiquait que le juge était à l'abri de toute poursuite dans la mesure où il avait agi de bonne foi et était sincèrement convaincu qu'il avait agi à l'intérieur de sa compétence. Après une revue des autorités canadiennes sur ce point et, en particulier, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, et les décisions de la Cour d'appel du Québec dans *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême refusée [1988] 1 R.C.S. xiii, et *Proulx c. Québec (Procureur général)*, [1997] R.J.Q. 419 (C.A.), où la Cour d'appel entérinait l'exception de mauvaise foi formulée par lord Denning dans *Sirros*, le juge Sexton concluait comme suit au paragraphe 41 :

Bien qu'on ne puisse dire que la Cour suprême du Canada a tranché la question de façon définitive, je crois qu'il y a lieu d'accepter que l'exception du juge Denning à l'immunité judiciaire fait partie du droit canadien, savoir que l'immunité judiciaire ne joue pas lorsqu'on peut démontrer qu'un juge a agi hors de sa compétence en toute connaissance de cause.

[27] Il est intéressant de noter que l'article 156 de la nouvelle Loi est au même sens que la conclusion du juge Sexton. Cette disposition se lit comme suit :

156. Dans l'exercice effectif ou censé tel de leurs fonctions, le président et les commissaires bénéficient de

their functions under this Act:

- (a) No criminal or civil proceedings lie against them for anything done or omitted to be done in good faith; and
- (b) They are not competent or compellable to appear as a witness in any civil proceedings.

[28] In the case at bar, the appellant does not contend that he is entitled to judicial immunity in regard to the criminal prosecution that has been brought against him. In my opinion, there would be no merit whatsoever to any such claim. As Lord Denning stated in *Sirros*, at page 782: “Of course, if the judge has accepted bribes or been in the least degree corrupt, or has perverted the course of justice, he can be punished in the criminal courts.”

[29] Professor Friedland, in *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*, May 1995, a report prepared for the Canadian Judicial Council, strongly agrees. At page 37, he states:

What if the wrongful action is related to the judge’s judicial duty? Obviously there can be no immunity for, say, soliciting or accepting bribes. Some of the U.S. federal cases mentioned above involved such conduct. But if the charge is false imprisonment or assault relating to a judicial action, the answer should be different. One should not permit a person to do through the criminal process what cannot be done through a civil suit. The tests, such as that proposed by Denning for civil liability (absolute liability if the judge is “acting in the bona fide exercise of his office and under the belief that he has jurisdiction”) should be equally applicable to criminal liability. Again, there is the question of whether legislation can make the judge criminally liable. In the U.S., it is clear that Congress has this power. In an 1880 U.S. Supreme Court case, it was held that a federal statute making it a misdemeanour with a \$5,000 fine for a judge to breach a civil rights statute relating to the selection of jurors was constitutional. It is far less clear that the Supreme Court of Canada would arrive at the same result. [Underlining added.]

[30] In the same vein are the remarks by Abimbola A. Olowofoyeku in *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity* (Oxford: Clarendon Press, 1993), at pages 76-77:

l’immunité civile et pénale pour les faits—actes ou omissions—accomplis et des énonciations faites de bonne foi et ne sont, au civil, ni habiles à témoigner ni contraignables.

[28] Dans la présente affaire, l’appelant ne prétend nullement qu’il a droit de bénéficier de l’immunité judiciaire à l’égard de la poursuite pénale qui a été engagée contre lui. À mon avis, une telle prétention serait dénuée de tout mérite. Comme le disait lord Denning dans *Sirros*, à la page 782 : « Il est évident que, si le juge a accepté des pots-de-vin ou qu’il ait été le moindrement corrompu, ou qu’il ait détourné la justice de son cours, il peut être poursuivi au criminel et puni ».

[29] Le professeur Friedland, dans *Une place à part : l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, mai 1995, rapport préparé pour le Conseil canadien de la magistrature, abonde dans le même sens. À la page 42, il affirme ce qui suit :

Que se passe-t-il si l’acte répréhensible fait partie des fonctions judiciaires du juge? À l’évidence, il ne saurait y avoir immunité pour le juge qui demande ou accepte un pot-de-vin. Tel est le cas de certaines des causes fédérales américaines susmentionnées. Mais si le chef d’accusation est la séquestration ou les voies de fait dans le contexte de mesures judiciaires, la réponse ne devrait pas être la même. Il ne faut pas que le plaignant puisse obtenir par le processus pénal ce qu’il ne peut faire au moyen d’une action civile. Les critères, tel celui que formule Lord Denning pour la responsabilité civile (immunité absolue si le juge « agit dans l’exercice légitime de ses fonctions et dans la croyance qu’il a compétence »), devraient s’appliquer au même titre à la responsabilité pénale. À cet égard encore, se pose la question de savoir si le législateur peut instituer la responsabilité pénale des juges. Aux États-Unis, le Congrès a indiscutablement ce pouvoir. Dans une cause jugée en 1880, la Cour suprême des États-Unis a conclu à la validité constitutionnelle d’une loi fédérale qui faisait de la violation par un juge d’une loi sur les libertés publiques en matière de sélection de jurés un délit punissable d’une amende de 5 000\$. Il n’est pas sûr que la Cour suprême du Canada parviendrait à la même conclusion. [Le souligné est le mien.]

[30] Au même sens, l’on retrouve les propos de Abimbola A. Olowofoyeku dans *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*, Clarendon Press, Oxford, 1993, aux pages 76 et 77, où l’auteur s’exprime comme suit :

It is clear from some of the cases discussed above, however, that the immunity of judges from criminal liability is not total. In this respect the law of England is the same as that of the USA. Excepting the general principles of immunity discussed above, any judicial officer who violates the criminal law would be as liable therefore as any other private person. According to Woodhouse J. of the New Zealand Court of Appeal, "a judge can, of course, be made to answer, and in a proper case, pay dearly, for any criminal misconduct. Like any other citizen criminal proceedings may be brought against him." This is because "criminal conduct is not part of the necessary functions performed by public official". Thus a judge who commits theft, assault, or murder, for example, should not, and would not be able to, claim judicial immunity, since these would have nothing to do with his office as a judge. However, even in cases where the offence is connected with a judicial function, e.g. receiving bribes or committing some other fraudulent or corrupt act, immunity will still not be available. Although conviction of judges for such crimes is virtually unheard of in England, there are *dicta*. But cases of such liability abound in the USA. The defence of judicial immunity from indictment was rightly rejected in both *Braatelein v. United States* and *United States v. Hastings* (above). The law on immunity from criminal liability was aptly summed up by White J. of the US Supreme Court in *O'Shea v. Littleton*,

We have never held that the performance of the duties of judicial . . . officers requires or contemplates the immunization of otherwise criminal deprivations of constitutional rights . . . on the contrary the judicially fashioned doctrine of official immunity does not reach so far as to immunize criminal conduct proscribed by an Act of Congress.

A principle similar to this would probably apply (with appropriate modifications) in most common-law jurisdictions. [Underlining added.]

[31] It is clear from these authorities that the appellant is unable to invoke judicial immunity from the charges now weighing against him. However, he claims he is entitled to obtain payment of the legal costs and fees that he will have to bear in defending himself. In support of this proposition, the appellant refers us to two decisions, *Hamann c. Québec (Ministre de la Justice)*, [2001] J.Q. No. 2046 (C.A.) (QL), and *Fortin c. Procureur général*

[TRADUCTION] Cependant, il ressort clairement d'une partie des causes analysées ci-dessus que les juges ne jouissent pas d'une immunité totale sur le plan de la responsabilité criminelle. Sur ce point, le droit de l'Angleterre et le droit des États-Unis sont identiques. Sauf pour ce qui est des principes généraux de l'immunité qui ont été analysés ci-dessus, tout officier de justice qui viole le droit criminel serait pas conséquent tout aussi justifiable que n'importe quel individu à titre privé. Selon le juge Woodhouse de la cour d'appel de la Nouvelle-Zélande, [TRADUCTION] « un juge peut évidemment être tenu de répondre à des accusations et, le cas échéant, de payer chèrement son inconduite criminelle. Comme tout autre citoyen, il peut être poursuivi au criminel. » Il est ainsi parce que [TRADUCTION] « la conduite criminelle ne fait pas partie des fonctions essentielles des agents de l'État ». Par conséquent, le juge qui volerait, commettrait une agression ou un meurtre, par exemple, ne devrait pas et ne pourrait pas se réclamer de l'immunité de la magistrature étant donné que ces actes sont sans rapport avec sa charge. Cependant, même dans les cas où la faute est liée avec sa fonction de juge, par exemple recevoir un pot-de-vin ou perpétrer tout autre acte frauduleux ou de corruption, il ne pourra pas davantage se réclamer de l'immunité. Bien que les déclarations de culpabilité de juges soient pratiquement inexistantes en Angleterre, quelques opinions incidentes ont été avancées. Mais ce genre de cas abondent aux États-Unis. La défense d'immunité opposée à la mise en accusation a été à bon droit rejetée tant dans *Braatelein v. United States* que dans *United States v. Hastings* (précités). Dans l'affaire *O'Shea v. Littleton*, le juge White de la Cour suprême des États-Unis a très bien résumé le droit sur cette question de l'immunité :

[TRADUCTION] Nous s'avons jamais affirmé que les fonctions judiciaires [. . .] exigent l'immunité pour ce qui serait autrement une privation criminelle de droits constitutionnels [. . .] au contraire, la notion d'immunité qui se dégage de la jurisprudence ne va pas jusqu'à servir de défense pour une conduite criminelle proscrire par une loi du Congrès.

Un principe similaire s'appliquerait probablement (avec les modifications nécessaires) dans la plupart des pays de common law. [Le souligné est le mien.]

[31] Il est clair de ces autorités que l'appelant ne peut invoquer l'immunité judiciaire à l'encontre des accusations portées contre lui. Il prétend néanmoins qu'il est en droit d'obtenir le paiement des frais et honoraires légaux qu'il devra assumer pour se défendre. Au soutien de cette proposition, l'appelant nous réfère à deux décisions, soit *Hamann c. Québec (Ministre de la Justice)*, [2001] J.Q. n° 2046 (C.A.) (QL) et *Fortin c.*

du Québec, [2003] R.J.Q. 1323 (Sup.Ct.).

[32] At paragraph 69 of his reasons, Noël J. disposed of this argument as follows:

Before concluding, it is worth noting that it was argued that *Hamann* and *Fortin*, supported the argument that the legal costs and fees should have been borne by the IRB. However, the facts in those two cases involved judges in the context of a removal. In the case at bar, the member did not have the status of a judge and was not involved in a removal proceeding. Further, as noted earlier, members are subject to a Legal Assistance Policy. Accordingly, those two cases cannot be of any assistance here.

[33] In my opinion, Noël J. was not wrong in concluding that neither *Hamann* nor *Fortin* supported the appellant's contention. In those cases the judges, both municipal court judges, were the subjects of complaints filed with the Conseil de la magistrature du Québec. The issue was whether the judges were entitled to obtain payment by the Quebec Minister of Justice of their out-of-court fees in their defence before the Conseil. In both cases, criminal proceedings had been taken against the judges—in *Hamann* for obstructing justice (subsection 139(2) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46]) and in *Fortin* for driving a motor vehicle with a blood-alcohol level exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood (paragraph 253(b) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 59] and section 251 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 36; (4th Supp.), c. 32, s. 58] of the *Criminal Code*). Although it is not apparent from the *Hamann* and *Fortin* decisions, it does not seem that the judges asked the Minister of Justice to defray the costs of their defence in the criminal courts.

[34] In *Hamann*, relying, *inter alia*, on the Supreme Court of Canada decision in *Valente v. The Queen et al.*, [1985] 2 S.C.R. 673, the Quebec Court of Appeal ruled as follows at paragraphs 12-15 of its reasons:

Procureur général du Québec, [2003] R.J.Q. n° 1323 (C.S.).

[32] Au paragraphe 69 de ses motifs, le juge Noël a disposé cet argument comme suit :

Avant de terminer, il est important de constater qu'on a prétendu que les arrêts *Hamann* et *Fortin*, appuyaient l'argument à l'effet que les frais et honoraires légaux devaient être assumés par la CISR. Cependant, les faits à la base de ces arrêts impliquent des juges dans le cadre d'une révocation. Dans notre cas, le commissaire n'a pas le statut de juge et il n'est pas impliqué dans une procédure de révocation. En plus, tel que noté préalablement, les commissaires sont assujettis à une politique concernant les services juridiques. Ces deux arrêts ne peuvent donc pas être utiles pour les fins de la présente.

[33] À mon avis, le juge Noël n'a pas eu tort de conclure que ni l'arrêt *Hamann*, ni l'arrêt *Fortin* n'appuyaient la prétention de l'appelant. Dans ces affaires, les juges, tous les deux juges de cours municipales, faisaient l'objet de plaintes logées devant le Conseil de la magistrature du Québec. La question était de savoir si les juges étaient en droit d'obtenir du ministre de la Justice du Québec le paiement des honoraires extra-judiciaires qu'ils auraient à encourir pour se défendre devant le Conseil de la magistrature. Dans les deux affaires, des procédures criminelles avaient été engagées contre les juges, à savoir, dans l'affaire *Hamann*, d'avoir entravé le cours de la justice (paragraphe 139(2) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46]) et, dans l'affaire *Fortin*, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son taux d'alcool était supérieur à 80 mg d'alcool par 100 ml de sang (alinéa 253b) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 59] et article 251 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 36; (4^e suppl.), ch. 32, art. 58] du *Code criminel*). Même si cela n'est pas apparent des décisions *Hamann* et *Fortin*, il ne semble pas que les juges aient demandé au ministre de la Justice de défrayer les coûts de leur défense devant les tribunaux de juridiction criminelle.

[34] Dans l'arrêt *Hamann*, s'appuyant, *inter alia*, sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Valente c. La Reine et autres*, [1985] 2 R.C.S. 673, la Cour d'appel du Québec se prononçait comme suit aux paragraphes 12 à 15 de ses motifs :

[TRANSLATION] The appellant argues that the Minister of Justice's refusal to bear the respondent's counsel fees does not infringe the principle of judicial independence since it does not affect the three essential components of that concept, security of tenure and financial security of the judges and institutional and administrative autonomy. The Court, like the trial judge, is of the contrary opinion. The Supreme Court, in *Valente v. The Queen*, clearly states that the rule of security of tenure means:

"... that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard."

The Court is of the opinion that the right to be heard necessarily includes the right to be assisted by counsel.

In the case at bar, it is obvious that dismissal is a possible ultimate punishment for the actions charged against the respondent who, moreover, like any other person, had the benefit of the presumption of innocence at the time the complaints were laid. The principle of security of tenure is therefore directly at issue in this case, as is the concept of the respondent's financial security, in his capacity as a judge, since the out-of-court fees he may incur would in all likelihood exceed his income as a part-time municipal judge, a situation that is peculiar to this case.

Incidentally, in this case the Court is also of the opinion that it would be unreasonable, pursuant to these concepts, that a judge could be obliged to defend himself at his own expense against an unscreened complaint in the nature of the one made by the Club juridique. [Emphasis added.]

[35] In *Fortin*, Lemelin J. of the Superior Court of Quebec, at paragraphs 31-33 of his reasons, expressed full agreement with the Court of Appeal in *Hamann*:

[TRANSLATION] Viewed from this standpoint, the one that should be adopted, in the Court's opinion, the Court sees no valid reason to suppress or reduce the objective constitutional guarantees of Judge Fortin. He continues to have the right to defend his office without having his judicial independence compromised. If he had to bear the costs of his defence, there is a risk that he could not do so for financial reasons or that he would choose to resign. His independence would then have been compromised by the Minister's refusal to pay the fees of his counsel.

No one should be able easily or conveniently to obtain the dismissal or sanction of a judge. That is the very essence of

La partie appelante plaide que le refus du ministre de la Justice d'assumer les honoraires des avocats de l'intimé ne porte pas atteinte au principe de l'indépendance judiciaire puisqu'il n'affecte nullement les trois composantes essentielles de ce concept, soit l'inamovibilité et la sécurité financière des juges et l'autonomie institutionnelle et administrative. La Cour est d'avis contraire, comme la juge de première instance. La Cour suprême, dans l'arrêt-clé *Valente c. La Reine*, énonce clairement que la règle de l'inamovibilité signifie :

«... que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre.»

La Cour est d'avis que le droit de se faire entendre inclut nécessairement le droit d'être assisté par avocat.

En l'espèce, il est évident que la révocation est une sanction ultime possible des gestes reprochés à l'intimé qui, par ailleurs, bénéficiait comme toute autre personne de la présomption d'innocence au moment où les plaintes sont portées. Le principe de l'inamovibilité est donc directement en cause en l'espèce, de même d'ailleurs que le concept de la sécurité financière de l'intimé, en sa qualité de juge, puisque les honoraires extrajudiciaires qu'il est susceptible d'encourir excéderaient, en toute probabilité, ses revenus de juge municipal à temps partiel, situation particulière au présent dossier.

De façon accessoire, dans le présent dossier, la Cour est également d'avis qu'il serait déraisonnable en vertu des mêmes concepts, qu'un juge puisse être obligé de se défendre à ses frais contre une plainte non tamisée de la nature de celle adressée par le Club juridique. [Soulignement ajouté.]

[35] Dans *Fortin*, le juge Lemelin de la Cour supérieure du Québec, aux paragraphes 31 à 33 de ses motifs, abondait dans le même sens que la Cour d'appel dans *Hamann* :

Vu dans cette perspective, et le Tribunal est d'avis que c'est celle qu'il doit adopter, le Tribunal ne voit aucun motif valable de supprimer ou de réduire des garanties constitutionnelles objectives du juge Fortin. Il continue d'avoir le droit de défendre sa fonction sans que son indépendance judiciaire en soit compromise. S'il doit supporter les coûts de cette défense, il existe un risque qu'il ne s'y engage pas pour des raisons financières ou qu'il choisisse de démissionner. Son indépendance aurait alors été compromise par le refus du ministre de payer les honoraires de ses avocats.

Obtenir la destitution d'un juge ou qu'une sanction lui soit imposée ne doit pas devenir un exercice commode ou facile

the security of tenure of the judge's position. For that reason, the judicial system must provide Judge Fortin with reasonable resources to defend his position, not so much in his own interest but in order to avoid an infringement of the security of tenure of the position.

The termination of the contract for services that the Minister gave Judge Fortin's counsel after he had been convicted may be perceived as an interference of the executive and in particular as an indication that the Minister of Justice is of the opinion that Judge Fortin no longer has the constitutional protections and privileges that pertain to his office. That would amount to the Minister substituting his own decision for the decision that the Conseil alone has the duty to render on the complaint that it will hear. [Emphasis added.]

[36] There can be no doubt, as the Quebec Court of Appeal and Superior Court found, that the principle of judicial independence requires, in the context of a judge's dismissal proceeding, that the judge be entitled to the payment of his out-of-court fees he will have to incur in defending himself. As Lemelin J. says so well, in *Fortin*, the judge must have [TRANSLATION] "reasonable resources to defend his position." However, in the instant case, the appellant is charged with soliciting and accepting money in exchange for favourable decisions. Consequently, the sole purpose of the trial he will have to undergo is to determine his guilt on those charges. Those proceedings do not challenge the notion of security of tenure, an essential component of judicial independence. I conclude, therefore, that these decisions are of no use in this case.

[37] As a further argument, the appellant submits that unless the government defrays the costs and fees of his defence, a reasonable and informed person would have the conviction that judicial independence is compromised. Specifically, the appellant claims that because he has rendered numerous decisions unfavourable to the government, he is vulnerable before that government which, in order to punish him, could unjustly accuse him.

[38] It is because of this possibility that the appellant submits that the reasonable and informed person would

pour quiconque. C'est l'essence même du caractère inamovible de la fonction de juge. Pour cette raison, le système judiciaire doit fournir au juge Fortin les moyens raisonnables pour défendre sa fonction, non pas tant dans son intérêt propre mais pour éviter que ne soit atteint en brèche le caractère inamovible de la fonction.

La résiliation du contrat de services que le ministre avait donné aux procureurs de monsieur le juge Fortin après que celui-ci eût été trouvé coupable, peut être perçu comme une ingérence du pouvoir exécutif et surtout comme une indication que le ministre de la Justice est d'avis que le juge Fortin ne jouit plus des garanties constitutionnelles et des privilèges qui se rattachent à sa fonction. Cela équivaudrait pour le ministre à substituer sa décision à celle que seul le Conseil a le devoir de rendre eu égard à la plainte qu'il entendra. [Soulignement ajouté.]

[36] Il ne peut faire de doute, comme l'ont conclu la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure, que le principe d'indépendance judiciaire requiert, dans le cadre d'une procédure en révocation d'un juge, que ce dernier ait droit au paiement des honoraires extra-judiciaires qu'il aura à encourir pour se défendre. Comme le dit fort bien le juge Lemelin dans *Fortin*, le juge doit avoir « les moyens raisonnables pour défendre sa fonction ». Par ailleurs, en l'instance, l'appelant est accusé d'avoir sollicité et accepté de l'argent en échange de décisions favorables. Par conséquent, le procès qu'il aura à subir n'a que pour seul but de déterminer sa culpabilité face à ces accusations. Ces procédures ne mettent nullement en cause la notion d'inamovibilité, composante essentielle de l'indépendance judiciaire. Je conclus donc que ces décisions ne sont d'aucune utilité en l'instance.

[37] Comme autre argument, l'appelant soumet qu'à défaut du gouvernement de défrayer les frais et honoraires de sa défense, une personne raisonnable et renseignée aurait la conviction que l'indépendance judiciaire est compromise. Spécifiquement, l'appelant prétend qu'en raison du fait qu'il a rendu de nombreuses décisions défavorables à l'État, il est vulnérable face à cet État qui, pour le punir, pourrait l'accuser injustement.

[38] C'est en raison de cette possibilité que l'appelant soumet que la personne raisonnable et renseignée

consider judicial independence to be compromised failing the payment of his defence costs, since in such a situation the appellant could not present an adequate defence against the charges against him owing to his limited financial resources.

[39] I hasten to say that the appellant has filed no evidence that might sustain an allegation that the charges brought against him result or could result from any intention on the part of the government to avenge itself or punish him. In fact, the appellant does not contend or suggest that the charges against him have such a goal.

[40] His contention, as I understand it, is based on the premise that since such a scenario is always possible, it is imperative that a judge always be indemnified when charges relating to acts committed in the course of his duties are laid against him.

[41] In my opinion, there is no basis whatsoever to this argument. I am unable to see how a reasonable and informed person could perceive, absent any evidence supporting, if only minimally, an allegation that the government is attempting to punish the judge, that judicial independence would be compromised if the judge were, like any other citizen, to bear the legal costs of his defence.

[42] Given the charges against the appellant, given the fact that the appellant cannot invoke judicial immunity from these charges, and given that none of the essential components of judicial independence is involved, I am unable to conclude that a superior court judge facing charges similar to those laid against the appellant, could demand that the Crown pay his legal costs and fees.

[43] In view of this conclusion, it is unnecessary for us to decide whether the appellant, in his capacity as a member of the Immigration Appeal Division of the IRB, has powers, rights and privileges similar to those of a superior court judge.

considérerait qu'à défaut du paiement de ses frais de défense, l'indépendance judiciaire serait compromise puisque dans une telle situation, l'appelant ne pourrait, en raison de ses moyens financiers limités, faire valoir une défense adéquate face aux accusations portées contre lui.

[39] Je m'empresse d'indiquer que l'appelant n'a déposé aucune preuve pouvant soutenir une allégation à l'effet que les accusations portées contre lui résultent, ou pourraient résulter, d'une intention de la part de l'État de se venger ou de le punir. De fait, l'appelant ne prétend nullement ni ne suggère que les accusations contre lui ont un tel but.

[40] Sa prétention, telle que je la comprends, est fondée sur la prémisse que vu l'existence toujours possible d'un tel scénario, il est impératif qu'un juge soit toujours indemnisé lorsque des accusations reliées à des actes commis dans le cadre de ses fonctions sont portées contre lui.

[41] À mon avis, cette prétention est dénuée de tout fondement. Je ne peux concevoir que la personne raisonnable et renseignée pourrait percevoir, à défaut d'une preuve soutenant, si ce n'était que de façon minimale, une allégation que l'État tente de punir le juge, que l'indépendance judiciaire serait compromise si le juge devait assumer, comme tout autre citoyen, les frais légaux de sa défense.

[42] Compte tenu des accusations portées contre l'appelant, compte tenu du fait que l'appelant ne peut invoquer l'immunité judiciaire à l'encontre de ces accusations et compte tenu du fait qu'aucune des composantes essentielles de l'indépendance judiciaire n'est engagée, je ne peux que conclure qu'un juge de cour supérieure, faisant l'objet d'accusations similaires à celles portées contre l'appelant, ne pourrait exiger de l'État que ses frais et honoraires légaux soient payés.

[43] Vu cette conclusion, il n'est donc pas nécessaire pour nous de décider si l'appelant, en sa qualité de commissaire à la Section d'appel de l'immigration de la CISR, dispose des mêmes pouvoirs, droits et privilèges qu'un juge de cour supérieure.

[44] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

DESJARDINS J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

[44] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : J'y souscris.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : J'y souscris.

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.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Grounds of Review

Judicial review of decision of Classification Grievance Committee of Canadian Food Inspection Agency (Agency) unable to reach final conclusion due to “conflicting information”; stating *de novo* Committee would be established—Applicants, employees of Canadian Food Inspection Agency filed individual grievances that positions within Agency improperly classified, sought reclassification—Respondent “separate employer” under Part II of *Public Service Staff Relations Act*—Therefore, treatment of classification grievances resting with Agency itself—Agency’s administrative procedure to deal with classification grievances entitled *Classification Grievance Process*—Once grievance as to classification made, Process providing that Classification Grievance Committee to receive information, deliberate, report to Manager, Corporate Classification and Organization Design—Also providing Committee to do work *in camera* until report completed, signed—Then, Manager to review report, make recommendation to Vice-President (VP), Human Resources who makes final determination as to grievance, i.e. accepts report, renders separate decision or takes other steps set out in Process—Classification Grievance Process administrative redress, not intended to be adversarial—In present case, Committee prepared report recommending applicants be reclassified but report not signed by Committee—Instead, Manager reviewed draft report, refused to pass along to VP in that form—Believed report based on erroneous, incomplete information—Because of Manager’s refusal to support Board’s proposed report, Board’s Chairman wrote to applicants stating decision under review—Applicants claiming respondent erred in law, acted in bad faith, violated rights to natural justice, procedural fairness—Agency’s Classification Grievance Process not statutory, but constituting guidelines—Once established, Agency expected to abide by process—Process regarding classification not followed—

ADMINISTRATIVE LAW—Continued

Process not providing for Manager to see draft report or require committee to retire, have new committee formed—Provisions of Process not so broad as to enable Manager to act outside boundaries thereof—Deviations from Process expressly provided for in Foreword, require approval from Corporate Classification Resources Branch—No evidence such approval sought, obtained—Manager’s improper review of draft report, refusal to deal with matter other than having new committee struck not provided for, contravened Process—Applicants had legitimate expectation Process would be followed—Constituting breach of natural justice whereby Court can intervene—Once breach of duty found, decision below must be set aside—Standard of review to be applied standard of correctness—*Federal Courts Act*, s. 18.1(3) providing for nature of relief Court may provide—Relief expressly provided for by use of word “may” implying all relief normally associated with *certiorari*, *mandamus*, or proceedings “in the nature” thereof may be given—Therefore, if at common law, there is some constraint on relief by way of *certiorari* or *mandamus*, constraint is lifted to extent s. 18.1(3) providing therefor—Application allowed—*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 91 (repealed by S.C. 2002, c. 23, s. 285)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 5; S.C. 2002, c. 8, s. 27).

GILCHRIST V. CANADA (TREASURY BOARD) (T-2173-04, 2005 FC 1322, Hughes J., order dated 27/9/05, 12 pp.)

Remedies

Application for *mandamus* with respect to pending citizenship application based on unreasonable delay—Application dismissed as *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(2) referral to Immigration Appeal Division complete bar to *mandamus* by reason of *Citizenship Act*, s. 14(1.1)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s.

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

44(2)—*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. 29, s. 14(1.1) (as enacted by S.C. 1995, c. 15, s. 23; 2001, c. 27, s. 230).

VICTORIA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-2153-04, 2006 FC 857, Mosley J., order dated 7/7/06, 16 pp.)

AIR LAW

Judicial review of Minister's refusal of Transportation Security Certificate for Pearson Airport in Toronto, resulting in loss of employment—Application dismissed.

SINGH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-10-06, 2006 FC 802, von Finckenstein J., order dated 23/6/06, 12 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Inadmissible Persons*

Judicial review of immigration officer's decision refusing application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds on basis applicant inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 36(2)(b)—Applicant, failed refugee claimant, failing to disclose in H&C application conviction for theft of property in U.S.—Officer determining U.S. conviction equivalent to conviction for theft under Canadian *Criminal Code*, and as such, applicant inadmissible as person described in IRPA, s. 36(2)(b)—Pursuant to IRPA, s. 36(3)(c), offence described in s. 36(2)(b) not constituting inadmissibility if individual satisfying Minister of rehabilitation—S. 36(3)(c) allowing Minister to take into consideration unique facts of each particular case and consider whether overall situation warranting finding of rehabilitation—Here, no indication submissions made by applicant's counsel in letter re: rehabilitation taken into consideration by officer—If counsel's letter not application for rehabilitation, applicant entitled to make application now as no prescribed time period in which application must be made—Application allowed—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(2)(b)—*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

AVILES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1036-05, 2005 FC 1369, Rouleau J., order dated 7/11/05, 10 pp.)

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of decision by Appeal Division of Immigration and Refugee Board (Appeal Division) dismissing applicant's appeal on ground wife excluded from family class under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(9)(d) and Appeal Division having no jurisdiction to consider humanitarian and compassionate considerations—In May 2000, applicant filed application for permanent residence

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

at Visa Section of Canadian Embassy in Port-au-Prince, stated in application unmarried, no children—On family tree accompanying permanent residence application (PRA), applicant named Mardochee Galbart as common-law partner—Visa Office at Canadian Embassy in Port-au-Prince issued applicant permanent resident visa—In January 2001, applicant married Mardochee Galbart in civil ceremony, waited until 2002 for completion of customary formalities, for respective families to bless marriage—Did not report marriage to Embassy, Mardochee Galbart not examined—In March 2001, applicant entered Canada, received landing—Applicant then filed sponsorship application, undertaking for spouse—In June 2002, Regulations, s. 117(9)(d) came into force—In October 2004, officer in Visa Section denied applicant's sponsorship application on ground Mardochee Galbart excluded from family class by operation of Regulations, s. 117(9)(d) because not previously declared as applicant's spouse, never examined—Applicant appealed decision to Immigration Appeal Division, appeal dismissed—Issue of whether Appeal Division erred in interpreting, applying applicable provisions mixed question of fact and law subject to review standard of reasonableness *simpliciter*—Regulations, s. 117(9)(d) excluding from family class foreign nationals who were non-accompanying family members of sponsor at time of permanent residence application, not examined—Objective of statutory provision in question to ensure foreign nationals seeking permanent residence do not omit non-accompanying dependent family members from applications—Expression "at the time of that application" once interpreted by courts as period beginning with application for permanent residence, ending only when applicant granted landing in Canada—However, recently Federal Court interpreted same expression more narrowly, meaning time at which application submitted—When applicant applied for permanent residence, applicant still unmarried—Did not have to declare spouse in application because "at the time of that application" Mardochee Galbart not applicant's spouse—Finally, Regulations providing if person applies under *Immigration Act*, sponsors non-accompanying common-law partner, Regulations, s. 117(9)(d) not applying—Application allowed—*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (repealed by S.C. 2001, c. 27, s. 274)—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 117(9)(d).

BEAUVAIS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1943-05, 2005 FC 1408, Tremblay-Lamer J., order dated 14/10/05, 11 pp.)

Motion for extension of time for filing applicants' record allowed—Election to proceed orally rather than bringing motion in writing pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 369 as is norm in immigration leave applications appears antithetical to statutory, regulatory objectives of efficiency, expediency—As a rule, Registry should seek directions from Court with

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

respect to motion in immigration leave application not brought in writing—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2002-83, s. 2), 369.

PADDA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2662-06, 2006 FC 995, Lafrenière P., order dated 17/8/06, 4 pp.)

STATUS IN CANADA*Permanent Residents***Humanitarian and Compassionate Considerations**

Judicial review of immigration officer's decision rejecting application for landing on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Applicant previously making refugee claim—That claim rejected on basis applicant not credible (applicant not mentioning in Personal Information Form that he had been in U.S. for three years before coming to Canada), and internal flight alternative available—Officer finding that despite fact applicant married to permanent resident with two children, personal circumstances such that hardship of having to obtain permanent resident visa outside Canada not unusual, disproportionate—Applicant arguing that because officer had doubts about genuineness of marriage, he was entitled to oral interview, opportunity to rebut concerns—Although interview not necessary in each case, applicant in case at bar not afforded meaningful participation with respect to defending legitimacy of marriage—Officer dealing with evidence before him in perverse, capricious manner by speculating on validity of marriage—Presumption of legitimacy of valid marriage must stand absent evidence to contrary—Age, religious difference, speed of marriage, business (rather than personal) nature of purchase of restaurant with wife, in and of themselves, not indicating illegitimate marriage—Interview necessary for legitimacy to be assessed—Duty of fairness thus breached—Application allowed.

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1291-05, 2005 FC 1372, Rouleau J., order dated 11/10/05, 9 pp.)

CONSTRUCTION OF STATUTES

Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, s. 27(1)—Whether time stipulated for ministerial decision under s. 27(1) mandatory or directory—S. 27(1) directory—Defendant's motion for summary judgment allowed—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 27(1).

HA V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-1522-05, Barnes J., order dated 12/5/06, 11 pp.)

CRIMINAL JUSTICE**EVIDENCE**

Judicial review of decision of Independent Chairperson of Disciplinary Court at Kent Institution convicting applicant of possession of contraband in form of cell phone—Applicant maximum-security inmate at Kent Institution—Warden authorized cell search—Applicant occupied cell about one month before cell search conducted—Was double-bunking with another inmate—Applicant, cell mate removed to gym while cell searched—Officers conducting search found cell phone, cell phone charger—Phone found in garbage can; charger found in medicine cabinet—Both applicant, cell mate charged under *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 40(i) for possession of contraband—At disciplinary hearing, applicant found guilty of possession of contraband, charged \$20—Disputed having knowledge of phone, charger in cell—Cell had two medicine cabinets: one located above toilet, second located behind television—Second always kept closed—Cabinet above toilet used by both inmates but applicant testified never looked inside second cabinet—Chairperson found fact inmate in cell for one month not examining closed medicine cabinet “extremely difficult” to believe—Applicant also testified generally keeping cell unlocked when not inside—Was told by another inmate cell phone left in applicant's cell before lockdown—Same inmate had allegedly been in applicant's cell watching TV, using personal phone because better reception in applicant's cell—Chairperson could not give weight to applicant's testimony unless applicant divulged inmate's name—Applicant requested adjournment of hearing to speak to peer—Chairperson denied request noting applicant could have discussed issue of naming inmate with peer, counsel prior to hearing—However, accepted fact applicant left cell unlocked when not inside—Suggested that if applicant continued to do so, applicant had responsibility to regularly search cell to ensure no contraband found—Chairperson found leaving cell unlocked amounted to wilful blindness; stated applicant should have searched cell daily for contraband—Also found applicant lacked credibility when claiming to have no knowledge of phone, charger—Chairperson did not fail to observe procedural fairness or abuse discretion in denying adjournment—Case law clear trial judge having discretion to grant adjournment—Discretion meriting high deference by courts—Even if accepted inmate had no opportunity to talk directly to peer, applicant's failure to discuss issue with counsel left Chairperson with discretion to decide against adjourning hearing—Refusal to adjourn hearing also consistent with *Corrections and Conditional Release Regulations*, s. 31(1) which requires inmate be given reasonable opportunity at hearing to call witnesses—Applicant had reasonable opportunity to inform court wished to call unnamed inmate as witness but failed to do so until day of hearing—But Chairperson erred in convicting applicant—

CRIMINAL JUSTICE—Concluded

Accepted possibility another inmate could have entered applicant's cell with contraband—Also apparently accepted possibility applicant's cell mate was only inmate with knowledge, control over phone, charger as applicant's cell mate also charged with contraband offence—Although applicant had opportunity to possess contraband, did not have exclusive opportunity to do so—Case law suggesting where evidence of opportunity accompanied by other inculpatory evidence, something less than exclusive opportunity may suffice for conviction—Chairperson suggested applicant's counsel merely speculated applicant's cell mate could have placed phone, charger in cell—However, applicant's counsel provided speculation of possibilities which were consistent with evidence—Possible for applicant's cell mate to have possessed contraband; also possible another inmate placed contraband in cell—Applicant not having exclusive opportunity to possess contraband—Alternate possibilities as to how contraband landed in cell plausible, based on evidence—Therefore, no additional inculpatory evidence apparent that would lead to conclusion beyond reasonable doubt applicant had control or knowledge of contraband—Chairperson also improperly applied rule of wilful blindness—Rule narrow, only found by court where defendant's knowledge almost certain—Although frequent contraband at Kent Institution, not following that applicant had obligation to search cell daily for contraband—Chairperson's decision unreasonable—Had evidence been reviewed as whole, would not have been able to find proof beyond reasonable doubt applicant guilty—Chairperson's finding could not stand on examination under standard of reasonableness or patent unreasonableness—Two clear possible alternatives regarding contraband possession not explicitly rejected—Application allowed—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 40—*Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 31.

SMITH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2264-04, 2005 FC 1436, Teitelbaum J., order dated 21/10/05, 14 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Appeal from Minister's decision partially reducing assessment of unpaid anti-dumping duty on imported Korean steel allegedly described in Canadian International Trade Tribunal (CITT) order—Interpretation of CITT order—Whether contravention of *Customs Act*—Appeal allowed in relation to 6 of 39 transactions.

R & R TRADING CO. LTD. V. M.N.R. (T-997-01, 2006 FC 901, Layden-Stevenson J., judgment dated 19/7/06, 76 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**CUSTOMS TARIFF**

Judicial review of decision by Canada Border Services Agency officer denying applicants' drawback applications because not supported by notices of waiver of drawback entitlement by original importers—No provision in *Goods Imported and Exported Refund and Drawback Regulations* authorizing grant of drawback to buyer unable to obtain notice of waiver—Application dismissed—*Goods Imported and Exported Refund and Drawback Regulations*, SOR/96-42.

9058-3956 QUÉBEC INC. V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS CANADA) (T-430-05, 2006 FC 4, Rouleau D.J., judgment dated 4/1/06, 25 pp.)

EXCISE TAX ACT

Appeal from Canadian International Trade Tribunal (CITT) decision dismissing plaintiff's appeal from Minister's refusal of application for refund of federal sales tax (FST) pursuant to *Excise Tax Act*, s. 68—In 1992 plaintiff, manufacturer of paper products, seeking reimbursement for period from April 1, 1990 to December 31, 1990 on basis of overpayment of FST on exempt sales of facial tissues—Claim modified in 1999 to request that defendant also consider taxes paid in error in relation to bathroom tissues (rather than in relation to facial tissues only)—Refund allowed with respect to facial tissues but not with respect to bathroom tissues as such tissues not identified in original claim and claim not filed within two-year statutory limitation period provided in Act, s. 68—CITT dismissing appeal from that decision—Act, s. 68 providing that "[w]here a person . . . has paid any moneys in error . . . an amount equal to the amount of those moneys shall . . . be paid to that person if he applies therefor within two years after the payment of the moneys"—Degree of specificity required to establish content of "paid any moneys in error" not clear on plain, ordinary reading of statute—For two-year limitation period to operate, moneys paid in error must be reasonably identifiable—Lack of clarity necessitating consideration of other contextual aspects—Interpretation of s. 68 requiring consideration of policy considerations accompanying creation of limitation period—Imposition of limitation period as part of refund process indicating Parliament's intention there be a degree of certainty in resolution of refund claims—Proper administration of Act also requiring some certainty as to nature, scope of refund claimed—If category of products claimed for left indeterminate, Parliament's intention in imposing limitation period defeated—Wording of plaintiff's refund claim insufficient to satisfy statutory requirements for s. 68 refund on bathroom tissue as plaintiff did not identify goods subject of refund report as it was required to do—Appeal dismissed—*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 68 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 7, s. 34).

SCOTT PAPER LTD. V. CANADA (T-1270-02, 2005 FC 1354, Heneghan J., order dated 3/10/05, 26 pp.)

EVIDENCE

Motion under *Federal Courts Rules*, r. 286 for Court order to allow introduction of two documents as direct evidence at trial of action, set to begin October 24, 2005—Plaintiff and former wife married in Iran in 1984—Plaintiff arrived in Canada on Minister's permit in 1988—Became permanent resident in 1991, sponsored wife living abroad—Plaintiff's sponsorship application, including undertaking of assistance, approved, forwarded to defendant's Damascus office—Damascus office received sponsorship application but sent telex to plaintiff's former wife stating plaintiff had not submitted undertaking of assistance—Former wife divorced plaintiff in Iran in 1993, remarried Iranian—Minister's permit later issued by Canadian embassy in Damascus—Plaintiff filed statement of claim in Federal Court, Trial Division in 1996 seeking damages owing to defendant's alleged negligence regarding processing of immigration files—Motion for summary judgment based on expiry of limitation periods, allowed in part—Order restricted plaintiff's action to third claim (damages resulting from alleged marriage breakdown due to defendant's alleged negligent actions) in so far as damages based on acts, omissions by defendant's officials committed outside Canada; first two claims out of time—Despite prothonotary's order compelling appearances of family members in Iran who would likely testify on former wife's reasons to divorce, remarry another man, family members denied entry to Canada—Former wife apparently cutting off all communication with plaintiff, new husband not likely to allow wife to testify in plaintiff's case—Defendant not ready to admit former wife had divorced plaintiff as direct result of delays, alleged errors made by immigration officials abroad—As a result, plaintiff's counsel requested permission to present motion for alternative means to introduce evidence—Plaintiff claiming to be in possession of two documents from former wife, which provide evidence of cause of divorce—Seeking to have documents, translations thereof entered as direct evidence at trial—First document declaration apparently witnessed by notary public in Iran, dated October 3, 1996 (1996 document)—Second document letter apparently signed by former wife dated April 13, 1993, addressed to plaintiff demonstrating former wife's impatience, frustrations with immigration process (1993 document)—Rule against hearsay evidence rendering inadmissible written statements tendered as proof of truth or proof of content—Causation of alleged divorce one of central issues at trial—Best witness to give evidence to Court on issue would be former wife since sought divorce but apparently unwilling to take part in trial—Exceptions to hearsay rule have been established when other evidence impossible or difficult to secure, when author of statement not interested party—Case law (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531) established principled approach to hearsay evidence whereunder hearsay statement admissible for truth of contents if meeting separate requirements of "necessity", "reliability"—If hearsay statement satisfying two criteria, trial

EVIDENCE—Continued

judge may put statement to trier of fact, subject to appropriate safeguards, cautions regarding weight—Evidence not satisfying separate requirements of "necessity", "reliability"—Plaintiff not establishing reasonable attempts to have former wife participate in trial—Affidavit simply stating no contact with former wife; that new husband forbidding any contact with plaintiff, plaintiff's family—Also, defendant would be severely prejudiced if 1993, 1996 documents admitted as direct evidence at trial—Necessity relating to both relevance, availability of hearsay evidence to prove fact in issue—Necessity must be interpreted as "reasonably necessary", studied in flexible manner—Evidence of any proceeding, record, in or before any court in foreign state, may be given in any action or proceeding before Federal Court by exemplification or certified copy thereof, purporting to be under seal of court in question, without any proof of authenticity of seal or signature of justice or any other proof—Plaintiff not providing any such document with respect to divorce—Plaintiff wanting to enter 1993, 1996 documents as evidence of former wife's reasons for divorce, not of divorce itself—Evidence of intention quite different from evidence required to show occurrence of divorce—Causation of alleged divorce highly contentious in present case since arising from culmination of factual events, former wife's emotional experiences—Plaintiff must demonstrate witness unavailable despite reasonable efforts made to have witness testify at trial—Statements in affidavit indicating former wife unavailable to testify because unwilling to participate in proceedings not supported by credible evidence—Affidavit not mentioning subsequent attempts to secure former wife's or new husband's cooperation in proceeding—Little weight given to plaintiff's general explanations—Necessity cannot be inferred solely from unavailability of witness—Plaintiff never requested case management judge or prothonotary to issue directions concerning manner in which specific issue could be dealt with—Also never seeking issuance of subpoena to require former wife to testify—Plaintiff's reasons to justify introduction of two documents as direct evidence of motives, causation of divorce too few when compared to prejudice caused to defendant—Right to cross-examine witness on crucial issue should prevail under specific circumstances of case—Plaintiff never considered, exhausted other possibilities, such as seeking order to establish commission for examination outside Canada—Reasonable to assume use of commission could have solved alleged issue of former wife's unavailability in manner complying with Rules—1993, 1996 documents not meeting necessity requirement—Hearsay statement must also be reliable—Reliability evaluated with reference to particular facts, subject to appropriate safeguards, to cautions regarding weight—Substantial reliability not achieved if hearsay statement equally consistent with other hypotheses—Necessary to assess specific hearsay dangers raised by statement, determine whether facts surrounding utterance of

EVIDENCE—Concluded

statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for dangers assessed—1993 document presenting hearsay danger since not sworn under oath—Therefore, document quite unreliable to prove veracity of representations or actual dealings former wife may have had with defendant's officials outside Canada—1996 document apparently witnessed by notary public in Iran but declaration made after plaintiff filed statement of claim in 1996—Fact plaintiff had already commenced proceedings against defendant would be important factor to explore in cross-examination with former wife—Specific issue raised existence of danger too grave to allow document to be entered as direct evidence at trial—No appropriate safeguards in place in admitting such hearsay evidence—Credibility of contents of documents was critical issue—Court not able to observe former wife's demeanour on stand since not testifying—Facts surrounding utterance of hearsay statement not offering sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for dangers outlined—Burden of proving central allegation that former wife sought divorce due to delays, errors in processing of immigration file by defendant's representatives abroad, on plaintiff—Hearsay statements not meeting requirement of substantial reliability since equally consistent with other hypotheses—Therefore before statements made by former wife in 1993, 1996 documents accepted as direct evidence, defendant should be able to cross-examine former wife at trial on all relevant facts, circumstances—Motion dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 286.

FARZAM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 FC 1432 Martineau J., order dated 21/10/05, 21 pp.)

FISHERIES

Judicial review of decision by Department of Fisheries and Oceans (DFO) refusing to issue licence for scientific purposes to applicant—DFO received licence application pursuant to *Fishery (General) Regulations* (Regulations), s. 52 filed by applicant, entity duly incorporated in New Brunswick—Application for fishing licence for scientific purposes received at DFO regional office in Gulf area—Applicant wanted to collect information needed to produce and market fishing cards for fishing professionals, setting out distribution of various biological and commercial categories of snow crab in area of fishing zone 12—DFO asked applicant for additional information given first such application received in Gulf area—In particular, DFO wanted to know whether applicant consulted and obtained support of fishermen in certain zones for project and applicant informed DFO fishermen not consulted—By letter, DFO informed applicant's counsel additional information required to fully assess licence application—Several days later, applicant filed two court

FISHERIES—Continued

proceedings: application for writ of *mandamus* ordering DFO to make decision on licence application and motion to handle application in question as specially-managed proceeding—Court dismissed motion for specially-managed proceeding—Further, given applicant's failure to provide all information requested, DFO denied licence application—Director of Business Systems and Strategic Planning, informed applicant in writing that applicant agreed to Department making decision on licence application based solely on information provided to date and, without additional information requested, Department unfortunately could not complete assessment of application—Court issued direction indicating DFO rejected applicant's licence application—DFO confirmed letter sent evidence of Minister's decision not to issue licence sought by applicant—DFO again wrote to applicant explaining information required and again informing applicant of conditions applicable if licence issued—Applicant then filed application for judicial review at bar—*Fisheries Act*, s. 7, Regulations, ss. 51, 52 stating Minister has authority to issue fishing licences for scientific purposes—Minister's power to issue fishing licences discretionary power, nothing by law requiring Minister to issue licence—Only limitation imposed on Minister in exercising discretion is duty to base decision on relevant considerations, avoid arbitrariness and act in good faith—Accepted in law that Minister may delegate right to act with respect to issuing scientific licences to Department officials—Director of Business Systems and Strategic Planning required authority for this purpose—Appropriate standard of review for decision subject of this application patent unreasonableness—First, Minister must base decision on relevant factors, avoid arbitrariness and act in good faith—Evidence established that DFO's custom to consult with persons in fishing industry potentially affected by decision—Applicant failed to establish patently unreasonable for DFO to request consultation before deciding whether or not to issue licence—DFO asked applicant for information regarding potential impact of project, including sampling procedures—Obtaining sampling procedures relevant in particular because reviewing procedures enables DFO to determine whether all steps taken to minimize impact on species and species' habitat—DFO entitled to request documents and information to assist DFO in making decision—Evidence established decision on applications for fishing licence for scientific purpose made after consulting several DFO officials with various specialties—In accordance with Regulations, ss. 22(1)(h), (i), (j) Minister entitled to impose condition on licence regarding "type, size and quantity of fishing gear and equipment that is permitted to be used and the manner in which it is permitted to be used", "the specific location at which fishing gear is permitted to be set" and "the distance to be maintained between fishing gear"—Without specific information regarding applicant's intended use of fishing gear, Minister not able to exercise power conferred

FISHERIES—Continued

under Regulations, ss. 22(1)(h), (i), (j)—Not unreasonable for DFO to require geographical coordinates of project to include in licence conditions since entitled to impose conditions on licence regarding “the waters in which fishing is permitted to be carried out” (Regulations, s. 22(1)(c))—Under Regulations, p. 22(1)(t), DFO entitled to indicate in licence condition concerning “the time within which findings and data obtained as a result of fishing for an experimental or scientific purpose are to be forwarded to the Minister”—Applicant through inaction prevented Minister from exercising discretion—Minister imposed conditions, as Minister entitled to do under Regulations, and no evidence acted in bad faith or arbitrarily—Minister observed rules of natural justice and fairness in assessing applicant’s licence application—Minister informed applicant wanted to discuss project therewith and applicant responded by initiating proceedings for issuance of writ of *mandamus*—Clear applicant had no desire for discussions with DFO—DFO made enough effort to give applicant opportunity to explain project—Accordingly, rules of natural justice applicable in issuing licence properly observed—Application dismissed—*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 7—*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, ss. 22(1)(c), (h), (i), (j), (t), 51, 52.

RECHERCHES MARINE INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1963-04, 2005 FC 1287, Pinard J., order dated 29/9/05, 12 pp.)

Judicial review of decision of Minister of Fisheries and Oceans (Minister) dated August 25, 2004, denying request for re-issuance of exploratory crab licence—Applicant, fisherman, engaged in commercial fishery in Newfoundland—Operating two boats: 75-foot stern trawler named M.V. *Bear Cove Point*; 95-foot multi-purpose trawler named M.V. *Sandy Joanne*—Exploratory crab licence issued to appellant in 1995 for fishing snow crab in North Atlantic Fisheries Organization (NAFO) Divisions 3LMNO, offshore Newfoundland, outside Canada’s 200-mile limit—Licence issued for use on M.V. *Bear Cove Point*, re-issued annually since 1996—In 1996, exploratory scallop licence issued to applicant for harvesting scallops in NAFO Divisions 3LNO outside 200-mile limit—Licence issued for use on M.V. *Sandy Joanne*, re-issued annually since 1997—In 1998, Department of Fisheries and Oceans (DFO) granting permission to applicant to conduct snow crab “survey” in NAFO Division 3N outside 200-mile limit to determine existence of snow crab stocks in area—Exploratory crab licence (second crab licence) issued for 30 days for use on M.V. *Sandy Joanne*—Licence extended 15 days—Because of successful exploratory work, applicant applied for re-issuance of both exploratory crab licences—Crab licence for M.V. *Bear Cove Point* re-issued but not for M.V. *Sandy Joanne*—Regional Director General denied appeal from decision not to re-issue second licence—On

FISHERIES—Continued

appeal, Atlantic Fisheries Appeal Board recommended denial of appeal to Minister, noting existence of moratorium on issuance of new exploratory crab licences since 1996—Minister accepted recommendation, denied request for re-issuance of second crab licence—On judicial review, Federal Court allowed application on basis Appeal Board, Minister failed to consider whether M.V. *Sandy Joanne* operating as replacement vessel or under independent licence issued in October 1998—Matter remitted to Minister for re-determination in accordance with Federal Court’s reasons—Differently constituted Appeal Board convened to determine whether M.V. *Sandy Joanne* operating as replacement vessel or under independent licence issued in October 1998—Concluded second independent licence issued but recommended non-renewal—Upon receipt of recommendation, Minister denied applicant’s request for second exploratory snow crab licence for M.V. *Sandy Joanne* on August 25, 2004—Application for judicial review of Minister’s second decision—Standard of review of patent unreasonableness applying to Minister’s decision—Because reasonable to infer Appeal Board’s decision formed one of bases for Minister’s decision, Appeal Board’s decision reviewable—However, Appeal Board’s discretion in making recommendations regarding issuing of licences not as broad as Minister’s discretion—Therefore decision reviewable on standard of reasonableness *simpliciter*—Appeal Board’s role is to make recommendations to Minister on licensing appeals by determining if appellant treated fairly in accordance with department’s licensing policies, practices, procedures—Also to determine existence of extenuating circumstances for deviating therefrom—Although DFO policies not specifically referred to, Appeal Board considered relevant policies since policies listed in summary preceding recommendation—Some DFO policies submitted to Appeal Board clearly indicating fishers, such as applicant, not automatically entitled to re-issuance of licences—Under legislation, regulations, fishing licences issued at Minister’s discretion—Documents issued not conferring rights or privileges—Evidence showing existence of moratorium on issuance of crab licences since 1996—No other enterprise having more than one exploratory crab licence for NAFO Divisions 3LNO outside 200 miles—Moreover, nothing suggesting DFO officials had made representations to applicant that second crab licence, valid for 30 days, would be re-issued in future—Given evidence before Appeal Board, recommendation to deny applicant’s appeal not unreasonable, unfair—Federal Court previously confirmed fishing licence is privilege granted by Minister; licence holder having no vested right to renewal—Applicant had no reasonable or legitimate expectation to obtain second commercial crab fishing licence in 1999 because of 30-day licence granted in 1998 to conduct crab survey—Successful exploratory work resulted in substantial increase of applicant’s 1999 crab licence quota for M.V. *Bear Cove*

FISHERIES—Concluded

Point—Composition, structure of second Appeal Board not raising reasonable apprehension of bias—Board consisted of three voting members, one DFO employee—Latter not voting on recommendation but present during *in camera* deliberations of Appeal Board—Test for reasonable apprehension of bias set out by *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369—DFO employee acting as secretary, providing background information—Role not to advocate for any position—Played no role in deliberations, did not interfere with three voting members' deliberations—Informed person would realize Appeal Board providing Minister with non-binding independent advice—Would also realize Appeal Board not freestanding tribunal with secretariat independent from DFO—Duty of fairness flexible—Appeal Board hearing conducted in accordance with principles of procedural fairness—Presence of DFO officer as secretary, resource person for Appeal Board not creating reasonable apprehension of bias—Strict requirements of natural justice regarding bias should not be imposed on Appeal Board—Board's independence not compromised by fact DFO employee served as secretary—Application dismissed.

FENNELLY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1699-04, 2005 FC 1291, Kelen J., order dated 21/9/05, 24 pp.)

HUMAN RIGHTS

Appeal from F.C. decision (2005 FC 401) allowing judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission on ground Commission failed to observe rules of procedural fairness—Appeal allowed—By adopting investigator's recommendation, after indicating had reviewed investigator's report, Commission approved reasons given by investigator—This report explained to complainant why complaint deemed inadmissible—That explanation consistent with rules of procedural fairness and Commission's obligation to set out reasons for decision pursuant to s. 42(1) of *Canadian Human Rights Act*—*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 42(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA (A-171-05, 2005 FCA 413, Noël J.A., judgment dated 12/12/05, 6 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Capital Gains and Losses*

Appeal from T.C.C. decision confirming validity of assessment disallowing carry-over of non-capital loss resulting from business investment loss (BIL)—Appellant public corporation selling its subsidiary to private corporation and

INCOME TAX—Continued

this sale resulting in loss—For loss to qualify as BIL, subsidiary had to be controlled by private corporation at time of disposition—Such was case in this instance owing to legal fiction created by *Income Tax Act*—Appeal allowed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 256(9).

LA SURVIVANCE V. CANADA (A-230-05, 2006 FCA 129, Noël J.A., judgment dated 31/3/06, 27 pp.)

PRACTICE

Judicial review of decision of Minister of National Revenue (Minister) to issue notice of intention effective January 1, 1996, to revoke registration of pension plan established by Cryptic Web Information Technology Security Inc.—Applicant seeking order quashing Minister's decision or prohibiting Minister from revoking plan retroactively to date earlier than date of notice of intention to revoke (October 16, 2003)—Shortly after commencing judicial review application, applicant filing notice of motion seeking certain interlocutory orders—Respondent (Crown) contesting motions, seeking to quash applicant's application on basis Court lacking jurisdiction to hear it—Applicant former federal government employee, contributor to public service superannuation plan maintained for federal government employees—In 1999-2000, applicant worked for Cryptic Web, became member of Cryptic Web pension plan—Cryptic Web's pension plan registered effective January 1, 1996—In 1999, federal government employee who moved to private sector employment permitted to have money transferred from public service superannuation plan to registered pension plan maintained by or for new employer—Applicant's pension funds transferred to Cryptic Web's pension plan—After 2000, money so transferred transferred to another registered pension plan—On October 16, 2003, Minister notifying Cryptic Web of intention to revoke registration of pension plan, effective January 1, 1996, under *Income Tax Act* (Act), s. 147.1(11)(a), (j) as condition of registration (i.e. members of pension plan not employees as required) not met—Cryptic Web appealed Minister's notice under Act, s. 172(3)(f)—Applicant sought leave to intervene in Cryptic Web's appeal but motion dismissed "for prematurity"—Because motion not dismissed on merits, applicant retaining right to reapply to intervene in appeal if appeal proceeding—Cryptic Web's appeal in abeyance—Members of pension plan could face greater tax burden if registration revoked retroactively—*Federal Courts Act* giving Federal Court of Appeal jurisdiction to hear, determine applications for judicial review of specified decisions of federal boards, commissions, tribunals—No direct recourse to Court for decisions of Minister of National Revenue except as provided by *Income Tax Act* (s. 172(3))—*Income Tax Act* one of federal statutes giving Federal Court of Appeal jurisdiction over matters not within scope of *Federal Courts Act*—*Income*

INCOME TAX—Continued

Tax Act, s. 172(3)(f) providing for right of appeal from Minister's decision to issue notice of intention to revoke registration of pension plan—However, right of appeal only given to administrator of pension plan, participating employers—Not given to members of plan—Statutory scheme of revocation of registration of pension plans contemplating two kinds of notices to be given by Minister to plan's administrator: (1) notice of intention to revoke under Act, s. 147.1(11); (2) notice of revocation under Act, s. 147.1(12)—Notice of intention to revoke must specify reason for proposed revocation, proposed effective date for revocation—Notice triggers statutory right of appeal under Act, s. 172(3)(f)—Also marks beginning of 30-day period after which Minister may issue notice of revocation, whether appeal under Act, s. 172(3) commenced or not—Notice of revocation instrument by which registration of pension plan revoked—Must specify effective date for revocation—If notice of revocation issued after notice of intent issued, effective date specified may be any date not earlier than proposed effective date specified in notice of intent—Act, s. 147.1(13) providing registration of pension plan revoked as of effective date specified on notice of revocation “unless Court . . . on application made at any time before determination of appeal . . . orders otherwise”—Unclear about kind of order contemplated, individual entitled to make application thereunder, when application may be made—S. 147.1(13) providing that application made thereunder must be made before disposition of any appeal under s. 172(3)—Limitation in s. 147.1(13) that only administrator of registered pension plan or participating employer may exercise right of appeal under s. 172(3) when Minister issues notice of intent to revoke registration of plan not expressed in relation to applications made under s. 147.1(13) when Minister issuing notice of revocation—Since adverse tax consequences of revocation falling mainly on members, not unreasonable to assume s. 147.1(13) intended to provide judicial recourse to members of pension plan proposed to be revoked—Two legal effects of s. 147.1(13): revocation of pension plan, effective date of revocation—If application meeting statutory requirements, s. 147.1(13) giving Court jurisdiction to alter effective date of revocation; suspend or stay revocation pending disposition of s. 172(3) appeal—Interpreting s. 147.1(13) to permit only suspension or stay of revocation would preclude possibility, even in case where appeal made under s. 172(3), that s. 147.1(13) may be used to seek order imposing different effective date for revocation than date set out in notice of revocation—No policy reason why s. 147.1(13) would preclude Court's jurisdiction, in case of voluntary or involuntary revocation, to make order altering effective date of revocation stated in notice of revocation; to make order suspending or staying revocation pending determination s. 172(3) of appeal if appeal pending—Court's jurisdiction would require application that

INCOME TAX—Concluded

meets conditions in s. 147.1(13)—S. 147.1(13) not limiting recourse thereto to persons having right of appeal under s. 172(3) (plan administrators, participating employers)—Members of pension plan having most at stake in resolution of any dispute about choice of effective date—If s. 147.1(13) not entitling members of pension plan to challenge effective date of revocation of registration of pension plan, then Minister's decision to issue notice of revocation may be within exclusive original jurisdiction of Federal Court under *Federal Courts Act*—If Federal Court having jurisdiction in matter, both Federal Court, Federal Court of Appeal could be required to adjudicate same point with potentially inconsistent results—Therefore, persons capable of demonstrating real, substantial interest in revocation of registration of pension plan have status to bring application under s. 147.1(13)—Application made thereunder cannot be made before Minister issues notice of revocation—However, s. 147.1(13) not precluding commencement of application in respect of pension plan for which notice of revocation not yet issued but for which notice of intent under appeal issued—Court cannot make order under s. 147.1(13) unless application made under s. 147.1(13) before determination of appeal under s. 172(3)—If order to be made before appeal determined, it must be possible to apply for order while appeal pending—Therefore, applicant having status to bring application, Court having jurisdiction to grant order but application cannot be determined unless and until notice of revocation issued—Application stayed—*Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 147.1 (as am. by S.C. 1990, c. 35, s. 16; 1994, c. 7, Sch. II, s. 120(F); Sch. VIII, s. 85; 1996, c. 21, s. 36; 1997, c. 25, s. 44; 1998, c. 19, ss. 39, 173; 2003, c. 15, s. 84; 2005, c. 30, s. 11), 172(3)(f) (as am. by S.C. 1990, c. 35, s. 18; 1994, c. 7, Sch. II, s. 141; 1998, c. 19, s. 46; 2001, c. 41, ss. 115, 127; 2005, c. 19, s. 39)—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).

BOUDREAU V. M.N.R. (A-248-05, 2005 FCA 304, Sharlow J.A., order dated 20/9/05, 27 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for declaration respondent failed to implement decision of Independent Third Party Reviewer (ITPR) by refusing to provide applicant with full-time pay and benefits since her reinstatement during period in which respondent making changes needed to accommodate disability—Whether duty to pay applicant on full-time basis—Effect of ITPR decision—Reviewer has no jurisdiction to deal with post-reinstatement remuneration—Application dismissed.

SHERMAN V. CANADA (CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-1050-05, 2006 FC 877, Simpson J., judgment dated 13/7/06, 8 pp.)

PAROLE

Judicial review of National Parole Board Appeal Division decision supporting ongoing, continuing detention of applicant until expiry of sentence—Applicant sentenced to 16 years' imprisonment for robbery, 6 years, concurrent, for manslaughter—Applicant's statutory release date November 5, 2004, warrant expiry date March 6, 2010—National Parole Board, Trial Division satisfied that if released on statutory date, applicant likely to commit offence causing serious harm—Denial of statutory release affirmed by Appeal Division—Review procedure followed by Board inquisitorial in nature—Procedural fairness not breached—Applicant given opportunity to provide own evidence, answer Board's questions, ask questions himself—Board treating evidence, persons before it fairly, equally—Criteria to be considered by Board in determining statutory release where person convicted of offence causing death or serious harm set out in *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA), s. 132(1)—Conclusion Board conducted fair assessment not reviewable error—All criteria considered, none given undue, unbalanced consideration—As to applicant's argument cannot be treated as member of criminal organization unless convicted, decision cited in support (*Coscia v. Canada (Attorney General)* (2004), 257 F.T.R. 101 (F.C.)) not applicable in light of F.C.A. decision ([2006] 1 F.C.R. 430) criticizing Federal Court conclusion in this regard—*Coscia* also distinguished as dealing with parole, not release upon expiry of statutory term under CCRA, s. 132(1)—Board could consider possible association with a group in case at bar, whether or not group was "criminal organization"—Conviction irrelevant to considerations under s. 132(1)—Application dismissed—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 132(1) (as am. by S.C. 1995, c. 42, s. 47).

YAARI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1969-04, 2005 FC 1353, Hughes J., order dated 3/10/05, 16 pp.)

PATENTS**INFRINGEMENT**

Plaintiffs owner of, licensees under Canadian patent 1275350 ('350 patent) directed to class of chemical compounds stated to be useful in treating hypertension—Lisinopril one such compound—Some of plaintiffs selling drugs in Canada incorporating lisinopril—Defendant producing, selling in Canada generic version of some of plaintiffs' lisinopril drugs—Plaintiffs alleging infringement; defendant counterclaiming, alleging invalidity—In another action dealing with related patent pertaining to enalapril, patent held to be valid, infringed by Apotex—'350 patent but one of many patents originating from parent '340 application filed in 1979—'350 patent is result of application "divided out" from parent '340 application in 1989—As such dealt with under provisions of old *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4)

PATENTS—Continued

—Other divided out applications including claims to class of compounds including enalapril, which ultimately matured to patent 1275349 ('349 patent)—Description of '350 patent essentially unchanged from that of parent '340 application—Stated uses, dosages, combination with other material same as those found in parent '340 application—Construction of claims, specifications of '350 and parent '340 application—As to parent application, specification directed to class of compounds, divided into three classes: preferred, more preferred, most preferred—Lisinopril, enalapril, enalaprilat specifically exemplified, claimed as compounds—No data given in respect of any compound, no comparison made between any compounds—Lisinopril not separated from "most preferred" class of compounds—'350 patent containing almost precisely same description—Apotex questioning whether parent '340 application describing one invention, i.e. class of compounds, or many separate inventions, one being class and others being those specifically stated, such as lisinopril, enalapril, enalaprilat—Meaning of "invention"—Although '340 specification compelling conclusion but one invention (as majority concluded in *May & Baker Limited et al. v. Boots Pure Drug Company Limited* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.) concluded), Exchequer Court in two decisions, both of which upheld by S.C.C., has, in respect of patents having disclosures and claims strikingly similar to that of '340 application, held otherwise—No substantive distinction between this case and *Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] Ex. C.R. 201; affd [1963] S.C.R. 410 and *Hoechst Pharmaceuticals of Canada Ltd. et al. v. Gilbert & Company et al.*, [1965] 1 Ex. C.R. 710—Judicial comity requiring finding '340 application disclosing separate inventions to each of the class, to lisinopril, to enalapril, to enalaprilat—Apotex also urging Court to consider extrinsic evidence, including communications between Merck's United States patent attorneys and United States Patent Office during prosecution of priority application filed there in construction of patent application—But such extrinsic evidence resisted because patent should stand on its own—Furthermore, general rule that extrinsic evidence inadmissible for purpose of construing patent specification necessarily extending to testimony of inventor pertaining to proper construction of specification—'350 patent claims construed as of date patent issued, granted—Apotex admitting infringement of claims 1, 2, 5 if found valid, subject to following exemptions: (1) old *Patent Act*, s. 56 exempting material acquired before '350 patent granted in 1990; (2) compulsory licence issued to Delmar under '350 patent exempting certain quantities of lisinopril manufactured by Delmar and ultimately acquired by Apotex; (3) *Patent Act*, s. 55.2 permitting Apotex to use, retain certain quantities of lisinopril for submissions as required by government authorities; (4) common law respecting patents permitting non-infringing use of certain

PATENTS—Continued

quantities of lisinopril for experimental purposes—Apotex precluded from challenging validity of claims—(1) Three lots of lisinopril at issue with respect to s. 56 exemption—Essentially same issue arising as to enalapril in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, [1995] 2 F.C. 723 wherein Federal Court of Appeal holding s. 56 only applying to material in satisfactory condition so as to be considered by manufacturer as something that could be shipped to customer—Batches at issue not usable for anything as of critical date—S. 56 exemption not applicable—(2) As to Delmar's compulsory licence, lisinopril made by Delmar during licence period, during which title but not possession passed to third party—Apotex ultimately acquired both title, possession to this lisinopril well after licence period expired—Earlier decisions of Federal Court Trial Division ((1994), 59 C.P.R. (3d) 133) and of Federal Court of Appeal ([1995] 2 F.C. 723) dealing with similar licence to Delmar for enalapril, confusing as consideration of licence mingled with consideration of s. 56, which appears to be irrelevant to licence issue—Subsequently S.C.C., in case involving different parties, considered effect of terminated compulsory licence in *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129—Held, in absence of express conditions to contrary, purchaser of such licensed product free to deal with product without fear of infringing upon patents in question—Federal Court of Appeal later considered *Eli Lilly in Apotex Inc. v. Merck & Co.*, [2003] 1 F.C. 242, holding *Eli Lilly* not representing change in law—But for that decision, Apotex may properly have asserted grant of licence by Commissioner including right to make, sell invention (lisinopril) for preparation or production of medicine—No restriction in licence that person preparing, producing medicine be Delmar or agent of or under contract with Delmar—Delmar able to sell lisinopril to others to prepare or produce medicine—But since 2002 F.C.A. decision, involving same parties in respect of compulsory licence identical in terms with that at issue here, involving patent arising from same parent application as '350 patent, deciding Apotex prevented from relitigating issue of licence, Apotex cannot now raise '350 licence as defence to infringement—While that decision binding, this Court of view licence, even if extinguished still runs with goods made before extinguished thus affording good defence to infringement—*Patent Act Amendment Act, 1992*, s. 12(2) providing no action for infringement lies in respect of any act done before commencement date—(3) S. 55.2(1) providing not infringement to make, use, sell patented invention solely for uses reasonably related to development, submission of information required under any law regulating manufacture, use, sale of product—Drug manufacturers required to retain samples on ongoing basis by both Canadian, United States federal regulatory authorities—Lisinopril, materials incorporating lisinopril prepared, used to obtain permission to

PATENTS—Continued

make drugs containing lisinopril, exempt under s. 55.2—Samples retained by Apotex for future reference in accordance with regulatory requirements never enter stream of commerce, ultimately destroyed—Such samples also exempt under s. 55.2—(4) (i) As to common-law exemptions respecting patent infringement, use of lisinopril in ongoing research, development of alternate formulae, alternate techniques for tablet making falling within "fair dealing" exemption provided in *Smith Kline & Micro Chemicals Limited. v. French Inter-American Corporation*, [1972] S.C.R. 506—(ii) Dedication of certain claims of 1276559 patent directed to particular uses of lisinopril specifically not affecting enforceability, validity of undedicated claims i.e. claims 1, 2, 5 of '350 patent—Exemptions found to be proper apply only to activity taking place on, after January 26, 2000 (six years before Apotex's pleading amended so as to include plea to such exemptions): *Patent Act*, s. 55.01—Apotex challenging validity of claims 1, 2, 5 of patent '350 on grounds of delay, double patenting, improper divisional—Plaintiffs relying on *Patent Act*, s. 45 i.e. patent, in absence of evidence to contrary, presumed valid—Claims in '349 patent relating to enalapril already held valid, infringed by Federal Court, Federal Court of Appeal—Review of cases dealing with finality of litigation—Same issues could have been raised in earlier litigation, but were not—Apotex precluded from raising attacks as to validity of '350 patent based on delay, improper divisional, double patenting—Nonetheless those arguments dealt with, dismissed on their merits—If several patents claiming same invention granted, application of principles of double patenting providing sufficient remedy as to validity—Lisinopril and enalapril plus diuretic not "identical or coterminus" inventions—'350 patent not invalid for reasons of double patenting over '684 patent—Took almost 12 years from original priority filing or almost 11 years from original Canadian filing for '350 patent to mature into granted patent—Merck provided timely response to Patent Office where requested—No evidence Merck wilfully delayed issue of '350 patent—Neither Canadian case law nor *Patent Act* addressing consequences of delay in prosecuting patent application other than abandonment if timely responses, fee payments not made—Critical examination of remedies for patent infringement—Plaintiffs clearly entitled to damages—Action taking 10 years to get to trial—When Apotex came into market with broad range of tablet strengths in 1999, Merck and Astra left market to Apotex—That plaintiffs essentially "threw in the towel" and left action to proceed at leisurely pace leading to conclusion should not be entitled to elect award of profits—Apotex enjoined from making, using, selling products containing lisinopril until expiry of '350 patent—"Elevated" damages not awarded as no pleading respecting such damages—Pre-judgment, post-judgment interest awarded—*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 45 (as

PATENTS—Concluded

am. by S.C. 2001, c. 10, s. 1), 55.01 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.2 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 194), 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, 2. 194)—*Patent Act Amendment Act*, S.C. 1993, c. 2, s. 12(2).

MERCK & CO., INC. v. APOTEX INC. (T-2792-96, 2006 FC 524, Hughes J., judgment dated 26/4/06, 88 pp.)

PRACTICE

Appeal by way of motion from Prothonotary's order granting, but not entirely in terms sought by plaintiffs, protective order in respect of documents to be furnished during course of discovery in patent infringement action—*Federal Courts Rules* not providing for protective orders—But such orders granted in United States, where often parallel litigation—Terms in Canadian litigation mirror United States order and often granted on consent—Court providing view as to appropriate form of order when parties disagree as to terms—Issue here not whether order should be granted, but what its terms should be—Court reluctant, save in unusual circumstances, to issue protective order with “highly” confidential, “counsel's eyes only” provisions—Prothonotary's conclusion no such unusual circumstances here not warranting Court's intervention—Open for Prothonotary to redraft draft order presented by plaintiffs, make terms bilateral—Motion dismissed—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).

MERCK & CO., INC. v. BRANTFORD CHEMICALS INC. (T-1780-03, 2005 FC 1360, Hughes J., order dated 4/10/05, 9 pp.)

PENITENTIARIES

Action for damages suffered resulting from certain actions or omissions of Correctional Service of Canada (CSC) while plaintiff in CSC custody at Fenbrook Correctional Institution in Gravenhurst, Ontario—Plaintiff alleged having allergy to tobacco smoke such that exposure thereto causing significant, immediate discomfort, including headache, nausea, irritation of throat—Whether CSC breached any duty to plaintiff regarding exposure to second-hand tobacco smoke at Fenbrook; whether damages might reasonably be claimed—Also, whether CSC violated plaintiff's right under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 12—Plaintiff currently serving life sentence after conviction of second degree murder—Action confined to periods of incarceration at Fenbrook, medium-security facility, consisting of four separate buildings, each having number of separate living quarters referred to as “ranges”—No non-smoking buildings but each building having designated non-smoking ranges—Each building having ventilation, air return systems to circulate, replace inside air with outside air but systems not always eliminating

PENITENTIARIES—Continued

presence of some second-hand smoke—At all relevant times, Fenbrook's smoking policy permitting smoking in individual rooms on designated smoking ranges or outside building—Various places in building where non-smokers would be exposed to second-hand tobacco smoke—Although appropriate disciplinary measures taken against inmates found smoking in violation of policy, violations thereof needed to be observed by guards, or brought to their attention to enforce policy—Plaintiff having to constantly complain about exposure to second-hand smoke, bring individual offenders to attention of authorities—Resulting in animosity towards plaintiff—No other evidence adduced regarding how CSC enforced smoking policy at Fenbrook—Problem with second-hand smoke also brought to CSC's attention by plaintiff's counsel who wrote to Fenbrook's warden on behalf of plaintiff—Unit Manager of Fenbrook Falcon Unit responded stating range in which plaintiff living would be converted into non-smoking range including adjacent range to resolve any cross-ventilation problems—Steps outlined in memorandum never implemented—Three days after plaintiff received memorandum, was moved to different building at night for personal safety reasons—Transfer not resolving problem of exposure to second-hand smoke—Sufficient evidence (ex. affidavits by plaintiff's physicians) to establish plaintiff having significant physical reaction when exposed to second-hand smoke—Memorandum also expressly acknowledged plaintiff's medical needs, concerns relating to tobacco smoke—Even without allergy to tobacco smoke, plaintiff entitled to live without exposure to second-hand smoke at least in non-smoking areas of prison without onus of having to complain about fellow inmates—Fenbrook owed plaintiff duty of care under relevant legislation, common law to incarcerate plaintiff in healthful conditions not causing physical discomfort, upset—CSC failed in duty to extent did not take reasonable steps to ensure smoking policy enforced; ensure plaintiff not exposed to second-hand smoke—Unreasonable to expect individual inmates to report on other inmates; to have constantly moved plaintiff from one unit, range to another—Also unfortunate air circulation systems moving smoke into non-smoking areas—CSC could have taken inexpensive, reasonable steps, to enforce policy, including better monitoring of non-designated areas or possible installation of smoke detectors—No evidence such options explored—However, CSC announced smoking inside all federal institutions, correctional centres prohibited effective January 31, 2006—Smoking only permitted in designated outdoor areas—Goal of new policy to eliminate exposure to second-hand smoke in all federal penitentiaries—Plaintiff's exposure to second-hand smoke not constituting cruel, unusual treatment or punishment to degree outraging standards of decency, violating Charter, s. 12 rights—Correctional facilities have, continue to grapple with issue of

PENITENTIARIES—Continued

smoking, placing increasing restrictions, limits on smoking—CSC recognized problem, had smoking policy but policy inadequate to promote healthful environment—Although policy enforced at least in part by requiring inmates to report on one another, situation not amounting to deliberate or malicious imposition of cruel, unusual treatment—CSC's shortcomings in formulating, enforcing policy consistent with obligations under legislation not amounting to cruel, unusual punishment or treatment in violation of Charter, s. 12 rights—Regarding damages, no evidence plaintiff has, suffering from any life-threatening or chronic medical condition as consequence of exposure to tobacco smoke—Plaintiff having number of pre-existing respiratory or pulmonary risk factors or conditions—Losses, damages speculative, forming no basis for award—Damages only for immediate physical reaction, discomfort plaintiff experienced from being exposed to second-hand tobacco smoke—Court cannot speculate or assess amount of damages for possible pecuniary losses—General damages for stress, discomfort assessed at \$5000—Action allowed—*Correctional and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20—*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.

MALJKOVICH V. CANADA (T-954-02, 2005 FC 1398, Milczynski P., judgment dated 13/10/05, 10 pp.)

Judicial review of Commissioner of Correctional Service of Canada's (CSC) decision denying applicant's grievance re: placement in administrative segregation at Fenbrook Institution (FI)—Applicant placed in administrative segregation on grounds actual or intended acts jeopardized security of institution or persons, that continued presence in general inmate population would prolong risk—Prison authorities receiving information alleging applicant involved in drug subculture at FI; directly, indirectly intimidated other inmates; periodically carried weapon on person—Involuntary Segregation Placement Report (Placement Report) outlining grounds, rationale for administrative segregation decision—Segregation Review Board (SRB) conducted review of applicant's placement in segregation in accordance with *Corrections and Conditional Release Regulations*, s. 21(2)(a)—Applicant attended hearing, submitted rebuttal denying allegations—On SRB's recommendation, applicant kept in administrative segregation pending completion of Security Intelligence Officer's (SIO) investigation—Applicant provided with written reasons for SRB's recommendation—Later, substance of allegations told to him in detail but not provided with Security Intelligence Reports, Record of Intercepted Telephone Communications (involving applicant using false PIN number to avoid detection) to protect security of Institution, sources of information—Applicant grieved

PENITENTIARIES—Continued

segregation decision through CSC's internal resolution process—Grievance denied at second level by Ontario Regional Deputy Commissioner—CSC's third-level decision affirmed Deputy Commissioner's rejection of applicant's grievance—Prison authorities having duty of procedural fairness when exercising authority to place inmates in involuntary administrative segregation—Review standard of correctness applicable to duty of fairness—CSC not failing to disclose sufficient particulars of allegations to enable applicant to know case to be met, make meaningful reply—Fairness principle requiring that individual be apprised of case to be met, be afforded opportunity to meaningfully answer allegations faced—Fairness also depending on appreciation of context of particular statute, rights affected—Fairness principle in context of decision to administratively segregate inmate requiring that inmate placed in segregation be told grounds for decision, facts underlying grounds—Requiring that relevant justification under Regulations, s. 31(3) be disclosed, factual underpinning of grounds be identified—Disclosure requirement mandated by fairness principle in disciplinary cases greater than in institutional administrative cases—Fairness satisfied once inmate informed information exists in relation to specific ground cited for segregation—Applicant repeatedly informed that ground for segregation contained in Act, s. 31(3)(i), (ii) (actual or intended acts jeopardized security of institution or persons)—Information provided satisfied requirement to disclose ground of segregation to applicant—Applicant further given synopsis detailing existence of information relating to issue of security of institution—Particulars of allegations described in Placement Report—Each allegation related directly to security of institution, of other inmates—Disclosure properly informed applicant of case to be met—CSC Security Officer apprised applicant of details of allegations, including use of fake PIN number to place telephone calls, use of bank account to do suspicious transactions, etc.—Prison authorities not required to disclose to applicant that some of information obtained by interception of telephone communications—Once nature of allegations relating to ground of segregation identified, burden to disclose discharged—No further obligation to disclose specific sources of information—Sufficient disclosure of grounds of confinement, information underlying grounds to allow applicant to properly respond with meaningful submissions—Standard of review applicable to CSC's third-level decision to uphold applicant's administrative segregation—Application of pragmatic, functional approach—(1) Act neither containing privative clause insulating Commissioner's decisions made pursuant to grievance process, nor providing route of appeal from Commissioner's decision—First factor therefore neutral—(2) Commissioner or delegate had obvious expertise relating to CSC, institutional administration, including administrative segregation—Factor favouring curial deference to Commissioner's decisions relating to internal

PENITENTIARIES—Continued

prison management, including inmate segregation grievances—(3) Overall objective of Act to contribute to maintenance of just, peaceful, safe society—Act recognizing CSC's necessity to oversee own internal administrative matters—Act, s. 31 outlining purpose of administrative segregation to separate inmate from general institutional population on basis of one of grounds enumerated in s. 31(3)—Each ground relating to security of inmate, other persons, institution itself—Purpose of legislation favouring greater deference to Commissioner's decision—(4) Nature of question to be addressed—Commissioner's decision turning on determination of fact—CSC's third-level decision to be assessed against standard of patent unreasonableness—Decision-maker arrived at conclusion having regard to grounds justifying involuntary segregation, information held by CSC in relation to ground, applicant's denials of allegations against him, written reasons of second level disposition—Based on allegations specified in Placement Report, further particulars from SIO's investigation cited in Deputy Commissioner's reasons for decision, institutional head had reasonable grounds to believe applicant had jeopardized security of institution, would continue to do so if allowed to remain in general inmate population—Alternatives to segregation contemplated by institutional head from outset rejected—Confinement of applicant to cell not possible given institutional structure—Rejection of alternatives to administrative segregation reasonable—CSC's third-level decision to uphold Deputy Commissioner's denial of applicant's grievance not patently unreasonable—Application dismissed—*Correctional and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 31—*Correctional and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 21, 94.

MACDONALD V. CANADA (T-330-05, 2005 FC 1326, Kelen J., order dated 29/9/05, 29 pp.)

Applicant, inmate at Mission Institution, has serious visual handicap—Difficulty watching 14-inch television monitor, prefers watching 22-inch computer monitor using TV tuner card—Possession of such card authorized at time applicant obtained computer in 1997—Directive by Commissioner (of Correctional Service Canada) No. 90 (Directive No. 90), entitled "Personal Property of Inmates", amended in 2003 to limit purchasing new computers and updating computers obtained by inmates prior to October 2002, and currently prohibits possession of TV tuner cards and storage units—In 2004, prison authorities at Institution confiscated applicant's computer to remove TV tuner card and storage unit—Application for judicial review regarding validity of Directive as well as validity of various administrative actions later taken under supposed authority of Commissioner—In interest of justice to hear matter, regardless of possibility of internal remedies to challenge administrative decision disputed by applicant—In effect, applicant disputing validity of Directive

PENITENTIARIES—Concluded

No. 90, and no internal appeal from Commissioner's decision—Further, applicant arguing Charter, s. 24 breached, meaning that had applicant filed grievance with Commissioner, Commissioner in conflict of interest since might eventually be called to rule on scope and legality of own decision—Court therefore proceeded to analyze merits of application—Inaction by Correctional Service Canada (with regard to removal of TV tuner card and storage unit from applicant's computer) tacit acceptance of argument that applicant possessed acquired rights, and lack of concrete action by respondent with respect to peripheral equipment suggested use did not pose reasonable risk—Application allowed—Prison authorities acted in perverse and capricious manner by confiscating applicant's computer in order to remove TV tuner and storage unit—Considering fact applicant's acquired rights clearly upheld by Appendix A of Directive No. 90, stating inmates already authorized to possess non-compliant computers or peripherals can keep them despite fact specifications from Appendix A not met, not necessary for Court to base reasoning on Charter, s. 15—Although adoption of coherent predictable policy on safety of personnel and even of prison population (e.g. Directive No. 90) of cardinal importance in penitentiary system, Directive No. 90 also recognizes certain individuals suffering from visual or physical handicaps need, under certain conditions, to use peripherals and software adapted to their needs—Applicant such individual—Also not necessary to decide whether loss of disputed peripherals infringement of Charter, s. 15, because current policy authorizes possession of non-compliant computers and peripherals in case of inmates authorized to keep equipment before October 2002—Applicant obtained such authorization—Prison authorities' removal of storage unit and TV tuner card therefore contrary to *Corrections and Conditional Release Act* (under which applicant entitled to range of appropriate programs designed to meet his needs) and applicant's acquired rights—*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]—*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20.

POULIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1628-04, 2005 FC 1293, Martineau J., order dated 20/9/05, 20 pp.)

PENSIONS

Judicial review of a decision of the Minister of Human Resources Development finding that no administrative error was made or erroneous opinion given by an official that would have caused the applicant to lose her right to a division of pensionable earnings—The applicant was in a common-law relationship from 1977 to 1991—During this period, the applicant and her spouse made pension contributions under

PENSIONS—Concluded

An Act respecting the Québec Pension Plan (AARQPP), but not under the *Canada Pension Plan (CPP)*—The applicant alleges that in 1992 she indicated her intention of applying to the *Régie des rentes du Québec (Régie)* for the partition of earnings between former spouses—The application was turned down by the Régie because the legal proceedings concerning her separation had not been completed—In 1998, her second application was rejected because it was incomplete—In 2002, the applicant submitted an application for the division of earnings between former spouses under the CPP—This application was rejected on the ground that the applicant had not filed it within four years following the day on which she stopped living common law—On appeal, the applicant alleged that her application to the CPP should have been accepted on the basis of erroneous advice given by the Régie, that is, that she wait until the legal proceedings were completed before submitting her application—The appeal was dismissed and the applicant applied for judicial review of this decision—The CPP's jurisdiction was considered on judicial review, and although jurisdiction is a question of law, a pragmatic and functional analysis revealed that the applicable standard of review was patent unreasonableness—The applicant did not lose her right to the partition of pensionable earnings as a result of the Régie's alleged error, since it was only in 1999 that the partition of earnings between former common-law spouses was first recognized under the AARQPP—Her application would have been rejected in 1992 and in 1998—Although the respondent decided to reject the applicant's application because it was statute barred, the respondent did not have jurisdiction because the earnings could not be divided under the CPP—However, the lack of jurisdiction did not cause prejudice to the applicant, since she was not entitled to receive a pension—The CPP gives the respondent the discretion to take remedial action to place a person in the position that the person would be in, if the Minister is satisfied that, as a result of erroneous advice or administrative error, that person has been denied a division of earnings—However, in this case, this discretionary power was not applicable, since the alleged administrative error or erroneous advice was made or given by the Régie, not the respondent—Finally, the Federal Court had no jurisdiction, since the contributions in question had been made to a provincial plan and, under the CPP, earnings accumulated by the applicant and her common-law spouse should have been shared under the AARQPP, which is under provincial jurisdiction—Application dismissed—*An Act respecting the Québec Pension Plan*, R.S.Q., c. R-9—*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.

PAQUETTE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T-1073-04, 2005 FC 1505, Teitelbaum J., order dated 7/11/05, 21 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Anton Piller Orders*

Application for review of Anton Piller order, to convert interim injunction into interlocutory one, for show cause order in respect of allegations of contempt of Anton Piller order against defendant Sean Eren—Plaintiff corporation offering plasma television sets for sale exclusively through Internet (e-tailing)—Defendant Sean Eren, computer programmer, working for plaintiff as independent contractor, then as employee, until resigning to join defendant Avery Holdings Inc., which sought to go into e-tailing business selling plasma television sets—Avery launching e-tailing Web site one month later—Plaintiff becoming aware of this Web site and concluding text, images, compilation of materials identical to that of its own Web site—Plaintiff contacting, but to no effect, host server for Avery's Web site in Canada to have it remove offending Web site—Avery commencing action in Ontario Superior Court of Justice against plaintiff alleging interference with contractual relations and economic interests, and plaintiff granted extension of time to file defence—In the meantime, plaintiff commencing action in Federal Court alleging breach of copyright, misuse of confidential information, breach of contractual relations—Plaintiff also seeking Anton Piller order, interim injunction—That order granted, permitting execution at three premises, allowing seizure, inspection, copying of materials concerning infringement of plaintiff's copyrights, use of plaintiff's confidential information—Interim injunction restraining defendants from infringing plaintiff's copyrights, using plaintiff's confidential information, also granted—Laptop of defendant Susan Katz delivered up, contents inspected, certain materials found—Later discovered defendant Sean Eren also in possession of computer reasonably expected to contain materials, information relating to copyright, confidential information at issue, but by time existence of this computer disclosed, information lost—Anton Piller order arising initially in *Anton Piller KG v. Manufacturing Process Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), where Court explained such order to be given only in most exceptional circumstances—Conditions for order stated in that case adopted by Federal Court—Also, in *ex parte* proceeding, heavy obligation on moving party to make full, frank disclosure of relevant facts to Court—Application of conditions to case at bar—First condition, extremely strong *prima facie* case, not met—Plaintiff's copyright infringement claim not demonstrating particular subject-matter, how copyright in subject-matter subsisting in Canada, how plaintiff asserting ownership in copyright—Plaintiff not asserting identity of work, such that it is within meaning of *Copyright Act*, nationality of author, place of first publication—Order giving no identification as to work(s) subject to order—No facts giving rise to presumption of copyright pleaded or put in evidence—Identity of works in which copyright asserted never

PRACTICE—Continued

clearly particularized—Materials found on defendant's laptop not showing extremely strong *prima facie* case—As to misuse of plaintiff's confidential information, Court not having jurisdiction to hear, grant relief in respect of claims as to "confidential information"—That portion of statement of claim struck out—Second condition, very serious damage to plaintiff, not shown—Any damage speculative, unproven at this stage—Third condition, real possibility evidence may be destroyed, not met as plaintiff's case rests essentially on publicly available evidence—As to fourth condition (actually a pre-condition), inspection caused real harm (e.g. effect of attempted execution of order at private residence leased to non-defendant on teenager's perception of legal process, courts, dignity of law)—Plaintiff's evidence, submissions to Judge granting order, lacking candour for that reason—Also lacking candour because of failure to tell Judge ongoing discussions taking place between plaintiff, defendant Avery's solicitors in context of Ontario action and that plaintiff given delay in filing defence in that action until very day Anton Piller application heard—Anton Piller order vacated—As to interlocutory injunction, plaintiff failing to show irreparable harm, balance of convenience favouring defendants—Interim injunction vacated—As to contempt, Anton Piller order was, save portion re: confidential information, until that time, valid order of Court entitled to respect and to be obeyed—Prudent, honest person would have turned computer over for inspection when appropriate—For this reason, show cause order issued—*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

NETBORED INC. V. AVERY HOLDINGS INC. (T-2289-03, 2005 FC 1405, Hughes J., order dated 14/10/05, 41 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Summary Judgment*

Appeal from decision by F.C. judge dismissing appellant's motion for summary judgment to have respondents' action dismissed—Judge did not err in dismissing motion—Appeal dismissed.

HACHÉ V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (A-646-04, 2005 FCA 418, Nadon, J.A., judgment dated 9/12/05, 15 pp.)

PARTIES

Motion to be added as respondent to appeal against Re-examination Board decision claims in patent anticipated by prior art—Motion allowed as proposed respondent party in first instance adverse in interest to appellant—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 338(1)(a).

GENENCOR INTERNATIONAL, INC. V. CANADA (COMMISSIONER OF PATENTS) (T-262-06, 2006 FC 876, Morneau P., order dated 13/7/06, 14 pp.)

PRACTICE—Continued**PLEADINGS***Motion to Strike*

Plaintiffs proposing class action on behalf of all those having applied, paid prescribed fees for permanent resident visas, work permits, student permits, temporary resident visas, renewal of temporary status—Alleging fees excessive, seeking restitution based on unjust enrichment, negligence—Defendant moving to strike statement of claim, dismiss action—At motion to strike stage, allegations of fact, i.e. fees paid exceeding defendant's costs contrary to *Financial Administration Act* (FAA), taken to be true—Main thrust of motion is that fees validly levied, collected pursuant to various Immigration Regulations prevailing over FAA—FAA, s. 19(2) providing that fees for service not to exceed cost to Her Majesty of providing service—Not plain, obvious that by permitting fees under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) to be fixed by regulations, Parliament intended service fees could exceed cost—Not plain, obvious Parliament intended necessary services to be provided on more than cost-recovery basis—FAA multipurpose statute—Court not prepared to accept, on motion to strike, regulation under other Act capable of circumventing FAA, s. 19(2)—Absent language to contrary, Regulations must conform to requirements of FAA—Defendant arguing plaintiffs not entitled to refund—Cases relied on dealing with taxes—Here, service fees not taxes—Court not prepared to hold, in context of motion to strike, refund not available with respect to moneys collected, paid into public treasury that are not taxes—As to unjust enrichment cause of action, no plain, obvious juristic reason to deny recovery—Plaintiffs thus making out *prima facie* case, defendant not rebutting that case—Plaintiffs also setting out sufficient facts re: mutual mistake, money had and received causes of action—With respect to negligence, liability subject to determination of whether sufficient proximity to give rise to duty of care, and if so, whether policy considerations negating duty—Here, plain, obvious action in negligence cannot succeed—Motion granted in part—*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(2) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6)—*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2002, c. 27.

MOMI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1669-05, 2005 FC 1484, Harrington J., order dated 3/11/05, 18 pp.)

Plaintiffs owners in Canada of copyright in Asian-language films; L. S. Entertainment active plaintiff, wholesale distributor of Asian-language films in Canada—Plaintiffs alleging defendants, carrying on business of retail video stores, infringing copyright in films—Seeking order striking out statement of defence, granting default judgment on basis defendants failing to comply with three orders of Court—Not

PRACTICE—Continued

possible to say defendants' statement of defence disclosing no reasonable defence—However, defendant Mandy Hui Mei Chen's (manager of Formosa Video (Canada) Ltd.) failure to re-attend for examination for discovery breaching order of Court within contemplation of *Federal Courts Rules*, r. 97, which provides that "[w]here a person fails to attend an oral examination . . . the Court may . . . (d) dismiss the proceeding or give judgment by default"—Medical notes provided to justify failure to attend inadequate—Defendant Chen also failing to attend dispute resolution conference—Although Court's order fixing date, time, place of dispute resolution conference not directly within contemplation of r. 97, its effect creating analogous situation, tantamount to breach of order to attend oral examination pursuant to r. 4—Authority granted by r. 97(d) discretionary—That discretion exercised in case at bar—Statement of defence struck out—Defendants' conduct throughout proceedings taken into account—No serious question of law to be argued, default judgment granted as against defendants Formosa and Chen—Proceeding dismissed as against defendant Shun Po Chan as not active in proceeding, plaintiffs not pursuing proceeding against him—Declaration as between plaintiffs and Formosa and Chen issued, permanent injunction issued against Formosa and Chen with respect to films—Plaintiffs electing to recover statutory damages pursuant to *Copyright Act*, s. 38.1—Factors to be considered by Court in exercising discretion re: award of statutory damages set out in *Copyright Act*, s. 38.1(5)—Here, defendants acted in bad faith, defendant Chen's conduct reprehensible, necessary to deter other infringements of copyright in question—Statutory damages claimed (\$1000 in respect of each of the 14 seized films in issue) reasonable and thus awarded—Plaintiffs entitled to remedy of delivery up contemplated in *Copyright Act*, films, back-up computer records seized on behalf of plaintiffs ordered forfeited to plaintiffs—In light of defendants' conduct, award of costs above ordinary scale justified—Motion granted—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 4, 97—*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 38.1 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 20).

L. S. ENTERTAINMENT GROUP INC. v. FORMOSA VIDEO (CANADA) (T-1795-01, 2005 FC 1347, Gibson J., declaration, order and judgment dated 30/9/05, 35 pp.)

PRELIMINARY DETERMINATION OF QUESTION OF LAW

Motion to determine questions of law prior to trial—Plaintiff seeking declaration Canada owing her fiduciary duty as First Nations Woman, that duty breached by transfer of administration, management of commitments under Urban Native Non-Profit Housing Program (UNNHP) from Canada to province of Manitoba—Plaintiff claiming Canada having duty to establish special measures in form of federally funded programs to improve social conditions of Aboriginal peoples

PRACTICE—Continued

in area of housing—According to agreed statement of facts, Canada Mortgage and Housing Corporation (CMHC) designed, delivered social housing programs under *National Housing Act*, s. 95, for provision of subsidies to reduce cost of rental housing for moderate to low-income people—CMHC entering into project operating agreements with owners, operators of housing projects setting out terms, conditions for payment of subsidies under s. 95 programs—UNNHP's s. 95 program designed to benefit, help Aboriginals with respect to housing—In 1986, Canada also entered into global agreement with Government of Manitoba to share costs of s. 95 housing programs—CMHC, Manitoba Housing and Renewal Corporation (MHRC) entered into operating agreement for management, administration of s. 95 programs by MHRC—MHRC entered into various project operating agreements with Aiyawin eligible sponsor group, under UNNHP—Global agreement only affected projects managed, administered by MHRC—Later, CMHC entered into Social Housing Agreement (SHA) with MHRC—Under SHA, management, administration of existing CMHC social housing programs in Manitoba including UNNHP consolidated under MHRC—SHA's stated purpose to enhance effectiveness, efficiency of programs—Plaintiff, tenant in housing unit owned by Aiyawin and low-income Aboriginal woman, brought action against Canada because of SHA—Alleged transfer of management, administration of UNNHP to MHRC constituted breach of alleged fiduciary duty owed by Canada, contrary to plaintiff's *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 right—Canada obtaining order Federal Court determine two questions of law before trial—(1) Whether Canada owing fiduciary duty, and if so, whether transfer of management, administration of UNNHP from CMHC to MHRC breaching aforementioned duty; (2) Whether plaintiff had required standing to assert claim to be beneficiary of fiduciary duty—Court limited to facts stated in agreed statement of facts—Agreed statement of facts providing chronology of development of CMHC, UNNHP, emergence of different federal-provincial agreements, CMHC-MHRC agreements—Also providing time line of various steps taken in action to date—Impossible to find any fiduciary duty owed by Crown on basis of agreed facts—Proof at trial of facts alleged would result in dismissal of action for failure to discharge burden of proof—More complete factual matrix required before Court able to decide whether to expand categories of fiduciary obligations—Although agreed facts showing no contract between plaintiff, federal government, possibility that agreement may have created fiduciary obligation cannot be fully rebutted—Agreed statement of facts not providing any background relating to funding agreements undertaken under UNNHP or *National Housing Act*—Wrong to deny existence of fiduciary obligation simply because agreement not made directly with each Aboriginal intended beneficiary if federal power intended to assume obligation to act for benefit of

PRACTICE—Concluded

Aboriginal peoples through agreements with service providers can be proven—Cannot exclude possibility Government of Canada became fiduciary by agreement—While fiduciary duties only existing in relation to specific Indian interests, possibility of finding additional contexts in which fiduciary duty owed by Canada left open—Pre-conditions for finding fiduciary duty: existence of cognizable Indian interest, discretionary control undertaken by Canada in relation to interest in manner invoking responsibility in nature of private law duty—Fact only Indian interests arising from disputes over land previously recognized as giving rise to fiduciary obligation not precluding that other Indian interests could be recognized by Court in present case—Uncertain whether private law duty should be found in present case—Well settled that on reference Supreme Court may decline to answer question where parties not providing sufficient information to allow Court to give complete or accurate answer—*Federal Courts Rules*, r. 220 providing for two-stage procedure in which Court itself first determining appropriateness of questions to be asked before undertaking to give answer—Wording therein intended to avoid very problem in present case—Given policy considerations underlying Rules, fact motion for preliminary determination of first question of law not contested, Prothonotary not called on to determine appropriateness of questions, Court refusing to answer questions since to do so on inadequate facts may have far-reaching consequences for persons other than parties whereas refusal to answer causing inconvenience only to parties responsible for creation of present situation—Motion dismissed—*National Housing Act*, R.S.C., 1985, c. N-11, s. 95 (as am. by R.S.C., 1985, c. 20 (2nd Supp.)), s. 11; S.C. 1992, c. 32, s. 46; 1999, c. 27, s. 20)—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 220—*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. 15.

BRUYERE V. CANADA (T-423-99, 2005 FC 1371, Hugessen J., order dated 12/10/05, 10 pp.)

PUBLIC SERVICE

Judicial review of decision by advisor denying applicant independent third party review (ITPR) recourse because position filled designated as temporary lateral transfer, not permanent position—Applicant, employee of respondent (CCRA) received internal e-mail announcing position (“Notice of Interest”) for property appraiser in real property appraisal division, replying thereto—Application, applications of three other employees accepted to take part in competition process—However, applicant not obtaining desired position, believing position permanent, sought recourse offered by respondent’s staffing program—Under *Canada Customs and Revenue Agency Act*, s. 54 respondent could create own

PUBLIC SERVICE—Continued

staffing program determining not only how employee appointments made, but also recourse available to employees—*Direction on Recourse for Staffing* providing employee dissatisfied with decision made in staffing process or unsuccessful in going through staffing process ability to exercise one of three available recourses, depending on nature of employment: namely individual feedback, internal review of decision or ITPR—When respondent learned not given position, applied for individual feedback in accordance with *Direction on Recourse for Staffing*—After feedback session, CCRA allowing employees dissatisfied with feedback to initiate ITPR application by applying in writing to CCRA Office of Dispute Management manager making decision regarding position—Office of Dispute Management must then check application to verify whether all eligibility requirements for ITPR met—If requirements met, application forwarded for independent third party review—When respondent sought ITPR, advisor refused to refer complaint for ITPR stating recourse only available for permanent positions—Court must examine process advisor followed in arriving at decision position constituting temporary lateral transfer—Fact respondent controlling own staffing program not meaning can apply whatever directives respondent likes—Advisor never initiated any proceeding, in writing or by hearing, to determine nature of position—Fact Act allowing Program to give effect to Directives creating legitimate expectation of procedural fairness—Respondent nevertheless subject to rules of natural justice, must ensure employees able to expect remedial process as established by Directives observed—Even if advisor told applicant not permanent position and therefore not entitled to ITPR, applicant given no opportunity to respond to statement—Necessarily gave rise to breach of natural justice—Parties assumed if advisor had concerns, would inform applicant and give applicant opportunity to respond—Therefore, discussion about whether independent third party could hear dispute never addressed—Applicant could not automatically resort to ITPR recourse—To refer application to independent third party, advisor had to decide whether applicant’s application eligible—Although proceeding before advisor not adversarial in nature, advisor’s decision significantly affected applicant’s rights—Applicant’s fundamental belief position permanent gave rise to reasonable expectation that advisor should have addressed fairly—If advisor unable to make decision based on information available, advisor at very least had duty to allow applicant to present case regarding nature of position in order to assess situation—Clearly issue of procedural fairness in present case—Even absent such issue, advisor’s decision patently unreasonable—No opportunity for Court to review advisor’s reasoning since advisor failed to explain decision—Thus impossible for applicant or Court to understand how advisor determined position temporary—Failure to explain reasoning (for ex., by writing reasons) risky for advisor given

PUBLIC SERVICE—Continued

that, even if decision may not initially appear reasonable, guideline exists for Court to follow to determine how advisor reached decision—Since no guideline to follow in case at bar Court had to rely on evidence filed by parties to assess whether decision reasonable—If evidence suggests result different from result determined by advisor, then difficult for Court to support advisor's reasoning—Advisor must determine what redressed by ITPR—One determining factor whether position classified as temporary or permanent—To do this, advisor failed to conduct independent research, examine evidence or consult individuals affected by matter—By refusing to make distinction, advisor failed in duties, matter of jurisdiction—Must interpret very nature of position and cannot rely on statement position temporary in order to designate as such—On account of fact candidate must devote several years of career, that position existed long before "Notice of Interest" posted, Court of view position permanent—Further, analysis of staffing program directives wording, ambiguity between French, English versions could be interpreted in applicant's favour—While English version of directives state ITPR conditional on position being "permanent appointment", French version refers to "*promotion à un poste permanent*"—In such contexts, if directives ambiguous, employer should not be able to base argument on one version of wording so as to adversely affect rights conferred by directives—Based on facts presented by parties, without advantage of understanding advisor's reasoning, advisor's decision patently unreasonable—Also, affidavit of person with no personal knowledge of facts inadmissible before Court pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 81(1)—Sociological studies incorporated into applicant's record to support claim position permanent inadmissible primarily because never submitted to advisor, thereby Rules, r. 81(1) against hearsay would be breached—Despite fact review in question made by independent third party interpreting directives specific to department such as CCRA, nevertheless necessary to ensure procedural fairness to individuals having recourse thereto—Application allowed—*Canada Customs and Revenue Agency Act*, S.C.

PUBLIC SERVICE—Concluded

1999, c.17, s. 54—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81(1).

GIRARD V. CANADA (CANADA CUSTOMS AND REVENUE AGENCY) (T-1844-04, 2005 FC 1341, Harrington J., order dated 30/9/05, 12 pp.)

LABOUR RELATIONS

Judicial review of Public Service Staff Relations Board (Board) decision refusing applicant's request for acting pay—Issue whether employee entitled to be paid higher classification rate for work performed before higher classification created—As part of employer's restructuring, new job classifications developed—Applicant informed in October 2001 that would be elevated from AU-03 group and level to new MG-05 group and level—Informed in August 2002 that effective date of appointment March 31, 2002—Applicant receiving performance bonus based on higher MG rate of pay as that was his rate of pay on last day of fiscal year (i.e. March 31, 2002)—Policy requiring performance of MG duties for at least six consecutive months during performance management period—Applicant arguing should also be paid at MG level for the period from October 14, 2001 to March 31, 2002, as he carried out MG functions during that time—Employer (respondent) disagreeing—Board member holding grievance could not be evaluated on basis of acting pay as pay rate requested non-existent at relevant time, grievance adjudicator unable to amend collective agreement—Although questions of law usually reviewed on correctness standard, particular deference owed with respect to interpretation of collective agreements—Here, standard of review reasonableness—Board member right to refuse to analyse applicant's work in light of non-existent classification at time work performed—Board member's decision logical, reasonable, correct in law: how can one compare job which exists to job which at the time did not exist?—Application dismissed.

HEPPELL V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1177-04, 2005 FC 1345, Harrington J., order dated 30/9/05, 8 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fci-cf.gc.ca/cf/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la cour Fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

BREVETS

CONTREFAÇON

Les demanderessees sont la titulaire et les licenciées du brevet canadien 1275350 (le brevet '350) qui vise une classe de composés chimiques déclarés utiles dans le traitement de l'hypertension—Le lisinopril est l'un de ces composés—Certaines demanderessees vendent au Canada des médicaments contenant du lisinopril—La défenderesse fabrique et vend au Canada une version générique de certains médicaments de lisinopril des demanderessees—Les demanderessees allèguent la contrefaçon; la défenderesse présente une demande reconventionnelle en invalidité de brevet—Dans une autre action visant un brevet connexe relié à l'énalapril, le brevet a été jugé valide et contrefait par Apotex—Le brevet '350 n'est que l'un des nombreux brevets issus de la demande initiale de brevet '340 déposée en 1979—Le brevet '350 résulte d'une demande complémentaire séparée de la demande initiale '340 en 1989—Il doit donc être traité sous le régime des dispositions de l'« ancienne » *Loi sur les brevets* (L.R.C. (1985), ch. P-4)—Une autre des demandes complémentaires, comportant des revendications touchant une classe de composés incluant l'énalapril, a finalement abouti à la délivrance du brevet portant le numéro 1275349 (le brevet '349)—La description du brevet '350 est essentiellement la même que celle de la demande initiale '340—Les usages, les dosages et la combinaison avec d'autres substances y sont identiques à ceux de la demande '340 initiale—Interprétation des revendications et du mémoire descriptif du brevet '350 et du brevet '340 initial—S'agissant de la demande initiale, le mémoire descriptif vise une classe de composés, divisée en trois classes, les composés recommandés, favorisés et privilégiés—Le lisinopril, l'énalapril et l'énalaprilat sont spécifiquement présentés dans les exemples et revendiqués comme composés—Aucune donnée n'est présentée au sujet d'aucun composé et il n'est effectué aucune comparaison entre les composés—Le lisinopril n'est aucunement séparé de la classe des composés désignés comme « privilégiés »—Le brevet '350 comporte presque précisément la même

BREVETS—Suite

description—La question soulevée par Apotex est la suivante: la demande '340 initiale décrit-elle une invention unique, nommément une classe de composés, ou vise-t-elle un grand nombre d'inventions distinctes, l'une portant sur la classe et les autres, sur les composés cités spécialement tels que le lisinopril, l'énalapril et l'énalaprilat?—Sens du mot « invention »—Bien que le mémoire descriptif de la demande '340 conduise forcément à la conclusion qu'une seule invention est décrite (comme l'a conclu la majorité dans l'arrêt *May & Baker Limited et al. v. Boots Pure Drug Company Limited* (1950), 67 R.P.C. 23 (H.L.), la Cour de l'Échiquier, dans deux décisions, toutes les deux confirmées par la C.S.C., a conclu autrement au sujet de brevets qui présentaient des divulgations et des revendications d'une ressemblance frappante avec celles de la demande '340—Il n'existe aucune distinction importante entre l'espèce et les décisions *Bœhringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] R.C.É. 201; conf. par [1963] R.C.S. 410 et *Hœchst Pharmaceuticals of Canada Ltd. et al. v. Gilbert & Company et al.*, [1965] 1 R.C.É. 710—La courtoisie judiciaire force à conclure que la demande '340 divulgue des inventions distinctes à l'égard de chaque membre de la classe, le lisinopril, l'énalapril et l'énalaprilat—Apotex a également incité la Cour, dans l'examen de la question de l'interprétation de la demande de brevet, à prendre en considération la preuve extrinsèque, notamment les communications entre les avocats en brevets de Merck aux États-Unis et le United States Patent Office (Bureau des brevets des États-Unis) au cours de l'instruction de la demande de priorité déposée aux États-Unis—Mais la preuve extrinsèque ne doit pas être prise en compte, car le brevet doit être complet en lui-même—En outre, la règle générale selon laquelle la preuve extrinsèque n'est pas admissible pour l'interprétation du mémoire descriptif du brevet doit nécessairement s'appliquer au témoignage de l'inventeur sur la juste interprétation du mémoire descriptif—L'interprétation des revendications du brevet '350 doit s'appliquer à la date où le brevet a été délivré et accordé—Apotex admet que si les revendications 1, 2 et 5 sont jugées

BREVETS—Suite

valides, elle aura contrefait ces revendications sous réserve des exceptions suivantes : 1) l'art. 56 de l'ancienne *Loi sur les brevets* crée une exception pour les matières acquises avant la délivrance du brevet '350 en 1990; 2) la licence obligatoire octroyée à Delmar à l'égard du brevet '350 crée une exception pour certaines quantités du lisinopril fabriqué par Delmar et acquis finalement par Apotex; 3) l'art. 55.2 de la *Loi sur les brevets* autorise Apotex à utiliser et à conserver certaines quantités de lisinopril pour la production du dossier d'information aux autorités gouvernementales; 4) la common law en matière de brevets autorise, sans qu'il y ait contrefaçon, l'usage de certaines quantités de lisinopril à des fins expérimentales—Apotex ne peut contester la validité des revendications—1) Trois lots de lisinopril sont visés par l'argument invoquant l'exception visé à l'art. 56—Pour l'essentiel, la même question avait été soulevée au sujet de l'énalapril dans l'arrêt *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, ([1995] 2 C.F. 723), où la Cour d'appel fédérale avait conclu que l'art. 56 ne pouvait s'appliquer qu'à une matière se trouvant dans un état tel qu'elle puisse être considérée par le fabricant comme un produit susceptible d'être expédié à un client—Les lots en question n'étaient utilisables à aucune fin à la date critique—L'exception de l'art. 56 ne s'applique pas—2) S'agissant de la licence obligatoire de Delmar, la propriété du lisinopril fabriqué par Delmar au cours de la durée de la licence, mais non la possession, a été transférée à un tiers—Apotex a finalement acquis la propriété et est entrée en possession de ce lisinopril longtemps après l'expiration de la licence—Les décisions antérieures de la Section de première instance de la Cour fédérale ([1994] A.C.F. n° 1898 (QL)) et de la Cour d'appel fédérale, [1995] 2 C.F. 723 qui concernent une licence très semblable de Delmar pour de l'énalapril, créent de la confusion car elles confondent la prise en considération de la licence et la prise en compte de l'art. 56, qui semble non pertinent à l'égard de la question de la licence—Ultérieurement la C.S.C., dans une affaire touchant des parties différentes, a examiné l'effet d'une licence obligatoire venue à expiration dans l'arrêt *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129—Elle a conclu qu'en l'absence de conditions expresses en sens contraire, l'acheteur d'un tel produit sous licence est libre d'en disposer à son gré sans craindre de contrefaire les brevet visés—Par la suite, la Cour d'appel fédérale a examiné l'arrêt *Eli Lilly* dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, [2003] 1 C.F. 242 et conclu que l'arrêt *Eli Lilly* ne représentait pas un changement du droit—N'eût été de cet arrêt, Apotex aurait pu à juste titre soutenir que l'octroi d'une licence par le commissaire comporte le droit de fabriquer et de vendre l'invention (le lisinopril) pour la préparation ou la production du médicament—Aucune condition restrictive de la licence n'exige que la personne qui prépare ou produit le médicament soit Delmar, un mandataire de Delmar ou une personne ayant passé un contrat avec Delmar—Delmar peut vendre le lisinopril à d'autres personnes

BREVETS—Suite

en vue de la préparation ou de la production du médicament—Mais depuis qu'il a été conclu dans l'arrêt de 2002 de la C.A.F. mettant en cause les mêmes parties, Apotex et Merck, à l'égard d'une licence obligatoire identique dans ses conditions à la licence visée en l'espèce, portant sur un brevet issu de la même demande initiale (la demande '340) que le brevet '350 visé en l'espèce, qu'Apotex n'avait pas le droit d'intenter un nouveau procès sur la question de la licence, Apotex ne peut pas, maintenant, invoquer la licence visant le brevet '350 comme moyen de défense à la contrefaçon—Étant tenu par cet arrêt, la Cour estime que la licence, même expirée, conserve sa validité à l'égard des marchandises fabriquées avant son expiration, ce qui fournit un moyen de défense valable contre la contrefaçon—L'art. 12(2) de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* prévoit qu'il ne peut être intenté aucune action en contrefaçon à l'égard d'un acte accompli avant la date d'entrée en vigueur—3) L'art. 55.2(1) prévoit qu'il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsqu'une personne fabrique, utilise ou vend l'invention brevetée dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi réglementant la fabrication, l'utilisation ou la vente d'un produit—Les fabricants de médicaments sont tenus par les autorités réglementaires fédérales du Canada et des États-Unis de conserver régulièrement des échantillons—Le lisinopril et les matières incorporant du lisinopril ont été préparés et utilisés en vue d'obtenir l'autorisation nécessaire à la vente au Canada et aux États-Unis de médicaments contenant du lisinopril, usages faisant l'objet d'une exception en vertu de l'art. 55.2—Les échantillons conservés par Apotex comme pièces de référence éventuellement demandées conformément aux dispositions de la réglementation n'entrent jamais dans le circuit commercial et sont finalement détruits—Ces échantillons font également l'objet d'une exception en vertu de l'art. 55.2—4) i) S'agissant des exceptions de common law en matière de contrefaçon de brevet, l'usage du lisinopril dans la recherche et le développement courants des formulations nouvelles et des techniques nouvelles de fabrication des comprimés tombe sous l'exception du « traitement équitable » visée dans l'arrêt *Micro Chemicals Limited c. Smith Kline & French Inter-American Corporation*, [1972] R.C.S. 506—ii) La cession de certaines revendications du brevet 1276559 visant des usages particuliers du lisinopril a été rédigée spécifiquement de manière à ce qu'elle n'altère pas la force exécutoire ou la validité des revendications 1, 2 et 5 non cédées du brevet '350—Les exceptions jugées applicables ne valent que pour les actes survenus le 26 janvier 2000 ou ultérieurement (c'est-à-dire six ans avant la modification des actes de procédure d'Apotex visant à invoquer ces exceptions en défense) : art. 55.01 de la *Loi sur les brevets*—Apotex attaque la validité des revendications 1, 2 et 5 du brevet '350 aux motifs du retard, du double brevet et du caractère inapproprié de la demande complémentaire—Les demande-

BREVETS—Suite

resses s'appuient sur l'art. 45 de la *Loi sur les brevets*, qui prévoit que le brevet, sauf preuve contraire, est présumé être valide—Il a déjà été statué par la Cour fédérale et par la Cour d'appel fédérale que les revendications du brevet '349 portant sur l'énalapril sont valides et ont été contrefaites—Revue de la jurisprudence sur le caractère définitif des instances—Les mêmes questions auraient pu être soulevées dans le procès antérieur, mais ne l'ont pas été —Apotex est irrecevable à attaquer la validité du brevet '350 en invoquant le retard, le brevet complémentaire incorrect ou le double brevet—Néanmoins, ces arguments sont traités et rejetés comme non fondés—Si plusieurs brevets revendiquant la même invention ont été accordés, l'application des principes en matière de double brevet offre une possibilité suffisante de redressement à l'égard de la validité—Le lisinopril et l'énalapril associés à un diurétique sont des inventions où il n'y a pas « identité » entre les inventions—Le brevet '350 n'est pas invalide au motif du double brevet en regard du brevet '684—Il a fallu presque 12 ans à partir du dépôt de la demande de priorité originale ou presque 11 ans à partir du dépôt de la demande originale au Canada pour aboutir à la délivrance du brevet '350—Merck a répondu sans délai aux demandes du Bureau des brevets—Aucune preuve n'établit que Merck a volontairement retardé la délivrance du brevet '350—Rien dans la jurisprudence canadienne ni dans la *Loi sur les brevets* ne vise les conséquences qu'entraîne le fait de retarder l'instruction de la demande de brevet, si ce n'est l'abandon dans le cas où le demandeur ne répond pas en temps voulu et n'acquiesce pas le paiement des taxes—Analyse critique des réparations en matière de contrefaçon de brevet—Les demanderesse ont manifestement droit à des dommages-intérêts—Dans la présente action, il a fallu dix ans pour en arriver au procès—En 1999, au moment où Apotex est entrée sur le marché avec une vaste gamme de dosages du comprimé, Merck et Astra ont abandonné le marché à Apotex—Le fait que les demanderesse ont fondamentalement abandonné la partie et ont laissé l'action évoluer sans presse incite à conclure qu'elles ne devraient pas avoir droit à la restitution des bénéfices—L'activité de fabrication, d'utilisation et de vente de produits contenant du lisinopril d'Apotex fait l'objet d'une injonction jusqu'à l'expiration du brevet '350—Les dommages-intérêts « majorés » ne sont pas accordés parce qu'il n'y a aucune demande à ce sujet—Des intérêts avant jugement et après jugement ont été attribués— *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 45 (mod. par L.C. 2001, ch. 10, art. 1), 55.01 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.2 (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; L.C. 2001, ch. 10, art. 2), 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 194)—*Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, art. 12(2).

MERCK & CO., INC. C. APOTEX INC. (T-2792-96, 2006 CF 524, juge Hughes, jugement en date du 26-4-06, 88 p.)

BREVETS—Fin

PRATIQUE

Appel par voie de requête d'une ordonnance par laquelle un protonotaire a accueilli, sans toutefois imposer toutes les conditions demandées par les requérantes, une ordonnance de non-divulgence concernant des documents à être fournis au stade de la communication préalable dans le cadre d'une action en contrefaçon de brevet—Les *Règles des Cours fédérales* ne prévoient pas la possibilité de prononcer une ordonnance de non-divulgence—Toutefois, aux États-Unis, où il arrive souvent que des procès parallèles aient été engagés, les tribunaux rendent de telles ordonnances—Dans le cadre des litiges canadiens on reprend les modalités de l'ordonnance prononcée aux États-Unis et, habituellement, l'ordonnance est prononcée par consentement—Ce n'est qu'en cas de désaccord entre les parties que la Cour fournit son opinion sur le contenu de l'ordonnance—Il s'agit en l'espèce de déterminer non pas si une ordonnance devrait être accueillie mais plutôt quelles doivent en être les modalités—La Cour répugne, sauf circonstances exceptionnelles, à rendre des ordonnances de non-divulgence comprenant des conditions relatives à la nature « très » confidentielle des renseignements ou limitant la consultation de certains renseignements aux avocats seulement—La conclusion de la protonotaire selon laquelle aucune circonstance exceptionnelle n'existait en l'espèce ne justifiait pas l'intervention de la Cour—Il lui était loisible de modifier le texte de l'ordonnance soumis par les demanderesse, notamment en prévoyant la bilatéralité des conditions—Requête rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

MERCK & CO., INC. C. BRANTFORD CHEMICALS INC. (T-1780-03, 2005 CF 1360, juge Hughes, ordonnance en date du 4-10-05, 9 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration rejetant la demande de résidence permanente présentée par la demanderesse et fondée sur des motifs d'ordre humanitaire (CH) au motif que celle-ci était interdite de territoire au Canada en vertu de l'art. 36(2b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—La demanderesse dont la demande d'asile avait été rejetée, a omis, dans sa demande CH, de mentionner une déclaration de culpabilité pour vol de biens aux États-Unis—L'agent d'immigration a jugé que la déclaration de culpabilité prononcée aux États-Unis était assimilable à une déclaration de culpabilité pour vol au Canada, aux termes du *Code criminel*, et, en raison de cette

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

condamnation, la demanderesse était interdite de territoire au Canada en qualité de personne visée par l'art. 36(2)*b*) de la LIPR—Conformément à l'art. 36(3)*c*) de la LIPR, ces infractions n'entraînent pas l'interdiction de territoire lorsque la personne concernée peut convaincre le ministre de sa réadaptation—Cette disposition a pour but de permettre au ministre de tenir compte des facteurs particuliers à chaque affaire et d'examiner si l'ensemble de la situation indique que la personne en question est réadaptée—En l'espèce, rien n'indique que les observations présentées par l'avocat de la demanderesse dans la lettre relative à la réadaptation ont été prises en considération par l'agent—Si la lettre de l'avocat ne constitue pas une demande de réadaptation, la demanderesse a le droit de présenter une telle demande maintenant car aucun délai précis n'est prévu quant à la présentation d'une demande de ce genre—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 36(2)*b*)—*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

AVILES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1036-05, 2005 CF 1369, juge Rouleau, ordonnance en date du 7-11-05, 10 p.)

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section d'appel) rejetant l'appel du demandeur au motif que son épouse était exclue de la catégorie de regroupement de famille en vertu de l'art. 117(9)*d*) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* et la Section d'appel n'avait pas compétence pour examiner les motifs d'ordre humanitaire dans les circonstances—En mai 2000, le demandeur déposa une demande de résidence permanente à la section des visas de l'ambassade du Canada à Port-au-Prince et indiqua dans sa demande qu'il était célibataire et sans enfants—Il a déclaré Mardocheé Galbart en tant que conjointe de fait sur l'arbre généalogique qui accompagnait sa demande de résidence permanente (DRP)—Plus tard, le service des visas émit un visa de résidence permanente au demandeur—En janvier 2001, dans un mariage civil, le demandeur a épousé M^{me} Galbart et a attendu jusqu'en 2002 pour que les formalités coutumières soient accomplies et que leurs familles respectives bénissent leur mariage—Il n'a pas signalé son mariage à l'ambassade à Port-au-Prince et M^{me} Galbart n'a pas fait l'objet d'un contrôle—En mars 2001, le demandeur est entré au Canada et a obtenu le droit d'établissement—Il a ensuite déposé une demande de parrainage et d'engagement en faveur de M^{me} Galbart—En juin 2002, l'art. 117(9)*d*) du *Règlement* est entré en vigueur—En octobre 2004, un agent de la section des visas refusa la demande de parrainage du demandeur au motif que M^{me} Galbart était exclue de la catégorie du regroupement familial par l'application de l'art. 117(9)*d*) du *Règlement*

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

puisque'elle n'a pas été précédemment déclarée comme étant l'épouse du demandeur et n'a jamais fait l'objet d'un contrôle—Le demandeur en a appelé de cette décision devant la Section d'appel de l'immigration qui rejeta l'appel—La question de savoir si la Section d'appel a erré dans son interprétation et application des dispositions applicables est une question mixte de fait et de droit à laquelle la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter* s'applique—L'art. 117(9)*d*) du *Règlement* exclut de la catégorie du regroupement familial les personnes étrangères qui, à l'époque où la demande de résidence permanente a été faite, étaient membres de la famille du répondant qui ne l'accompagnaient pas et qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle—L'objectif de cette disposition est de veiller à ce que les étrangers qui demandent la résidence permanente n'omettent pas, dans leur demande, d'inclure des personnes à leur charge qui ne les accompagnent pas—L'expression « à l'époque où cette demande a été faite » a antérieurement été interprétée par les tribunaux comme commençant avec la demande de résidence et ne se terminant que lorsque le demandeur obtient le droit d'établissement au Canada—Cependant, cette même expression fut interprétée récemment par cette Cour de façon plus restrictive, comme signifiant la période où le demandeur a déposé sa demande de résidence permanente—À l'époque où la demande de résidence permanente du demandeur dans la présente instance a été faite, il était toujours célibataire—Il ne devait pas déclarer M^{me} Galbart dans sa demande puisqu'à « l'époque où cette demande a été faite », elle n'était pas son épouse—Finalement, le *Règlement* prévoit que si une personne a fait une demande de résidence permanente en vertu de l'ancienne *Loi sur l'immigration* et parraine un conjoint de fait qui ne l'accompagne pas, l'art. 117(9)*d*) du *Règlement* ne s'applique pas—Demande accueillie—*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (abrogée par S.C. 2001, ch. 27, art. 274)—*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 117(9)*d*).

BEAUVAIS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1943-05, 2005 CF 1408, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 14-10-05, 11 p.)

Requête en prorogation du délai pour la présentation du dossier de la demande des demandeurs accueillis—Les demandeurs ont choisi de présenter leur requête oralement au lieu de demander conformément à la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* que la décision à l'égard de la requête soit prise sur la base de leurs présentations écrites, comme c'est la norme pour les demandes d'autorisation, ce qui semble être contraire aux objectifs poursuivis par la loi et les règlements en matière d'efficacité et de commodité—En règle générale, le greffe devrait demander des directives à la Cour en ce qui a trait à toute requête déposée dans le cadre d'une demande d'autorisation en matière d'immigration où le demandeur ne demande pas que la décision à l'égard de la requête soit prise sur la base de ses prétentions écrites—*Règles des Cours*

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2002-83, art. 2), 369.

PADDA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2662-06, 2006 CF 995, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 17-8-06, 4 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Motifs d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande d'établissement du demandeur fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—Le demandeur avait déjà présenté une demande de statut de réfugié—Cette demande avait été refusée parce que le demandeur avait été jugé non crédible (il n'avait pas mentionné dans son formulaire de renseignements personnels qu'il était resté trois ans aux États-Unis avant de venir au Canada) et qu'il avait une possibilité de refuge intérieur—L'agent a conclu que même si le demandeur était marié à une résidente permanente du Canada qui a deux enfants, sa situation personnelle faisait en sorte qu'il n'aurait pas à subir des difficultés inhabituelles ou excessives pour obtenir un visa de résident permanent à l'extérieur du Canada—Le demandeur allègue qu'étant donné les doutes entretenus par l'agent au sujet de l'authenticité de son mariage, il avait droit à une entrevue orale et à la possibilité de dissiper ces doutes—Malgré le fait qu'une entrevue n'est pas nécessaire dans tous les cas, le demandeur en l'espèce n'a pas bénéficié d'une participation valable en ce qui a trait à la défense de l'authenticité de son mariage—L'agent a traité la preuve présentée devant lui de façon abusive et arbitraire en conjecturant sur l'authenticité du mariage—En l'absence de preuve contraire, il y a lieu de maintenir la présomption de l'authenticité d'un mariage valide—La différence d'âge, la différence d'ordre religieux, la hâte avec laquelle le demandeur et sa répondante se sont mariés et la nature professionnelle (plutôt que personnelle) de l'acquisition d'un restaurant avec son épouse ne démontrent pas en soi que le mariage du demandeur n'était pas authentique—Une entrevue était nécessaire pour apprécier l'authenticité du mariage—L'agent a donc manqué à son obligation d'équité—Demande accueillie.

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1291-05, 2005 CF 1372, juge Rouleau, ordonnance en date du 11-10-05, 11 p.)

DOUANES ET ACCISE

LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

Appel interjeté contre la décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) rejetant l'appel interjeté par la

DOUANES ET ACCISE—Suite

demanderesse à l'encontre du rejet, par le ministre, de sa demande de remboursement de la taxe de vente fédérale (TVF) qu'elle avait faite conformément à l'art. 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*—En 1992, la demanderesse, qui fabrique des produits de papier, a demandé un remboursement pour la période allant du 1^{er} avril 1990 au 31 décembre 1990 pour un trop-payé de TVF sur la vente de marchandises exonérées (des papiers-mouchoirs)—La réclamation a été modifiée en 1999 et la demanderesse a demandé à la défenderesse d'examiner également les taxes payées par erreur au titre du papier hygiénique (plutôt qu'au seul titre des papiers-mouchoirs)—Un remboursement a été accordé relativement aux papiers-mouchoirs, mais non pas relativement au papier hygiénique au motif que la demanderesse n'avait pas mentionné celui-ci dans sa demande de remboursement originale et qu'elle n'avait pas réclamé le remboursement dans le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 68 de la Loi—Le TCCE a rejeté l'appel interjeté contre cette décision—Aux termes de l'art. 68 de la Loi, « [l]orsqu'une personne [. . .] a versé des sommes d'argent par erreur [. . .] un montant égal à celui de ces sommes doit [. . .] être payé à cette personne, si elle en fait la demande dans les deux ans suivant le paiement de ces sommes »—Le degré de précision exigé pour déterminer la teneur de l'expression « versé des sommes d'argent par erreur » ne peut être déterminé en suivant le sens ordinaire du texte de la Loi—Pour que le délai de prescription de deux ans s'applique, il faut pouvoir raisonnablement déterminer quelles sont les sommes qui ont été versées par erreur—Compte tenu de ce manque de clarté, il faut tenir compte du contexte—L'interprétation de l'art. 68 doit nécessairement prendre en compte l'établissement d'un délai de prescription de deux ans et les considérations de politique pertinentes—L'imposition d'un délai de prescription de deux ans dans le cadre de la procédure de remboursement reflète la volonté du législateur de donner une certaine stabilité juridique au règlement des demandes de remboursement—La bonne application de la Loi exige également une certaine stabilité à l'égard de la nature et de la portée du remboursement réclamé—Si la catégorie de biens visés n'est pas déterminée, cela fait effectivement obstacle à l'intention du législateur qui s'est traduite par l'imposition d'un délai de prescription—Le libellé de la demande de remboursement ne respecte pas les exigences d'un remboursement de taxe sur les ventes de papier hygiénique fondé sur l'art. 68 car la demanderesse n'a pas désigné les biens faisant l'objet de la demande de remboursement, comme elle devait le faire—Appel rejeté—*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 68 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 7, art. 34).

SCOTT PAPER LTD. C. CANADA (T-1270-02, 2005 CF 1354, juge Heneghan, ordonnance en date du 3-10-05, 26 p.)

DOUANES ET ACCISE—Fin**LOI SUR LES DOUANES**

Appel d'une décision du ministre réduisant partiellement l'imposition des droits antidumping impayés sur de l'acier coréen importé qui serait décrit dans une ordonnance du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE)—Interprétation de l'ordonnance du TCCE—Violation ou non de la *Loi sur les douanes*—Appel accueilli à l'égard de 6 des 39 transactions.

R & R TRADING CO. LTD. C. M.R.N. (T-997-01, 2006 CF 901, juge Layden-Stevenson, jugement en date du 19-7-06, 76 p.)

TARIF DES DOUANES

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada rejetant les demandes de drawback des demanderesse au motif que ces demandes n'étaient pas appuyées des avis de renonciation au bénéfice du drawback de la part des importateurs originaux—Le *Règlement sur le remboursement et le drawback relatifs aux marchandises importées et exportées* ne contient aucune disposition permettant d'accorder un drawback à l'acheteur qui ne peut obtenir l'avis de renonciation—Demande rejetée — *Règlement sur le remboursement et le drawback relatifs aux marchandises importées et exportées*, DORS/96-42.

9058-3956 QUÉBEC INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (T-430-05, 2006 CF 4, juge suppléant Rouleau, jugement en date du 4-1-06, 25 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Motifs*

Demande de contrôle judiciaire qui vise la décision du Comité des griefs de classification de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'Agence) dans laquelle il était mentionné que le comité constitué n'avait pas été en mesure d'arriver à une conclusion définitive en raison de « renseignements contradictoires » et qu'il y avait lieu de constituer un autre comité—Les demanderesse sont des employées de l'Agence canadienne d'inspection des aliments qui ont déposé des griefs individuels dans lesquels elles alléguaient que les postes qu'elles occupent au sein de l'Agence ont été mal classifiés et elles demandaient la reclassification de ces postes—La défenderesse, l'Agence canadienne d'inspection des aliments, est qualifiée d'« employeur distinct » aux termes de la partie II de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*—Par

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

conséquent, le traitement des griefs de classification est confié à l'Agence —L'Agence a mis sur pied sa propre procédure administrative pour traiter les griefs de classification, intitulé *Processus de griefs de classification*—Dès qu'un grief concernant une classification est déposé, la procédure prévoit qu'un comité de griefs de classification est chargé de recevoir des renseignements, de délibérer et de préparer un rapport qui est présenté au gestionnaire, section Classification & Design organisationnel (CDO)—Elle prévoit également que le Comité exécute ses travaux à huis clos jusqu'à ce que le rapport soit terminé et signé—Le rapport du Comité est examiné par le gestionnaire, CDO, qui présente un autre rapport au vice-président, Ressources humaines, qui prend la décision définitive au sujet du grief, c.-à-d., accepte le rapport du Comité, rend une décision distincte ou prend d'autres mesures comme l'indique le processus—Le processus de règlement des griefs de classification est un mécanisme de réparation administratif qui n'est pas conçu dans le but d'opposer deux parties—En l'espèce, le Comité a préparé un rapport qui recommandait la reclassification des demanderesse mais le rapport n'a pas été signé par le Comité—Il semble qu'en fait la gestionnaire ait examiné une ébauche du rapport et ait refusé de le transmettre au v.-p. sous cette forme—Elle pensait qu'il était fondé sur des renseignements erronés ou incomplets —À la suite du refus de la gestionnaire d'appuyer le projet de rapport du Comité, le président du Comité a envoyé aux demanderesse une lettre dans laquelle il faisait part de la décision qui fait l'objet du présent contrôle—La position des demanderesse était que la défenderesse a commis une erreur de droit, a agi de mauvaise foi et a violé leurs droits à la justice naturelle et à l'équité procédurale—Le processus de griefs de classification mis sur pied par l'Agence canadienne d'inspection des aliments ne fait pas partie d'une loi ni d'un règlement; il contient des lignes directrices—L'Agence n'était pas tenue d'adopter un tel processus, mais puisqu'elle l'a fait, elle doit normalement le respecter —Le processus applicable en matière de classification n'a pas été suivi—Le processus ne prévoit aucunement que le gestionnaire puisse soit examiner un projet de rapport, soit enjoindre au Comité de cesser ses travaux et constituer un nouveau comité—Les dispositions du processus ne sont pas suffisamment larges pour autoriser le gestionnaire à agir au-delà de ce que prévoient expressément les dispositions du processus—L'avant-propos traite expressément des dérogations au processus et prévoit qu'elles doivent être approuvées par la section Classification & Design organisationnel—Aucune preuve n'indiquait que cette approbation ait été demandée ou obtenue—L'examen irrégulier du projet de rapport auquel a procédé la gestionnaire et le refus de celle-ci de prendre d'autres mesures que celle de constituer un nouveau comité, étaient des mesures non prévues et allaient à l'encontre du processus—Les demanderesse pouvaient légitimement s'attendre à ce que le processus soit suivi—Il y avait donc violation de l'équité

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

procédurale et la Cour pouvait intervenir—En cas de violation d'une obligation, la décision attaquée doit être annulée—La norme de contrôle à appliquer était celle de la décision correcte—L'art. 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce la réparation que la Cour peut accorder— Cette réparation est expressément prévue, comme le montre l'utilisation du mot « peut » qui indique nécessairement que toutes les réparations normalement associées aux brefs de *certiorari* ou de *mandamus* ou les réparations « de la nature » de ces ordonnances peuvent être accordées—Ainsi, dans le cas où la common law imposerait une contrainte à l'octroi d'une réparation au moyen d'un *certiorari* ou d'un *mandamus*, cette contrainte est supprimée dans la mesure où l'art. 18.1(3) prévoit une telle réparation—Demande accueillie— *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 91 (abrogé par L.C. 2002, ch. 23, art. 285)—*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(mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; L.C. 2002, ch. 8, art. 27).

GILCHRIST C. CANADA (CONSEIL DU TRÉSOR) (T-2173-04, 2005 CF 1322, juge Hughes, ordonnance en date du 27-9-05, 12 p.)

Recours

Demande de *mandamus* fondée sur un retard déraisonnable déposée en rapport avec une demande de citoyenneté en cours de traitement—Demande rejetée car le renvoi en vertu de l'art. 44(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la Section de l'immigration a eu lieu, et, en raison de l'art. 14(1.1) de la *Loi sur la citoyenneté*, cela rend irrecevable la demande de *mandamus*—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 44(2)—*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. 29, art. 14(1.1) (édicte par L.C. 1995, ch. 15, art. 23; 2001, ch. 27, art. 230).

VICTORIA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-2153-04, 2006 CF 857, juge Mosley, ordonnance en date du 7-7-06, 16 p.)

DROIT AÉRIEN

Contrôle judiciaire du refus du ministre de délivrer une attestation de sécurité des transports pour l'aéroport Pearson, ce qui a entraîné une perte d'emploi—Demande rejetée.

SINGH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-10-06, 2006 CF 802, juge von Finckenstein, ordonnance en date du 23-6-06, 11 p.)

Appel d'une décision de la C.F. (2005 CF 401) accueillant le contrôle judiciaire d'une décision de la Commission canadienne des droits de la personne au motif que celle-ci

DROIT AÉRIEN—Fin

n'avait pas suffisamment motivé sa décision—Appel accueilli—En adoptant la recommandation de l'enquêteur, après avoir indiqué qu'elle avait pris connaissance de son rapport, la Commission entérinait les motifs invoqués par l'enquêteur—Ce rapport expliquait au plaignant pourquoi sa plainte était jugée irrecevable—Cette explication respectait les règles de l'équité procédurale et l'obligation qui incombait à la Commission de motiver sa décision en vertu de l'art. 42(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 42(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA (A-171-05, 2005 CAF 413, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 12-12-05, 6 p.)

FONCTION PUBLIQUE

Demande de contrôle judiciaire visant la décision d'une conseillère de ne pas avoir accordé au demandeur le droit d'avoir recours à une révision par un tiers indépendant (RTI) relativement au fait que le poste convoité par celui-ci fut désigné comme une mutation latérale temporaire et non un poste permanent—Le demandeur, employé de la défenderesse (l'ADRC), a reçu un courrier électronique à l'interne annonçant un poste à combler (« Avis d'intérêt ») comme évaluateur à la section de l'Évaluation des biens immobiliers et y a répondu—Sa candidature a été retenue avec celle de trois autres employés pour participer au processus de concours—Toutefois, il n'a pas obtenu le poste convoité et, croyant qu'il s'agissait d'un poste permanent, décida de se prévaloir des recours offerts par le programme de dotation de la défenderesse—En vertu de l'art. 54 de la *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, la défenderesse a pu créer son propre programme de dotation en personnel qui établit non seulement comment les nominations des employés sont régies, mais également les recours offerts aux employés—Les *Directives sur les recours en matière de dotation* prévoient qu'un employé qui est insatisfait d'une décision prise au cours du processus de sélection ou qui ne réussit pas les étapes du processus de sélection peut invoquer une variation des trois recours disponibles selon la nature de l'emploi : soit la rétroaction individuelle, la révision de la décision à l'interne ou la RTI—Lorsque le demandeur a appris qu'il n'avait pas obtenu le poste, il a demandé une rétroaction individuelle conformément aux *Directives sur les recours en dotation*—Suite à la séance de rétroaction, l'ADRC permet aux employés insatisfaits de cette dernière d'entamer un recours de RTI en présentant une demande écrite au Bureau de gestion des différends de l'ADRC et au gestionnaire qui a rendu la décision relativement au poste—Le Bureau de gestion des différends doit ensuite vérifier la demande afin qu'elle

FONCTION PUBLIQUE—Suite

satisfasse à toutes les exigences d'admissibilité d'une RTI, y compris la condition que le poste soit permanent—Si les exigences sont satisfaites, la demande est remise à un tiers indépendant pour une révision—Lorsque le demandeur a tenté d'avoir recours à la RTI, la conseillère refusa que sa plainte soit renvoyée en RTI stipulant que ce recours n'est disponible que pour des postes permanents—La Cour devait examiner le processus que la conseillère a suivi pour rendre sa décision qu'il s'agissait d'une mutation latérale temporaire—Le fait que la défenderesse régit son propre programme de dotation ne fait pas en sorte qu'elle puisse appliquer les directives comme bon lui semble—La conseillère n'a jamais entamé une procédure, soit documentaire ou par audience, afin de qualifier la nature du poste—Le fait que la Loi a permis au programme de donner effet à ces directives crée une attente légitime d'équité procédurale—La défenderesse est néanmoins sujette aux principes de justice naturelle et doit s'assurer que les employés peuvent s'attendre à ce que le processus de recours, tel qu'établi par les directives, soit respecté—Même si la défenderesse a informé verbalement le demandeur que ce n'était pas un poste permanent et qu'il ne pouvait donc pas bénéficier d'une RTI, le demandeur n'a pas eu la chance de répondre à cette affirmation—Cela a nécessairement entraîné une violation de justice naturelle—Les parties ont présumé que si la conseillère avait des inquiétudes, elle les énoncerait et donnerait la chance au demandeur d'y répondre—Donc, la discussion à savoir si la dispute pouvait être entendue par un tiers indépendant n'a jamais été abordée—Le demandeur ne pouvait se prévaloir automatiquement du recours à la RTI—Pour que sa demande soit référée à un tiers indépendant, la conseillère devait décider de la recevabilité de la demande de ce dernier—Même si le processus devant la conseillère n'était pas de nature contradictoire, la décision de celle-ci influençait grandement les droits du demandeur—La croyance fondamentale du demandeur que le poste était permanent créait une attente raisonnable qui aurait dû être abordée de façon équitable par la conseillère—Si cette dernière n'était pas en mesure de prendre une décision basée sur l'information qu'elle détenait, elle avait donc, au minimum, une obligation de permettre au demandeur de présenter sa cause par rapport à la nature du poste afin d'évaluer ensuite la situation—Il existait clairement une question d'équité procédurale en l'espèce—Même en l'absence d'une telle question, la décision de la conseillère était manifestement déraisonnable—La Cour n'a pas eu l'opportunité d'analyser le raisonnement de la conseillère puisque celle-ci n'a aucunement expliqué sa décision—Il était donc impossible pour le demandeur ou la Cour de comprendre comment elle a conclu que le poste était temporaire—Le fait de ne pas donner d'explication de son raisonnement (par exemple, par la rédaction de motifs) pose un risque pour la conseillère, car même si sa décision peut, à priori, ne pas sembler raisonnable, il y a un fil conducteur que la Cour peut suivre afin d'évaluer comment elle en est venue

FONCTION PUBLIQUE—Suite

à cette décision—Puisqu'en l'espèce il n'y avait pas de fil conducteur, la Cour devait donc se fier à la preuve soumise par les parties afin d'évaluer si cette décision était raisonnable—Si la preuve suggérait un résultat différent de celui établi par la conseillère, il serait ensuite difficile pour la Cour d'appuyer le raisonnement de cette dernière—La conseillère doit déterminer ce qui est admissible pour une RTI et l'un des facteurs déterminants est de qualifier le poste comme étant temporaire ou permanent—Pour ce faire, la conseillère n'avait ni fait de recherche indépendante, ni consulté la preuve ou les individus concernés par la question—En refusant de faire cette distinction, elle a manqué à son rôle, ce qui était une question de compétence—La nature même du poste devait être interprétée, et il n'était pas possible de se fier sur la déclaration que le poste était temporaire afin de lui attribuer cette désignation—En raison du fait que le candidat devait consacrer plusieurs années de sa carrière, et que le poste existait longtemps avant l'affichage de l'« Avis d'intérêt », la Cour a maintenu que le poste était permanent—De plus, le libellé des directives du programme de dotation et l'ambiguïté entre la version anglaise et française pouvaient être interprétée en faveur du demandeur—Alors que les directives dans la version anglaise stipulent qu'une des conditions à une RTI est que le poste soit un « *permanent appointment* », la version française fait référence à une « promotion à un poste permanent »—Dans de tels contextes, s'il y a ambiguïté dans les directives, l'employeur ne devrait pas être en mesure de reposer son argument sur une version du libellé afin de nuire aux droits que confèrent les directives—En vertu des faits exposés par les parties et sans l'avantage de comprendre le raisonnement de la conseillère, la Cour croyait que la décision de cette dernière était manifestement déraisonnable—De plus, l'affidavit d'une personne n'ayant aucune connaissance personnelle des faits relatés dans ce dernier n'est pas admissible devant la Cour en vertu de la règle 81(1) des *Règles des Cours fédérales*—Les études sociologiques incorporées dans le dossier du demandeur pour soutenir sa prétention que le poste était permanent n'étaient pas admissibles principalement parce qu'elles n'ont jamais été présentées devant la conseillère et enfreindraient la règle 81(1) des Règles contre le oui-dire—Malgré le fait qu'il s'agissait d'une révision par un tiers indépendant qui interprète des directives propre à un département tel que l'ADRC, il était néanmoins nécessaire que le processus fasse preuve d'équité procédurale envers les individus qui y avaient recours—Demande accueillie—*Loi sur l'Agence du revenu du Canada*, L.C. 1999, ch. 17, art. 54—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81(1).

GIRARD C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENUE) (T-1844-04, 2005 CF 1341, juge Harrington, ordonnance en date du 30-9-05, 12 p.)

FONCTION PUBLIQUE—Fin**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (la Commission) par laquelle elle a rejeté la demande de rémunération provisoire présentée par le demandeur—La question qui se posait en l'espèce était de savoir si un employé a le droit d'être rémunéré selon le taux correspondant à une classification supérieure pour des tâches accomplies avant la création de celle-ci —De nouvelles classifications des postes ont été créées dans le cadre d'une restructuration effectuée par l'employeur—En octobre 2001, le demandeur a été informé à l'avance que son poste serait reclassé à la hausse et passerait des groupe et niveau AU-03 à une nouvelle classification qui serait créée, soit MG-05—Il a été informé en août 2002 que la date d'entrée en vigueur de sa nomination était le 31 mars 2002—Le demandeur a touché une prime de rendement calculée d'après le taux correspondant à la classification MG supérieure car c'était son taux de salaire la dernière journée de l'exercice financier (c'est-à-dire le 31 mars 2002)—Selon les politiques de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (maintenant l'Agence du revenu du Canada), les fonctions MG doivent avoir été exercées pendant au moins six mois consécutifs au cours de la période d'évaluation de la gestion du rendement—Le demandeur soutient qu'il a effectivement exercé les fonctions MG du 14 octobre 2001 au 31 mars 2002 et que, par conséquent, il aurait dû être rémunéré selon le taux correspondant à cette classification pendant cette période—L'employeur (le défendeur) n'est pas d'accord—Le commissaire a décidé que le grief ne pouvait être évalué sous l'angle de la rémunération provisoire car ce taux n'existait pas lors de la période visée, et l'arbitre de grief ne peut modifier la convention collective—Bien que ce soit la norme de la décision correcte qui s'applique d'ordinaire aux questions de droit, une retenue particulière s'impose lorsque le litige porte sur l'interprétation d'une convention collective—En l'espèce, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique—Le commissaire a eu raison de refuser d'analyser les tâches du demandeur à la lumière d'une classification qui n'existait pas lorsque ces tâches ont été accomplies—La décision du commissaire était logique, raisonnable, bien fondée en droit : Comment est-il possible de comparer un emploi déjà existant à un autre qui n'existait pas à la date pertinente?—Demande rejetée.

HEPELLC. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1177-04, 2005 CF 1345, juge Harrington, ordonnance en date du 30-9-05, 8 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Gains et pertes en capital*

Appel d'une décision de la C.C.I. confirmant la validité d'une cotisation refusant le report d'une perte autre qu'en

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

capital issue d'une perte au titre d'un placement d'entreprise (PTPE)—L'appelante, une société publique, avait vendu sa filiale à une société privée et cette vente avait entraîné une perte—Pour que la perte puisse être qualifiée de PTPE, le contrôle de la filiale devait être entre les mains de la société privée au moment de la disposition—C'était le cas en l'espèce en raison d'une fiction légale créée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*—Appel accueilli—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 256(9).

LA SURVIVANCE C. CANADA (A-230-05, 2006 CAF 129, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 31-3-06, 27 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision du ministre du Revenu national de délivrer un avis d'intention de retirer, à compter du 1^{er} janvier 1996, l'agrément du régime de rente de la société Cryptic Web Information Technology Security Inc.—Demande d'ordonnance annulant la décision du ministre ou lui interdisant de retirer rétroactivement l'agrément du régime de pension, à une date antérieure à l'avis d'intention (16 octobre 2003)—Peu après avoir engagé la procédure de contrôle judiciaire, la demanderesse a déposé un avis de requête pour obtenir certaines ordonnances interlocutoires—La défenderesse (la Couronne) a contesté ces requêtes et requis l'annulation de la demande de contrôle judiciaire en soutenant que la Cour n'avait pas compétence pour l'entendre —La demanderesse est une ancienne fonctionnaire fédérale qui cotisait au régime de pension fédérale maintenu pour les employés du gouvernement fédéral—En 1999-2000, elle est allée travailler chez Cryptic Web et a adhéré au régime de pension de cette entreprise—Ce régime était agréé depuis le 1^{er} janvier 1996—En 1999, il était permis à un fonctionnaire fédéral qui quittait son emploi pour un poste dans le secteur privé de demander que l'argent détenu dans le régime de rente de la fonction publique soit transféré dans un régime de pension agréé maintenu par ou pour le nouvel employeur—La demanderesse a fait transférer son fonds de retraite dans le régime de pension de Cryptic Web—Après 2000, la somme ainsi transférée a été de nouveau transférée dans un autre régime de pension agréé—Le 16 octobre 2003, le ministre a avisé Cryptic Web de son intention de retirer l'agrément de son régime de pension à compter du 1^{er} janvier 1996, en vertu des art. 147.1(11)a) et f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, parce qu'une condition de l'agrément n'avait pas été remplie (l'obligation que les participants soient de salariés)—Cryptic Web a porté l'avis du ministre en appel en vertu de l'art. 172(3)f)—La demanderesse a sollicité l'autorisation d'intervenir à l'appel, mais sa requête a été rejetée au motif qu'elle était prématurée—Puisque sa requête n'a pas été rejetée sur le fond, la demanderesse peut toujours présenter une nouvelle requête en intervention dans l'appel si l'instance

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

reprend son cours—L'appel de Cryptic Web est en suspens—Les participants au régime de pension pourraient devoir supporter un fardeau fiscal plus lourd si l'agrément est retiré rétroactivement—La *Loi sur les Cours fédérales* habilite la Cour d'appel à entendre et à trancher les demandes de contrôle judiciaire visant les décisions d'offices fédéraux déterminés—Aucun recours direct ne peut être intenté devant la Cour contre une décision du ministre du Revenu national, sauf les recours prévus par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (art. 172(3))—La *Loi de l'impôt sur le revenu* est l'une des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour dans des affaires qui ne relèvent pas de la *Loi sur les Cours fédérales*—L'art. 172(3)f) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un droit d'appel visant les avis d'intention ministériels de retrait de l'agrément d'un régime de pension—Cependant, seuls l'administrateur du régime et les employeurs participants peuvent s'en prévaloir—Les participants ne sont pas habilités à l'exercer—En matière de retrait d'agrément d'un régime de pension, la *Loi* prévoit que le ministre peut délivrer deux types d'avis à l'administrateur du régime : 1) l'avis d'intention prévu à l'art. 147.1(11) et 2) l'avis de retrait prévu à l'art. 147.1(12)—L'avis d'intention doit préciser la raison du retrait envisagé et la date à laquelle il prendrait effet—L'avis d'intention fait naître le droit d'appel prévu à l'art. 172(3)f)—Il correspond également au début de la période de 30 jours après laquelle le ministre peut délivrer l'avis de retrait, qu'un recours en appel fondé sur l'art. 172(3) ait été déposé ou non—L'avis de retrait est l'instrument qui emporte le retrait de l'agrément du régime de pension—Il doit préciser la date d'effet du retrait—Si l'avis de retrait est donné après la délivrance d'un avis d'intention, la date d'effet indiquée dans l'avis de retrait peut être toute date non antérieure à la date d'effet proposée dans l'avis d'intention—Aux termes de l'art. 147.1(13), l'agrément d'un régime de pension est retiré à la date d'effet indiquée dans l'avis de retrait, « sauf ordonnance contraire de la Cour [...] sur demande formulée avant qu'il ne soit statué sur tout appel interjeté . . . »—La disposition manque de précision concernant la nature des ordonnances visées, les personnes habilitées à formuler une demande et le moment où une telle demande peut être faite—L'art. 147.1(13) prévoit que la demande doit être formulée avant qu'il ne soit statué sur un appel interjeté en vertu de l'art. 172(3)—La restriction formulée à l'art. 147.1(13), suivant laquelle seul l'administrateur d'un régime agréé ou un employeur participant peut exercer le droit d'appel établi à l'art. 172(3) à l'encontre de l'avis d'intention de retirer l'agrément d'un régime, ne vise pas la demande fondée sur l'art. 147.1(13) relative à l'avis de retrait—Comme les conséquences fiscales du retrait d'agrément d'un régime de pension affectent surtout les participants au régime, il n'est pas déraisonnable de supposer que le législateur ait voulu offrir une forme quelconque de recours aux participants à un régime de pension dont l'agrément est sur le point d'être retiré

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

—L'effet juridique de l'art. 147.1(13) est double : le retrait de l'agrément, la date de prise d'effet du retrait—Si une demande est conforme aux conditions de la loi, l'art. 147.1(13) confère à la Cour le pouvoir de modifier la date d'effet du retrait, de le suspendre ou d'y surseoir jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'appel interjeté en vertu de l'art. 172(3)—Interpréter l'art. 147.1(13) de manière à ne permettre qu'une ordonnance de suspension ou de sursis à l'égard du retrait empêcherait toute possibilité de se prévaloir de l'art. 147.1(13) pour obtenir une ordonnance modifiant la date d'effet précisée dans l'avis de retrait, même lorsqu'un appel est interjeté en vertu de l'art. 172(3)—Il n'y a pas de raison de principe pour que l'art. 147.1(13) n'accorde pas à la Cour le pouvoir de rendre une ordonnance modifiant la date d'effet précisée dans l'avis de retrait ou de suspendre le retrait ou d'y surseoir jusqu'à l'issue d'un appel en instance fondé sur l'art. 172(3), que le retrait soit volontaire ou forcé—L'exercice du pouvoir de la Cour exigerait que la demande respecte les conditions prévues à l'art. 147.1(13)—L'art. 147.1(13) ne limite pas le recours aux seules personnes jouissant du droit d'appel prévu à l'art. 172(3) (administrateurs du régime et employeurs participants)—Ce sont les participants au régime qui ont le plus intérêt à ce que tout différend sur le choix d'une date d'effet soit réglé—Si l'art. 147.1(13) n'autorise pas les participants à contester la date d'effet du retrait d'agrément d'un régime de pension, la décision du ministre de délivrer un avis de retrait peut alors relever de la compétence de premier ressort exclusive de la Cour fédérale en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*—Si la Cour fédérale a compétence, cela signifie que la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale pourraient être appelées à statuer sur le même point, avec le risque que des décisions contradictoires soient rendues—Par conséquent, quiconque peut démontrer un intérêt concret et important dans le retrait d'agrément d'un régime de pension a qualité pour se porter demandeur en vertu de l'art. 147.1(13)—Une ordonnance ne peut pas être rendue en vertu de cette disposition tant et aussi longtemps qu'un avis de retrait n'a pas été délivré—Toutefois, l'art. 147.1(13) n'interdit pas de formuler une demande à l'égard d'un régime de pension pour lequel l'avis de retrait n'a pas encore été délivré mais qui fait l'objet d'un avis d'intention porté en appel—La Cour ne peut rendre une ordonnance en vertu de l'art. 147.1(13) que si la demande a été faite avant qu'il ne soit statué sur tout appel fondé sur l'art. 172(3)—Si l'ordonnance doit être rendue avant qu'il ne soit statué sur l'appel, il doit être possible de formuler une demande d'ordonnance alors que l'appel est en instance—En conséquence, la demanderesse avait qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire et la Cour avait compétence pour rendre une ordonnance, mais la Cour ne pouvait statuer sur la demande avant qu'un avis de retrait ait été délivré—Demande suspendue—*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), art. 147.1 (mod. par L.C. 1990, ch. 35, art. 16; 1994, ch. 7, ann. II, art. 120(F);

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

ann. VIII, art. 85; 1996, ch. 21, art. 36; 1997, ch. 25, art. 44; 1998, ch. 19, art. 39, 173; 2003, ch. 15, art. 84; 2005, ch. 30, art. 11), 172(3)f) (mod. par L.C. 1990, ch. 35, art. 18; 1994, ch. 7, ann. II, art. 141; 1998, ch. 19, art. 46; 2001, ch. 41, art. 115, 127; 2005, ch. 19, art. 39)—*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).

BOUDREAU C. M.R.N. (A-248-05, 2005 CAF 304, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 20-9-05, 27 p.)

INTERPRÉTATION DES LOIS

Art. 27(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Le délai dans lequel le ministre doit rendre une décision, qui est prévu à l'art. 27(1), est-il obligatoire ou simplement indicatif?—L'art. 27(1) a un caractère indicatif—La requête en jugement sommaire du défendeur est accueillie—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 27(1).

HA C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (T-1522-05, juge Barnes, ordonnance en date du 12-5-06, 11 p.)

JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE**PREUVE**

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le président indépendant du tribunal disciplinaire de l'établissement Kent, qui avait déclaré le demandeur coupable de possession d'un objet interdit, à savoir un téléphone cellulaire—Le demandeur est un détenu à sécurité maximale de l'établissement Kent—Le directeur de l'établissement a autorisé une perquisition de sa cellule—Le demandeur occupait sa cellule depuis environ un mois avant la perquisition—Il occupait sa cellule avec un autre détenu—Le demandeur et son compagnon de cellule ont été emmenés au gymnase durant la perquisition effectuée dans leur cellule—Les agents qui ont procédé à la perquisition y ont trouvé un téléphone cellulaire et un chargeur de téléphone cellulaire—Le téléphone a été découvert dans la poubelle et le chargeur dans une armoire à pharmacie—Le demandeur et son compagnon de cellule ont été accusés de possession d'un objet interdit, infraction prévue par l'art. 40*i*) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (la Loi)—À l'audience disciplinaire, le demandeur a été déclaré coupable de possession d'un objet interdit et s'est vu imposer une amende de 20 \$—Il a nié qu'il savait que le téléphone et le chargeur se trouvaient dans la cellule—Il y avait deux armoires à pharmacie dans la cellule : l'une située au-dessus des toilettes, la seconde derrière un téléviseur—La seconde

JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE—Suite

était toujours tenue fermée—L'armoire située au-dessus des toilettes était utilisée par les deux détenus, mais le demandeur a dit durant son témoignage qu'il n'avait jamais ouvert la deuxième armoire—Le président a trouvé « extrêmement difficile » de croire qu'un détenu occupant une cellule durant un mois ne fouillerait pas l'armoire à pharmacie fermée qui s'y trouvait—Le demandeur a dit aussi qu'en général il ne ferme pas sa cellule à clé quand il ne s'y trouve pas—Il a déclaré qu'un autre détenu lui avait dit qu'il avait laissé le téléphone dans sa cellule avant le confinement aux cellules—Ce détenu s'était, semble-t-il, trouvé dans la cellule du demandeur pour regarder la télévision de celui-ci et pour téléphoner parce que la réception était meilleure dans la cellule du demandeur—Le président a estimé que, sauf si le demandeur consentait à révéler le nom de l'autre détenu, il ne pouvait accorder aucun poids au témoignage du demandeur—Le demandeur a sollicité l'ajournement de l'audience jusqu'à ce qu'il puisse parler au détenu anonyme—Le président a refusé sa requête, faisant observer que le demandeur aurait pu discuter de cet aspect avec son codétenu avant l'audience et qu'il aurait pu en discuter aussi au préalable avec son avocat—Toutefois, le président a admis que le demandeur ne fermait pas sa cellule à clé quand il ne s'y trouvait pas—Selon lui, si le demandeur avait décidé de laisser sa cellule ouverte, alors il lui incombait de la fouiller régulièrement pour s'assurer qu'il ne s'y trouvait pas d'objets interdits—Le président a estimé que le fait de quitter une cellule sans la fermer à clé équivalait à faire preuve d'une ignorance volontaire; selon lui, le demandeur aurait dû fouiller sa cellule quotidiennement pour voir s'il s'y trouvait des objets interdits—Le président a aussi estimé que le demandeur n'était pas crédible quand il disait ne pas avoir connaissance de l'existence du téléphone et du chargeur—Le président n'a pas manqué à l'équité procédurale ni n'a abusé de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a refusé l'ajournement demandé—Il ressortait clairement de la jurisprudence qu'il appartient au juge de première instance de décider s'il convient ou non d'accorder un ajournement—Ce pouvoir discrétionnaire appelle une retenue élevée de la part des cours de justice—Même si l'on admettait que le détenu n'avait pas eu l'occasion de parler directement à son codétenu, il reste qu'il n'avait pas examiné la question avec son avocat, et cela laissait au président le pouvoir de refuser l'ajournement de l'audience—La décision du président de ne pas ajourner l'audience s'accordait aussi avec l'art. 31(1) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, qui prévoit que le détenu doit avoir à l'audience une occasion raisonnable d'appeler des témoins—Le demandeur a eu une occasion raisonnable d'informer le tribunal disciplinaire qu'il souhaitait assigner comme témoin le détenu anonyme, mais il n'a tout simplement pas cherché à se prévaloir de cette occasion avant le jour de l'audience—Mais le président a commis une erreur en déclarant le demandeur coupable—Le

JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE—Fin

président a admis qu'il était possible qu'un autre détenu ait pu entrer dans la cellule du demandeur avec les objets interdits—Il n'a pas non plus exclu la possibilité que le compagnon de cellule du demandeur fût le seul détenu ayant connaissance de l'existence du téléphone et du chargeur et qui en avait la possession puisque le compagnon de cellule du demandeur avait lui aussi été accusé de l'infraction de possession d'objets interdits—Bien que le demandeur ait eu l'occasion d'avoir la possession des objets, il n'était pas le seul qui ait pu en avoir la possession—La jurisprudence donne à entendre que, lorsque la preuve de l'occasion s'accompagne d'autres preuves incriminantes, alors une occasion qui n'exclut pas toute autre possibilité peut suffire pour une déclaration de culpabilité—Le président a laissé entendre que l'avocat du demandeur s'était limité à supposer que le compagnon de cellule du demandeur avait pu placer dans la cellule le téléphone et le chargeur—Toutefois, l'avocat du demandeur faisait état de possibilités qui s'accordaient avec la preuve—Il était possible que le compagnon de cellule du demandeur ait eu la possession des objets; il était aussi possible qu'un autre détenu ait mis les objets dans la cellule—Le demandeur n'était pas le seul à avoir pu être en possession des objets interdits—Les autres possibilités évoquées par lui quant à la manière dont ces objets s'étaient trouvés dans sa cellule étaient plausibles et s'accordaient avec la preuve—Par conséquent, il ne semblait pas y avoir une autre preuve incriminante permettant de dire hors de tout doute raisonnable que le demandeur avait connaissance des objets et qu'il en avait la possession—Le président a aussi appliqué à tort la règle de l'ignorance volontaire—Il s'agit d'une règle de portée limitée, que les tribunaux n'appliquent que lorsque la connaissance du défendeur est quasi certaine—La circulation d'objets interdits était fréquente à l'établissement Kent, mais il ne s'ensuivait pas que le demandeur avait par là l'obligation de fouiller sa cellule chaque jour pour voir s'il s'y trouvait de tels objets—La décision du président était déraisonnable—Si le président avait examiné globalement la preuve, il n'aurait pas pu conclure qu'elle attestait la culpabilité du demandeur hors de tout doute raisonnable—La conclusion du président ne pouvait être maintenue, après examen effectué selon la norme de la décision raisonnable ou la norme de la décision manifestement déraisonnable—Il y avait au moins deux autres possibilités évidentes concernant la possession des objets interdits, possibilités qui n'ont pas été expressément exclues—Demande accueillie—*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 40—*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 31.

SMITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2264-04, 2005 CF 1436, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 21-10-05, 14 p.)

LIBÉRATION CONDITIONNELLE

Contrôle judiciaire visant une décision par laquelle la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles a décidé de maintenir la détention du demandeur au sein du système pénitentiaire fédéral jusqu'à l'expiration de sa peine—Le demandeur a été condamné à une peine de 16 ans d'emprisonnement sur le chef de vol qualifié et à six ans, à purger concurremment, pour le chef d'homicide involontaire coupable—La date de libération d'office du demandeur était le 5 novembre 2004 et la date d'expiration du mandat est le 6 mars 2010—La Section de première instance de la Commission nationale des libérations conditionnelles était convaincue que, si le demandeur était remis en liberté, il commettrait probablement une infraction entraînant un dommage grave à une autre personne—Cette décision de refuser la libération d'office a été confirmée par la Section d'appel de la Commission nationale des libérations conditionnelles—La procédure que doit suivre la Commission lorsqu'elle effectue cet examen est inquisitoire—Les principes fondamentaux de l'équité procédurale ont été respectés—Le demandeur a eu la possibilité de témoigner, y compris de répondre aux questions posées par la Commission et a eu lui-même la possibilité de poser des questions—La Commission a traité équitablement et sur un pied d'égalité les éléments de preuve et les personnes qui ont comparu devant elle—Les critères que la Commission doit utiliser pour examiner une demande de libération d'office dans le cas d'une personne déclarée coupable d'une infraction ayant causé la mort ou un dommage grave sont exposés à l'art. 132(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLC)—La Commission avait procédé de façon équitable à l'évaluation des risques, aucune erreur susceptible de révision n'a été commise—La Commission a tenu compte de tous les critères, sans en privilégier un en particulier—La décision que le demandeur invoque à l'appui de son argument qu'il n'est pas possible de traiter quelqu'un comme un membre d'une organisation criminelle tant que cette personne n'a pas été déclarée coupable (*Coscia c. Canada (Procureur général)* (2004 CF 1004)) n'est pas applicable en l'espèce, compte tenu de la décision de la C.A.F. ([2006] 1 R.C.F. 430) qui critique la conclusion de la Cour fédérale à cet égard—*Coscia* était une affaire qui portait sur la libération conditionnelle et non pas sur la mise en liberté d'un détenu à l'expiration de la durée légale, aux termes de l'art. 132(1) de la LSCMLC—La possibilité que l'intéressé ait des liens avec un groupe est un aspect que la Commission peut prendre en considération, qu'il s'agisse ou non d'une « organisation criminelle »—Le fait qu'il y ait eu ou non une déclaration de culpabilité à ce sujet n'est pas pertinent à l'égard des facteurs énumérés à l'art. 132(1)—Demande rejetée—*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 132(1) (mod. par L.C. 1995, ch. 42, art. 47).

YAARI C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1969-04, 2005 CF 1353, juge Hughes, ordonnance en date du 3-10-05, 16 p.)

PÊCHES

Contrôle judiciaire d'une décision du ministre des Pêches et des Océans (le ministre), en date du 25 août 2004, qui avait refusé au demandeur le renouvellement d'un permis de pêche exploratoire du crabe—Le demandeur, un pêcheur, pratiquait la pêche commerciale à Terre-Neuve—Il exploitait deux bateaux : un chalutier à rampe arrière de 75 pieds, baptisé le NM *Bear Cove Point*, et un chalutier polyvalent de 95 pieds, baptisé le NM *Sandy Joanne*—En 1995, le demandeur avait obtenu un permis de pêche exploratoire du crabe, qui l'autorisait à pêcher le crabe des neiges dans les divisions 3LMNO de l'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO), au large de Terre-Neuve et à l'extérieur de la zone canadienne des 200 milles—Le permis était délivré pour utilisation sur le NM *Bear Cove Point* et il avait été renouvelé chaque année depuis 1996—En 1996, le demandeur se voyait délivrer un permis de pêche exploratoire du pétoncle, qui l'autorisait à pêcher le pétoncle dans les divisions 3LNO de l'OPANO, à l'extérieur de la zone des 200 milles—Le permis était délivré pour utilisation sur le NM *Sandy Joanne* et ce permis a été renouvelé chaque année depuis 1997—En 1998, le ministère des Pêches et des Océans (MPO) autorisait le demandeur à effectuer une « campagne d'évaluation » du crabe des neiges dans la division 3N de l'OPANO, à l'extérieur de la zone des 200 milles, pour savoir s'il y avait des stocks de crabe des neiges dans cette région—Le permis de pêche exploratoire du crabe des neiges (le deuxième permis de pêche du crabe) était délivré pour une période de 30 jours et devait être utilisé sur le NM *Sandy Joanne*—La validité du permis fut prolongée de 15 jours—Le travail exploratoire ayant donné des résultats, le demandeur a sollicité le renouvellement des deux permis de pêche exploratoire du crabe—Le permis de pêche du crabe applicable au NM *Bear Cove Point* a été renouvelé, mais celui applicable au NM *Sandy Joanne* ne l'a pas été—Le directeur général régional a rejeté l'appel formé contre la décision de ne pas renouveler le deuxième permis—En appel, l'Office des appels relatifs aux permis de pêche de l'Atlantique (l'Office des appels) a recommandé au ministre de rejeter l'appel, en portant à son attention l'existence d'un moratoire depuis 1996 sur la délivrance de nouveaux permis de pêche exploratoires du crabe—Le ministre a accepté la recommandation et rejeté la demande de renouvellement du deuxième permis de pêche du crabe—Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a fait droit à la demande au motif que l'Office des appels et le ministre avaient tous deux négligé de se demander si le NM *Sandy Joanne* était utilisé comme bateau de remplacement ou plutôt à la faveur d'un permis autonome délivré en octobre 1998—L'affaire a été renvoyée au ministre pour nouvelle décision conforme aux motifs de la Cour fédérale—Une nouvelle formation de l'Office des appels a été constituée pour qu'elle décide si le NM *Sandy Joanne* était utilisé comme navire de remplacement ou à la faveur d'un permis autonome délivré en octobre 1998—L'Office des

PÊCHES—Suite

appels a conclu qu'un deuxième permis autonome avait été délivré au demandeur, mais il a recommandé que le permis ne soit pas renouvelé—Après réception de la recommandation, le ministre a refusé de délivrer au demandeur un deuxième permis de pêche du crabe des neiges pour le NM *Sandy Joanne* le 25 août 2004—Demande de contrôle judiciaire de la seconde décision du ministre—La norme de contrôle qui était applicable à la décision du ministre était la décision *manifestement déraisonnable*—Puisqu'il était raisonnable de supposer que la décision de l'Office des appels constituait l'un des fondements de la décision du ministre, la décision de l'Office des appels était sujette à révision—Toutefois, le pouvoir discrétionnaire de l'Office des appels dans les recommandations qu'il faisait en matière de délivrance de permis n'était pas aussi large que celui conféré au ministre—Par conséquent, la décision devait être revue selon la norme de la décision raisonnable *simpliciter*—Le rôle de l'Office des appels est de faire des recommandations au ministre sur les appels en matière de permis, en déterminant si le requérant a été traité équitablement et d'une manière conforme aux politiques, méthodes et procédures du ministère—L'Office des appels doit aussi déterminer si des circonstances atténuantes justifient une dérogation aux politiques, méthodes ou procédures établies—Si l'Office des appels n'a pas fait expressément état des politiques dans sa recommandation, cela ne signifie pas qu'il n'en a pas tenu compte puisque les politiques applicables étaient énumérées dans le sommaire qui précédait la recommandation—Certaines politiques du MPO soumises à l'Office des appels indiquaient clairement que les pêcheurs tels que le demandeur n'avaient pas automatiquement droit au renouvellement de leurs permis—Selon les textes applicables, le ministre peut, comme il l'entend, délivrer des permis de pêche—La délivrance d'un document à une personne ne lui confère aucun droit ou privilège—Il appert de la preuve qu'il y avait un moratoire sur la délivrance des permis de pêche du crabe depuis 1996—Aucune autre entreprise ne détenait plus d'un permis de pêche exploratoire du crabe pour les divisions 3LNO de l'OPANO à l'extérieur de la zone des 200 milles—Par ailleurs, rien ne donnait à penser que les fonctionnaires du MPO avaient de quelque façon laissé croire au demandeur que le deuxième permis de pêche du crabe, qui était valide pour une durée de 30 jours, serait renouvelé dans l'avenir—Vu la preuve que l'Office des appels avait devant lui, sa recommandation de rejeter l'appel du demandeur n'était pas déraisonnable ou injuste—La Cour fédérale avait d'ailleurs confirmé à maintes reprises qu'un permis de pêche est un privilège accordé par le ministre et que le titulaire du permis n'a pas un droit acquis à son renouvellement—Le demandeur n'avait pas d'attentes raisonnables ou légitimes quant à un deuxième permis de pêche commerciale du crabe en 1999 du seul fait qu'il avait obtenu en 1998 un permis de 30 jours qui l'autorisait à sonder des eaux inexplorées afin d'y trouver du crabe—Le travail

PÊCHES—Suite

exploratoire, couronné de succès, avait entraîné en 1999 une augmentation appréciable du quota de pêche au crabe du demandeur attribué à *Bear Cove Point*—La composition et la structure de la seconde formation de l'Office des appels ne justifiaient pas une crainte raisonnable de partialité—Cette seconde formation comprenait trois membres ayant droit de vote, plus un employé du MPO—L'employé du MPO ne s'était pas exprimé sur la recommandation, mais il avait été présent durant la délibération à huis clos de l'Office des appels—Le critère de la crainte raisonnable de partialité a été exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369—L'employé du MPO tenait lieu de secrétaire à l'Office des appels et il lui communiquait l'information générale nécessaire—Son rôle n'était pas de défendre telle ou telle position—L'employé du MPO n'avait joué aucun rôle dans la délibération de l'Office et il n'était pas intervenu dans le débat des trois membres votants de l'Office—Une personne informée constaterait que l'Office des appels donne au ministre un avis impartial non contraignant—Elle constaterait aussi que l'Office des appels n'est pas une instance autonome pourvue d'un secrétariat indépendant du MPO—L'obligation d'équité est une obligation souple—L'audience de l'Office des appels s'est déroulée dans le respect des principes de l'équité procédurale—La présence d'un employé du MPO comme secrétaire et personne-ressource de l'Office des appels ne suscitait pas une crainte raisonnable de partialité—Les stricts impératifs de la justice naturelle en matière de partialité ne devraient pas s'appliquer à l'Office des appels—L'indépendance de l'Office n'était pas compromise du seul fait qu'un employé du MPO agissait comme secrétaire de l'Office—Demande rejetée.

FENNELLY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1699-04, 2005 CF 1291, juge Kelen, ordonnance en date du 21-9-05, 24 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision du ministère des Pêches et des Océans (MPO) de refuser d'émettre à la demanderesse un permis de pêche à des fins scientifiques—Le MPO a reçu une demande de permis en vertu de l'art. 52 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* (Règlement) présentée par la demanderesse, une corporation dûment constituée au Nouveau-Brunswick—Il s'agissait d'une demande de permis de pêche à des fins scientifiques reçue au bureau régional du MPO dans la région du Golfe—La demanderesse souhaitait recueillir les données nécessaires pour produire et mettre en marché des cartes de pêche destinées aux professionnels de la pêche retraçant la répartition de différentes catégories biologiques et commerciales du crabe des neiges dans la région de la zone 12 de pêche—Le MPO demanda de l'information additionnelle

PÊCHES—Suite

à la demanderesse compte tenue que c'était la première fois qu'une telle demande lui fut présentée dans la région du Golfe—Le MPO voulait notamment savoir si la demanderesse avait consulté les pêcheurs de certaines zones pour son projet et obtenu leur appui et la demanderesse l'informa qu'elle n'avait pas consulté ces pêcheurs—Le MPO avisa l'avocate de la demanderesse par lettre que des informations additionnelles étaient requises afin de procéder à une évaluation complète de la demande de permis—Quelques jours plus tard, la demanderesse entama deux procédures judiciaires : une demande sollicitant un bref de *mandamus* ordonnant au MPO de rendre une décision sur la demande de permis et une requête afin que la demande en question soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale—La Cour rejeta la requête pour que l'instance soit gérée à titre d'instance à gestion spéciale—Par ailleurs, vu le défaut de la demanderesse de fournir toutes les informations demandées, le MPO a rejeté la demande de permis—Le Directeur des systèmes administratifs et planification stratégique a avisé par lettre la demanderesse qu'il était d'avis que cette dernière consentait à ce que le ministère rende une décision sur la demande de permis sur la foi des seules informations fournies à date et qu'en l'absence des informations supplémentaires demandées, le ministère ne pouvait malheureusement pas compléter son évaluation de la demande—La Cour a émis une directive indiquant que le MPO avait rejeté la demande de permis de la demanderesse—Le MPO confirma que la lettre envoyée à la demanderesse faisait effectivement foi de la décision du ministre de ne pas émettre le permis demandé—Le MPO écrivait à nouveau à la demanderesse expliquant quelles étaient les informations requises et l'informa à nouveau des conditions qui seraient applicables si un permis lui était émis—La demanderesse a subséquemment présenté la demande de contrôle judiciaire qui a fait l'objet du présent litige—Selon l'art. 7 de la *Loi sur les pêches* et les art. 51 et 52 du Règlement, le ministre a la compétence pour émettre des permis de pêche à des fins scientifiques—Le pouvoir du ministre d'émettre un permis de pêche est un pouvoir discrétionnaire, rien en droit ne l'obligeant à en émettre—La seule restriction imposée au ministre dans l'exercice de sa discrétion est l'obligation de fonder sa décision sur des considérations pertinentes, d'éviter l'arbitraire et d'agir de bonne foi—Il est accepté en droit que le ministre peut déléguer aux fonctionnaires de son ministère la capacité d'agir relativement à l'émission de permis scientifiques—Le Directeur des systèmes administratifs et planification stratégique avait la compétence voulue à cette fin—La norme de contrôle applicable à la décision ayant fait l'objet de la demande était celle de la décision manifestement déraisonnable—Le ministre doit d'abord fonder sa décision sur des considérations pertinentes, éviter l'arbitraire et agir de

PÊCHES—Suite

bonne foi—La preuve a démontré que le MPO a l'habitude de consulter les intervenants de la pêche qui peuvent être affectés par la décision—La demanderesse n'a pas démontré qu'il était manifestement déraisonnable pour le MPO de demander qu'une consultation soit tenue avant de décider d'émettre ou non un permis—Le MPO a demandé à la demanderesse l'information concernant les impacts potentiels du projet, incluant les protocoles d'échantillonnage—L'obtention des protocoles d'échantillonnage était pertinente en ce que l'étude de ces protocoles permet au MPO de déterminer si toutes les mesures ont été prises afin de minimiser les impacts sur les espèces et leur habitat—Le MPO est en droit de demander des documents et de l'information pouvant l'assister dans sa prise de décision—La preuve a démontré qu'une décision sur une demande de permis de pêche à des fins scientifiques est prise à la suite d'une consultation entre plusieurs fonctionnaires du MPO de spécialisations diverses—Conformément aux art. 22(1)h), i), j) du Règlement, le ministre est en droit d'imposer une condition à un permis concernant « le type et la quantité d'engins et d'équipements de pêche qui peuvent être utilisés et leur grosseur ainsi que la manière dont ils doivent être utilisés », « l'endroit précis où les engins de pêche peuvent être mouillés » et « la distance à garder entre les engins de pêche »—Sans les informations précises sur la manière dont la demanderesse entendait utiliser les engins de pêche, le ministre n'était pas en mesure d'exercer le pouvoir lui étant conféré par les art. 22(1)h), i), j) du Règlement—Il n'était pas déraisonnable pour le MPO de demander les coordonnées géographiques du projet afin de les inclure dans les conditions de permis puisqu'il est en droit d'imposer une condition à un permis concernant « les eaux dans lesquelles la pêche peut être pratiquée » (art. 22(1)c) du Règlement)—Par ailleurs, selon l'art. 22(1)t) du Règlement, le MPO est en droit d'imposer une condition à un permis concernant « le délai accordé pour faire parvenir au ministre les résultats et les données obtenus à la suite de la pêche effectuée à des fins expérimentales ou scientifiques—Par ses inactions, la demanderesse a empêché le ministre d'exercer sa discrétion—Le ministre a imposé des conditions, ce qui lui était loisible de faire selon le Règlement, et il n'y a aucune preuve qu'il a agi de mauvaise foi ou de façon arbitraire—Le ministre a respecté les règles de justice naturelle et d'équité dans l'évaluation de la demande de permis présentée par la demanderesse—Il a fait part à celle-ci de son intérêt de discuter du projet avec elle et en guise de réponse, la demanderesse a entrepris des procédures pour l'émission d'un bref de *mandamus*—Il était clair que la demanderesse n'avait aucun désir d'avoir des discussions avec le MPO—Le MPO a fait suffisamment d'efforts pour donner l'opportunité à la demanderesse d'expliquer son projet—En conséquence, les règles de justice naturelle applicables dans le contexte de l'émission de permis ont été bien respectées—

PÊCHES—Fin

Demande rejetée—*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7—*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22(1)c), h), i), j), t), 51, 52.

RECHERCHES MARINES INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1963-04, 2005 CF 1287, juge Pinard, ordonnance en date du 29-9-05, 12 p.)

PÉNITENCIERS

Action en dommages-intérêts découlant du fait que certaines actions ou omissions du Service correctionnel du Canada (le SCC), pendant que le demandeur était sous sa garde à l'établissement correctionnel Fenbrook à Gravenhurst, en Ontario, lui auraient causé préjudice—Le demandeur a prétendu être si allergique à la fumée de tabac qu'y être exposé l'incommodait de façon immédiate et importante, sous forme notamment de mal de tête, de nausée et d'irritation de la gorge—Les questions sont de savoir si le SCC a manqué à une obligation envers le demandeur en regard de l'exposition à la fumée secondaire à Fenbrook et s'il serait raisonnable de réclamer des dommages-intérêts—La question est aussi de savoir si le SCC a violé le droit garanti au demandeur par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Le demandeur purge actuellement une peine d'emprisonnement à perpétuité après avoir été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré—L'action n'avait trait qu'aux périodes d'incarcération à Fenbrook, un établissement à sécurité moyenne, composé de quatre immeubles distincts, chacun ayant des locaux distincts qu'on appelle des « rangées »—Il n'y avait pas d'immeuble sans fumée, mais dans chaque immeuble des rangées étaient désignées sans fumée—Chaque immeuble disposait de systèmes de ventilation et de reprise d'air permettant de faire circuler l'air et de remplacer l'air intérieur par de l'air neuf, mais ces systèmes ne permettaient pas toujours d'éliminer la présence de fumée secondaire—Pendant toute la période pertinente, la politique de Fenbrook relative à l'usage du tabac autorisait à fumer dans les cellules individuelles dans les rangées où il était permis de fumer, ainsi qu'à l'extérieur de l'immeuble—À divers endroits, des non-fumeurs étaient exposés à la fumée secondaire—Même si des mesures appropriées étaient prises à l'encontre des détenus pris en flagrant délit d'infraction à la politique, il fallait que les gardes soient témoins d'une violation ou qu'elle soit portée à leur attention pour que la politique soit appliquée—Le demandeur devait se plaindre constamment de l'exposition à la fumée secondaire et signaler aux autorités quels étaient les contrevenants—Cela a inspiré de l'animosité à l'égard du demandeur—Aucun autre élément de preuve n'a été présenté quant aux moyens auxquels les autorités pouvaient avoir recouru pour faire appliquer la politique sur l'usage du tabac à Fenbrook—Le problème de la fumée secondaire avait également été porté à l'attention du SCC par l'avocat du

PÉNITENCIERS—Suite

demandeur, lequel avait transmis une lettre pour le compte de ce dernier au directeur du pénitencier de Fenbrook—Dans sa réponse, le chef de l'unité Falcon de Fenbrook a déclaré que la rangée dans laquelle se trouvait le demandeur serait convertie en rangée pour non-fumeurs, de même que la rangée adjacente afin de régler les problèmes découlant de la ventilation transversale—On n'a jamais mis en œuvre les mesures qu'on décrivait dans la note—Trois jours après la réception de la note par le demandeur, on a déplacé ce dernier vers un autre immeuble pendant la nuit pour sa sécurité personnelle—Le transfert n'a pas réglé les problèmes liés à l'exposition à la fumée secondaire—Il y avait une preuve suffisante (p. ex. des affidavits des médecins du demandeur) démontrant que le demandeur avait une forte réaction physiologique lorsqu'il était exposé à la fumée secondaire—De plus, la note reconnaissait explicitement les besoins et problèmes médicaux du demandeur liés à la fumée du tabac—Même s'il n'était pas allergique à la fumée du tabac, le demandeur avait le droit de ne pas être exposé à la fumée secondaire, à tout le moins dans les sections non-fumeurs de la prison, et de ne pas se trouver en situation d'avoir à se plaindre des autres détenus—Étant donné son obligation de diligence envers le demandeur découlant de la législation pertinente ainsi que de la common law, Fenbrook devait lui procurer un milieu de vie sain en prison qui ne lui causait pas d'inconfort physique ni ne le perturbait—Le SCC a manqué à son obligation en ne prenant pas les mesures raisonnables qui assurent l'application de la politique sur l'usage du tabac ou permettent au demandeur de ne pas être exposé à la fumée secondaire—Il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un détenu signale les actions d'autres détenus, non plus que de déplacer le demandeur d'une unité à l'autre et d'une rangée à l'autre—Il était aussi malencontreux que les systèmes de circulation d'air aient dégagé de la fumée dans les zones des non-fumeurs—Le SCC aurait pu prendre des mesures peu coûteuses et raisonnables pour appliquer la politique, comme par exemple mieux surveiller les zones non désignées ou installer des détecteurs de fumée—Rien dans la preuve n'indiquait qu'on avait étudié ces solutions—Toutefois, le SCC avait annoncé qu'à compter du 31 janvier 2006, il serait interdit de fumer dans tous les centres correctionnels et les établissements fédéraux—Il ne serait permis de fumer que dans des espaces extérieurs désignés—La nouvelle politique avait pour objectif d'éliminer l'exposition à la fumée secondaire dans tous les pénitenciers fédéraux—L'exposition du demandeur à la fumée secondaire ne constituait pas un traitement ou une peine cruels et inusités au point d'être incompatible avec la dignité humaine et ne contrevient donc pas à l'art. 12 de la Charte—Les établissements correctionnels sont et continueront d'être aux prises avec la question de l'usage du tabac, un usage de plus en plus assorti de restrictions—Le SCC avait reconnu l'existence de ce problème et avait établi une politique relative à l'usage du

PÉNITENCIERS—Suite

tabac, mais cette politique n'a pas réussi à favoriser un milieu de vie sain—Même si l'application de cette politique a nécessité en partie la dénonciation d'un détenu par un autre, la situation n'équivalait pas à un traitement cruel et inusité imposé de façon délibérée et malveillante—Les lacunes de la part du SCC dans l'établissement et l'application d'une politique conforme aux obligations que la législation lui impose n'équivalaient pas à un traitement ou une peine cruels et inusités enfreignant l'art. 12 de la Charte—Concernant les dommages-intérêts, on n'a présenté aucune preuve démontrant que le demandeur avait souffert ou souffrait d'un problème de santé chronique ou potentiellement mortel en raison de l'exposition à la fumée du tabac—Le demandeur avait des facteurs de risque ou des affections préexistants de nature pulmonaire ou respiratoire—Il y avait des pertes et des dommages hypothétiques qui n'entraient pas en compte dans l'octroi de dommages-intérêts—Des dommages-intérêts n'ont été octroyés que pour la réaction physiologique et l'inconfort immédiats qu'a occasionnés au demandeur l'exposition à la fumée secondaire—La Cour ne pouvait conjecturer ni évaluer le montant de dommages-intérêts correspondant à une perte financière éventuelle—Les dommages-intérêts généraux pour l'inconfort et le stress ont été évalués à 5 000 \$—Action accueillie—*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20—*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.

MALJKOVICH C. CANADA (T-954-02, 2005 CF 1398, notaire Milczynski, jugement en date du 13-10-05, 10 p.)

Le demandeur, qui est incarcéré à l'Établissement de Mission, est atteint d'un sérieux handicap visuel—Il a de la difficulté à regarder la télévision sur son écran de télévision de 14 pouces et préfère regarder la télévision sur son moniteur d'ordinateur de 22 pouces à l'aide d'une carte de syntoniseur de télé—La possession d'une telle carte était autorisée à l'époque où le demandeur s'est procuré son ordinateur, soit en 1997—Or la Directive du commissaire (du Service correctionnel du Canada) n° 90 (Directive n° 90), intitulée « Effets personnels des détenus », a été modifiée en 2003 de façon à restreindre l'achat de nouveaux ordinateurs et la mise à jour des ordinateurs acquis par les détenus avant octobre 2002, et interdit maintenant la possession de cartes de syntoniseur de télé et les unités de stockage—En 2004, les autorités carcérales de l'Établissement ont confisqué l'ordinateur du demandeur afin de retirer la carte de syntoniseur télé et l'unité de stockage—La présente demande de contrôle judiciaire portait sur la validité de cette Directive ainsi que sur la validité de diverses mesures administratives

PÉNITENCIERS—Suite

subséquentes présumément prises sous son autorité—Il était dans l'intérêt de la justice d'entendre l'affaire, et ce, nonobstant la possible existence de recours internes pour contester les décisions administratives attaquées par le demandeur—En effet, le demandeur attaquait la validité de la Directive n° 90, et il n'y a aucun recours d'appel interne d'une décision du commissaire—De plus, le demandeur prétendait que l'art. 24 de la Charte avait été enfreint, ce qui voulait dire que si le demandeur avait déposé un grief devant le commissaire, celui-ci se serait retrouvé en conflit d'intérêt puisqu'il aurait pu éventuellement être appelé à statuer sur l'application et la légalité de sa propre décision—La Cour a donc procédé à l'analyse du bien-fondé de la demande—L'inaction du Service correctionnel du Canada (en ce qui concerne le retrait de la carte de syntoniseur de télé et de l'unité de stockage de l'ordinateur du demandeur) constituait un acquiescement tacite à la prétention que le demandeur possède des droits acquis, et l'absence d'action concrète du défendeur à l'égard de ces périphériques laissait supposer que leur utilisation ne posait aucun risque raisonnable—Demande accueillie—Les autorités carcérales ont agi d'une façon capricieuse et arbitraire en confisquant l'ordinateur du demandeur afin de retirer la carte de syntoniseur de télé et l'unité de stockage—Compte tenu du fait que les droits acquis du demandeur sont clairement maintenus par l'annexe A de la Directive n° 90, qui précise que les détenus qui ont déjà été autorisés à garder un ordinateur ou des périphériques non conformes peuvent les conserver malgré le fait qu'ils dérogent aux spécifications prévues à l'annexe A, il n'était pas nécessaire pour la Cour de faire reposer son raisonnement sur l'art. 15 de la Charte—Quoique l'instauration d'une politique cohérente et prévisible concernant la sécurité du personnel et même de la population (e.g. la Directive n° 90) soit primordiale en milieu carcéral, la Directive n° 90 reconnaît également que certains individus atteints d'un handicap visuel ou physique ont besoin d'utiliser, à certaines conditions, des périphériques et logiciels adaptés à leurs besoins—Le demandeur était un tel individu—Il n'était également pas nécessaire de décider si la privation des périphériques problématiques constituait en l'espèce une atteinte à l'art. 15 de la Charte, car la politique actuelle autorise la possession d'ordinateurs et de périphériques non conformes dans le cas de détenus ayant obtenu l'autorisation avant octobre 2002 de conserver ceux-ci—Le demandeur avait obtenu une telle autorisation—Le retrait par les autorités carcérales de l'unité de stockage et de la carte de syntoniseur de télé allait donc à l'encontre de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (en vertu de laquelle le demandeur a le droit de recevoir une gamme de programmes appropriés visant à répondre à ses besoins) et des droits acquis du demandeur—*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),

PÉNITENCIERS—Suite

appendice II, n° 44]—*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20.

POULIN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1628-04, 2005 CF 1293, juge Martineau, ordonnance en date du 20-9-05, 20 p.)

Contrôle judiciaire visant la décision du commissaire du Service correctionnel du Canada (SCC) qui a rejeté le grief du demandeur à l'encontre de son placement en isolement préventif dans l'établissement de Fenbrook (Fenbrook)—On avait ordonné le placement en isolement préventif du demandeur aux motifs qu'il agissait ou avait l'intention d'agir d'une manière compromettant la sécurité de l'établissement ou de personnes et que son maintien parmi les autres détenus ferait perdurer ce risque—On avait informé l'administration carcérale que le demandeur aurait fait partie intégrante de la sous-culture de la drogue à Fenbrook; aurait intimidé d'autres détenus, directement ou indirectement; aurait porté sur lui une arme à l'occasion—Le rapport sur le placement en isolement non sollicité (le rapport sur le placement) exposait les motifs et la justification de la décision du placement en isolement préventif—Le Comité de réexamen des cas d'isolement (le Comité) avait procédé à un réexamen du placement en isolement du demandeur, conformément à l'art. 21(2)a) du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*—Le demandeur avait assisté à l'audition et il y avait présenté une réfutation des allégations—Sur la recommandation du Comité, le demandeur fut maintenu en isolement préventif en attendant que soit terminée l'enquête de l'agent de renseignements de sécurité (l'ARS) —On avait communiqué au demandeur les motifs écrits de la recommandation du Comité—Par la suite, on lui avait communiqué en détail l'essentiel des allégations, mais non les rapports sur les renseignements de sécurité ni les registres des communications interceptées du demandeur (qui avait utilisé un faux numéro d'identification personnel pour éviter le dépistage) pour assurer la sécurité de l'établissement et des sources d'information—Le demandeur avait porté un grief à l'encontre de la décision de le placer en isolement au moyen de la procédure interne de règlement des griefs du SCC—Le grief avait été rejeté au deuxième palier par le sous-commissaire régional de l'Ontario—La décision au troisième palier du SCC a confirmé le rejet par le sous-commissaire du grief du demandeur—L'administration carcérale est tenue de respecter l'équité procédurale lorsqu'elle exerce son pouvoir d'imposer l'isolement préventif non sollicité à un détenu—La norme de contrôle applicable en matière d'obligation d'équité est la décision correcte—Le SCC n'a pas fait défaut de donner au demandeur des précisions suffisantes sur les allégations portées pour qu'il puisse bien savoir ce qu'il lui faudrait présenter au soutien de sa cause et qu'il puisse présenter une réponse valable—Le

PÉNITENCIERS—Suite

principe d'équité requiert que l'intéressé soit informé de ce qu'il lui faut présenter au soutien de sa cause et qu'on lui accorde l'occasion de répondre valablement aux allégations portées contre lui—L'obligation d'équité repose également sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés—Le principe d'équité en regard des décisions de placer un détenu en isolement préventif requiert qu'on communique au détenu placé en isolement les motifs de la décision et les faits justifiant ces motifs—Il exige que soit divulguée la justification pertinente aux termes de l'art. 31(3) du Règlement et que soient précisés les faits sur lesquels reposent les motifs—L'obligation de divulgation découlant du principe d'équité est plus rigoureuse dans les affaires disciplinaires que dans les affaires liées à la gestion de l'établissement—On a satisfait à l'obligation d'équité, une fois le détenu informé de l'existence de renseignements se rapportant au motif particulier cité pour le placer en isolement—On avait informé le demandeur à plusieurs reprises que le motif de son placement en isolement était celui énoncé aux art. 31(3)(i) et (ii) de la Loi (qu'il agissait ou tentait d'agir d'une manière compromettant la sécurité de personnes ou du pénitencier)—Les renseignements fournis satisfaisaient à l'obligation de divulguer au demandeur le motif de son placement en isolement—On avait en outre remis au demandeur un sommaire faisant état de l'existence de renseignements concernant la sécurité de l'établissement—Des précisions sur les allégations figuraient au rapport sur le placement—Chacune des allégations avait directement trait à la sécurité de l'établissement et d'autres détenus—L'information divulguée permettait au demandeur d'être valablement renseigné sur ce qu'il lui fallait présenter au soutien de sa cause—L'agent de la sécurité du SCC avait fait connaître au demandeur le détail des allégations portées, y compris l'utilisation d'un faux NIP pour faire des appels téléphoniques, l'utilisation d'un compte de banque pour effectuer de louches transactions, etc.—L'administration carcérale n'avait pas à divulguer au demandeur qu'elle avait obtenu certains de ces renseignements grâce à l'interception de communications téléphoniques—L'obligation de divulgation est satisfaite une fois qu'on a précisé la nature des allégations relatives au motif de placement en isolement—Il n'y avait pas d'obligation additionnelle de divulguer les sources précises d'information—Il y avait eu communication suffisante tant des motifs de l'isolement que des renseignements justifiant ces motifs pour que le demandeur puisse y répondre par des observations valables—La norme de contrôle judiciaire est applicable à la décision au troisième palier du SCC de maintenir le placement en isolement préventif du demandeur—Application de l'analyse pragmatique et fonctionnelle—1) La Loi ne renferme aucune clause privative mettant à couvert les décisions du commissaire dans le cadre de la procédure de grief, ni ne prévoit de voie d'appel à l'égard de telles décisions—Le premier facteur, par conséquent, est neutre—2) Le

PÉNITENCIERS—Fin

commissaire ou son représentant disposait manifestement d'une certaine expertise en regard du SCC et de la gestion de ses établissements, qui comprend l'isolement préventif—Ce facteur favorise la retenue judiciaire à l'endroit des décisions du commissaire concernant la gestion interne d'une prison, y compris en matière de griefs de détenus à l'encontre de leur isolement préventif—3) L'objet général de la Loi est de contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité—On reconnaît dans la Loi la nécessité pour le SCC de superviser lui-même les questions liées à son administration interne—L'art. 31 de la Loi énonce que l'objet de l'isolement préventif est de tenir un détenu séparé des autres détenus pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 31(3)—Tous ces motifs ont trait à la sécurité du détenu, d'autres personnes ou de l'établissement lui-même—L'objet de la disposition législative favorise la retenue judiciaire face à la décision du commissaire—4) La nature de la question à examiner—La décision du commissaire nécessitait d'apprécier des questions de fait—On devait appliquer à la décision au troisième palier du SCC la norme de la décision manifestement déraisonnable—Pour en arriver à sa conclusion, le décisionnaire avait pris en compte les motifs justifiant l'isolement non sollicité, les renseignements dont le SCC disposait relativement à ces motifs, la dénégation par le demandeur des allégations portées contre lui ainsi que les motifs écrits de la décision au deuxième palier—Sur la foi des allégations énoncées dans le rapport sur le placement et des autres précisions découlant de l'enquête de l'ARS citées dans les motifs de la décision du sous-commissaire, le directeur du pénitencier avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait mis en danger la sécurité de l'établissement et continuerait de le faire si on autorisait son maintien parmi les autres détenus—Le directeur du pénitencier avait envisagé dès le départ des solutions de rechange à l'isolement, mais les avait rejetées—Il n'était pas possible de confiner le demandeur à sa cellule étant donné la structure institutionnelle—Le rejet des solutions de rechange à l'isolement préventif avait un caractère raisonnable—La décision au troisième palier du SCC de confirmer le rejet par le sous-commissaire du grief du demandeur n'était pas manifestement déraisonnable—Demande rejetée—*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 31—*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 21, 94.

MACDONALD C. CANADA (T-330-05, 2005 CF 1326, juge Kelen, ordonnance en date du 29-9-05, 31 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision du ministre du Développement des ressources humaines selon laquelle une préposée n'aurait pas commis d'erreur administrative ou

PENSIONS—Suite

donné d'avis erroné faisant perdre à la demanderesse le droit au partage des gains ouvrant droit à une pension—La demanderesse a vécu en union de fait entre 1977 et 1991—Au cours de cette période, elle et son conjoint ont versé des contributions en vertu de la *Loi sur le régime de rentes du Québec* (LRRQ) mais non en vertu du *Régime de pensions du Canada* (RPC)—En 1992, la demanderesse allègue avoir manifesté l'intention de demander le partage de gains entre ex-conjoints auprès de la Régie des rentes du Québec (RRQ)—La demande a été refusée au motif que les procédures judiciaires touchant la séparation de la demanderesse n'étaient pas terminées—En 1998, sa demande a de nouveau été refusée car elle était incomplète—En 2002, la demanderesse a fait une demande pour le partage des gains entre ex-conjoints en vertu du RPC—Cette demande a été refusée au motif qu'elle n'avait pas été déposée dans les quatre années suivant le jour où la demanderesse avait cessé de vivre en union de fait—En appel, la demanderesse a allégué que sa demande auprès du RPC devrait être acceptée sur la base du conseil erroné de la RRQ, c.-à-d. d'attendre la fin des procédures judiciaires avant de présenter sa demande—Cet appel a été refusé et la demanderesse a demandé le contrôle judiciaire de cette décision—En l'espèce, il était question de la compétence du RPC, et bien qu'il s'agisse là d'une question de droit, compte tenu de l'analyse des facteurs pragmatiques et fonctionnels, la norme de contrôle applicable était celle de la décision manifestement déraisonnable—L'erreur prétendument commise par la RRQ n'a pas fait perdre à la demanderesse le droit au partage des gains ouvrant droit à une pension car ce n'est qu'en 1999 que le partage entre les ex-conjoints de fait a été reconnu par la LRRQ—Sa demande n'aurait pas pu être acceptée ni en 1992, ni en 1998—En ce qui a trait à la décision du défendeur avisant la demanderesse que sa demande était rejetée car elle était prescrite, le défendeur n'avait pas compétence car le partage des gains ne pouvait être effectué en vertu du RPC—Par contre, ce défaut de compétence n'a pas causé de préjudice à la demanderesse puisqu'elle n'avait pas le droit de recevoir une pension—Le RPC confère au défendeur un pouvoir discrétionnaire de prendre une mesure corrective pour replacer une personne dans la situation où cette dernière se retrouverait, s'il est convaincu qu'une erreur administrative ou un avis erroné du défendeur a privé cette personne du partage des gains—Or, en l'espèce, ce pouvoir discrétionnaire n'était pas applicable car la présumée erreur ou l'avis erroné provenait de la RRQ et non pas du défendeur—Finalement, la Cour fédérale n'avait pas compétence, car les contributions dont il était question avaient été versées à un régime provincial, et en vertu du RPC, les gains accumulés par la demanderesse et son conjoint de fait devaient donc être partagés en vertu de la LRRQ, un domaine de compétence provinciale—Demande rejetée—*Loi*

PENSIONS—Fin

sur le régime de rentes du Québec, L.R.Q., ch. R-9 — *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.

PAQUETTE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-1073-04, 2005 CF 1505, juge Teitelbaum, ordonnance en date du 7-11-05, 21 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Les demandeurs proposaient que soit déposé un recours collectif au nom de tous ceux qui avaient demandé, en payant les droits applicables, des visas de résident permanent, des permis de travail, des permis d'étudiant, des visas de résident temporaire ou des renouvellements de statut temporaire—Ils affirmaient que les droits étaient excessifs et demandaient leur restitution, en alléguant un enrichissement sans cause ou une négligence—Le défendeur a déposé une requête en radiation de la déclaration, ainsi qu'en rejet de l'action—Au stade d'une requête en radiation, les faits allégués, en l'occurrence l'affirmation selon laquelle les droits payés dépassaient les coûts supportés par le défendeur et étaient donc contraires à la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP), sont réputés avérés—Le fond de la requête en radiation est que les droits ont été valablement imposés et perçus en application de divers règlements sur l'immigration, qui ont préséance sur la LGFP—L'art. 19(2) de la LGFP prévoit que le prix fixé pour un service ne peut pas excéder les coûts supportés par Sa Majesté pour la fourniture de ce service—Il n'apparaît pas évident et manifeste que, en autorisant le gouverneur en conseil à prendre en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) des règlements fixant les droits à payer, le législateur voulait que les droits à payer pour des services puissent dépasser le coût de ces services—Il n'est pas évident et manifeste que le législateur voulait que les services requis soient fournis moyennant un prix supérieur au recouvrement des coûts—La LGFP est une loi dont les objets sont multiples—La Cour n'est pas disposée à admettre, dans une requête en radiation, que l'art. 19(2) de la LGFP puisse être contournée au moyen d'un règlement pris en vertu d'une autre loi—En l'absence d'une disposition contraire, le Règlement doit se conformer aux exigences de la LGFP—Le défendeur dit que les demandeurs n'ont pas droit à un remboursement—Les précédents invoqués se rapportaient à des impôts—Ici, les droits en cause n'étaient pas des impôts—La Cour n'était pas disposée à dire, dans le contexte d'une requête en radiation, qu'il ne pouvait y avoir remboursement de sommes perçues et versées dans le Trésor qui ne sont pas des impôts—S'agissant de l'enrichissement sans cause vu comme cause d'action, il n'y avait pas de motif juridique évident et manifeste de refuser le recouvrement

PRATIQUE—Suite

—Les demandeurs ont donc établi une preuve *prima facie*, et le ministre n'a pas réfuté cette preuve—Les demandeurs ont allégué aussi suffisamment de faits appuyant des causes d'action comme l'erreur mutuelle et l'argent indu reçu—S'agissant de la négligence, la responsabilité requiert de se demander s'il existe une proximité suffisante pouvant donner lieu à une obligation de diligence, puis, dans l'affirmative, de se demander si des considérations d'intérêt public annulent cette obligation—Ici, il est évident et manifeste qu'une action fondée sur la négligence ne serait pas recevable—Requête accueillie en partie—*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(2) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6)—*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2002, ch. 27.

MOMI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1669-05, 2005 CF 1484, juge Harrington, ordonnance en date du 3-11-05, 18 p.)

Les demanderesse possèdent les droits d'auteurs afférents à des films en langues asiatiques, et L. S. Entertainment, la demanderesse active, est distributrice en gros au Canada de produits vidéo en langues asiatiques—Les demanderesse allèguent que les défendeurs, qui exploitent des magasins vidéo, violent les droits d'auteur sur ces films—Elles demandent la radiation de la défense ainsi qu'un jugement par défaut pour non-conformité à trois ordonnances de la Cour—Il est impossible d'affirmer que la défense ne révèle pas une cause raisonnable de défense—Toutefois, en ne se représentant pas à l'interrogatoire préalable, la défenderesse Mandy Hui Mei Chen (gestionnaire de Formosa Video (Canada) Ltd.) a contrevenu à une ordonnance de la Cour au sens de la règle 97 des *Règles des Cours fédérales*, lequel prévoit que « [s]i une personne ne se présente pas à un interrogatoire oral [. . .] la Cour peut [. . .] ordonner que l'instance soit rejetée ou rendre jugement par défaut »—Les notes médicales fournies pour justifier le défaut sont insuffisantes—La défenderesse Chen a également fait défaut de se présenter à une conférence de règlement du litige—Bien que l'ordonnance de la Cour fixant la date, l'heure et le lieu de ladite conférence ne soit pas directement visée par la règle 97, elle a pour effet de créer une situation analogue et, par application de la règle 4, le non-respect de l'ordonnance peut être considéré comme un défaut de se présenter à un interrogatoire oral—Le pouvoir prévu à la règle 97*d*) est discrétionnaire—Il y avait lieu d'exercer ce pouvoir en l'espèce—La défense a été radiée—Il a été tenu compte de la conduite des défendeurs pendant toute l'instance—L'affaire ne soulevant aucune question de droit sérieuse, un jugement par défaut a été prononcé contre Formosa et Chen—L'instance est rejetée à l'égard de Shun Po Chan, car il n'a pas participé activement à l'instance et les demanderesse n'ont pas poursuivi l'instance contre lui—Une déclaration valant entre

PRATIQUE—Suite

les demanderesse et Formosa et Chen a été prononcée, et une injonction permanente a été décernée contre ces derniers pour ce qui est des films—Les demanderesse ont opté pour les dommages-intérêts prévus à l'art. 38.1 de la *Loi sur le droit d'auteur*—Les facteurs dont la Cour doit tenir compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'attribuer les dommages-intérêts sont prévus à l'art. 38.1(5)—En l'espèce, les défendeurs ont fait preuve de mauvaise foi, la défenderesse Chen a eu une conduite répréhensible et la dissuasion d'autres violations des droits d'auteurs en cause est nécessaire—Les dommages-intérêts préétablis revendiqués (1 000 \$ pour chacun des 14 films saisis) sont raisonnables et ils sont donc accordés—Les demanderesse avaient droit à la remise des films et copies de sauvegarde informatiques saisis en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, et la Cour ordonne leur confiscation à leur profit—Étant donné la conduite des défendeurs, l'octroi de dépens supérieurs à ceux qui sont alloués habituellement est justifié—Requête accueillie—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 4, 97—*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 38.1 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).

L.S. ENTERTAINMENT GROUP INC. C. FORMOSA VIDEO (CANADA) (T-1795-01, 2005 CF 1347, juge Gibson, déclaration, ordonnance et jugement en date du 30-9-05, 38 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Ordonnances Anton Piller

Demande d'examen d'une ordonnance Anton Piller, afin de transformer une injonction provisoire en une injonction interlocutoire, et d'une demande d'ordonnance de justification relativement aux allégations d'outrage concernant l'ordonnance Anton Piller contre le défendeur Sean Eren—La société demanderesse offrait des téléviseurs au plasma en vente exclusivement sur Internet (vente au détail en ligne)—Le défendeur Sean Eren, un programmeur, a travaillé pour la demanderesse en qualité d'entrepreneur indépendant, puis comme employé, jusqu'à ce qu'il démissionne pour rejoindre la défenderesse Avery Holdings Inc., laquelle cherchait à se lancer dans la vente au détail en ligne pour vendre des téléviseurs au plasma—Avery a lancé son site Web de vente en ligne un mois plus tard—La demanderesse a appris l'existence de ce site Web et a constaté que le texte, les images et la compilation des produits étaient identiques à ceux de son propre site Web—La demanderesse a communiqué avec le serveur hôte du site Web d'Avery au Canada pour qu'il retire le site Web en question, mais sans succès—Avery a intenté une action contre la demanderesse devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, pour ingérence dans ses relations

PRATIQUE—Suite

contractuelles et pour atteinte à ses intérêts économiques, et la demanderesse s'est vue accorder une prolongation de délai pour déposer une défense—Entre-temps, la demanderesse a intenté une action devant la Cour fédérale, alléguant une violation du droit d'auteur, l'utilisation abusive de renseignements confidentiels et une violation de contrat—La demanderesse a également demandé une ordonnance Anton Piller et une injonction provisoire—Cette ordonnance a été accordée, permettant l'exécution à trois endroits et autorisant à saisir, inspecter ou copier le matériel concernant la violation des droits d'auteur de la demanderesse ou l'utilisation de ses renseignements confidentiels—Une injonction provisoire interdisant aux défendeurs de violer les droits d'auteur de la demanderesse et d'utiliser ses renseignements confidentiels a également été accordée—L'ordinateur portatif de la défenderesse Susan Katz a été remis, son contenu a été inspecté et certains documents ont été retracés—Il a plus tard été découvert que le défendeur Sean Eren était également en possession d'un ordinateur dont il était raisonnable de penser qu'il contenait du matériel et de l'information concernant le droit d'auteur et les renseignements confidentiels en cause mais, au moment où on a révélé l'existence de cet ordinateur, les données avaient été perdues—L'ordonnance Anton Piller trouve son origine dans l'arrêt *Anton Piller KG v. Manufacturing Process Ltd.*, [1976] 1 Ch. 55 (C.A.), dans lequel la Cour a expliqué que pareille ordonnance ne devait être accordée que dans les circonstances les plus exceptionnelles—Les conditions pour l'ordonnance ont été fixées dans cet arrêt adopté par la Cour fédérale—Aussi, dans les procédures *ex parte*, le demandeur a la lourde obligation de faire une divulgation fidèle et complète des faits pertinents à la Cour—Application des conditions à l'espèce—La première condition, une preuve *prima facie* extrêmement solide, n'a pas été remplie—La déclaration de violation du droit d'auteur de la demanderesse n'a pas démontré l'objet visé en particulier, comment l'objet était protégé par le droit d'auteur au Canada et pourquoi la demanderesse prétendait être titulaire du droit d'auteur—La demanderesse n'a pas fait valoir la nature de l'œuvre, celle-ci devant être visée par la *Loi sur le droit d'auteur*, la nationalité de l'auteur et le lieu de la première publication—L'ordonnance ne précisait pas l'œuvre ou les œuvres qui en faisaient l'objet—Aucun fait donnant naissance à cette présomption n'avait été invoqué ni prouvé—Les œuvres qui seraient protégées par le droit d'auteur n'ont jamais été clairement définies—Les documents trouvés dans l'ordinateur portatif du défendeur ne présentaient aucune preuve *prima facie* extrêmement solide—Quant à l'utilisation abusive de renseignements confidentiels, la Cour n'a pas compétence pour entendre une demande de réparation relativement à des « renseignements confidentiels » et pour faire droit à pareille demande—Cette partie de la déclaration est radiée—La deuxième condition, un préjudice très grave à la demanderesse, n'a pas été prouvée—À cette étape, tout

PRATIQUE—Suite

préjudice n'est que supposition—La troisième condition, une réelle possibilité que des éléments de preuve soient détruits, n'a pas été remplie parce que la thèse de la demanderesse reposait essentiellement sur des éléments de preuve qui étaient du domaine public—Quant à la quatrième condition (en fait, une condition préalable), l'inspection a causé un préjudice réel (p. ex. l'effet de la tentative d'exécution de l'ordonnance dans une résidence privée, louée à une autre personne qu'à un défendeur, sur la perception qu'a une adolescente du processus judiciaire, des tribunaux et de la dignité du droit)—C'est pour cette raison que l'on a affirmé que la demanderesse n'avait pas été franche lorsqu'elle avait présenté sa preuve et ses observations au juge qui avait accordé l'ordonnance—C'est aussi parce que la demanderesse n'avait pas dit à la Cour que des discussions avaient lieu entre ses avocats et ceux de la défenderesse Avery dans le cadre de l'action intentée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario et qu'on lui avait accordé un délai pour déposer une défense à cette action jusqu'au jour même de l'audition de la demande visant à obtenir une ordonnance Anton Piller—L'ordonnance Anton Piller a été annulée—En ce qui a trait à l'injonction interlocutoire, la demanderesse n'a pas fait la preuve d'un préjudice irréparable, la prépondérance des inconvénients était favorable aux défendeurs—L'injonction provisoire a été annulée—Quant à l'outrage au tribunal, l'ordonnance Anton Piller, à l'exception de la partie relative aux renseignements confidentiels, était valide jusqu'alors et on devait s'y conformer—Une personne prudente et honnête aurait remis l'ordinateur à des fins d'inspection au moment approprié—Pour ce motif, une ordonnance de justification a été rendue—*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

NETBORED INC. C. AVERY HOLDINGS INC. (T-2289-03, 2005 CF 1405, juge Hughes, ordonnance en date du 14-10-05, 41 p.)

DÉCISION PRÉLIMINAIRE SUR UN POINT DE DROIT

Il s'agissait d'une requête visant à faire trancher certaines questions de droit avant l'instruction—La demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire portant que le Canada a un devoir fiduciaire envers elle, à titre de femme membre d'une Première nation, et qu'il y a eu manquement à ce devoir par suite du transfert de la gestion et de l'administration des engagements pris au titre du Programme de logement à but non lucratif pour les autochtones en milieu urbain (PLBNAU) du Canada à la province du Manitoba—La demanderesse prétendait que le Canada a l'obligation d'adopter des mesures spéciales sous forme de programmes financés par le gouvernement fédéral afin d'améliorer les conditions sociales des autochtones dans le domaine du logement—Selon l'exposé des faits sur lequel les parties se sont entendues, la Société canadienne d'hypothèques et de

PRATIQUE—Suite

logement (la SCHL) a élaboré et appliqué des programmes de logement social en vertu de l'art. 95 de la *Loi nationale sur l'habitation*, afin d'offrir des subventions visant à réduire le coût des logements locatifs pour les personnes à revenu faible ou moyen—La SCHL a signé des ententes d'exploitation de projets avec les propriétaires et exploitants de projets d'habitation, lesquelles ententes énoncent les conditions de paiement de subventions en application des programmes visés à l'art. 95—Le PLBNLAU visé à l'art. 95 a été conçu afin d'aider les personnes de descendance autochtone en ce qui a trait au logement—En 1986, le Canada a signé avec le gouvernement du Manitoba une entente globale par laquelle les parties ont convenu de partager les coûts des programmes visés à l'art. 95—La SCHL et la Société d'habitation et de rénovation du Manitoba (SHRM) ont conclu une entente ayant pour effet de confier à celle-ci la gestion et l'administration des programmes visés à l'art. 95—La SCHL a commencé à signer des ententes d'exploitation de projets avec l'Aiyawin Corporation à titre de groupe commanditaire admissible en vertu du PLNLAUA—L'entente globale touchait seulement les projets qui étaient gérés et administrés par la SHRM—Plus tard, la SCHL a conclu avec la SHRM une entente sur le logement social (ELS)—Dans le cadre de l'ELS, la gestion et l'administration des programmes de logement social de la SCHL au Manitoba, dont le PLBNLAU, ont été transférées à la SHRM—Selon l'objet énoncé dans cette entente, l'ELS avait pour but de rehausser l'efficacité et la rentabilité des programmes—En raison de l'ELS, Aiyawin et la demanderesse, locataire d'une unité de logement appartenant à celle-ci et autochtone touchant un faible revenu, ont intenté une action contre le Canada —Elles ont soutenu que le transfert de la gestion et de l'administration du PLBNLAU à la SHRM constituait un manquement à un devoir fiduciaire que le Canada avait envers elles et allait à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Le Canada a obtenu une ordonnance de la Cour fédérale portant que les deux questions de droit suivantes soient tranchées avant l'instruction—1) Le Canada avait-il un devoir fiduciaire et, dans l'affirmative, a-t-il commis un manquement à ce devoir en transférant la gestion et l'administration du PLBNLAU de la SCHL à la SHRM?; 2) La demanderesse avait-elle la qualité voulue pour soutenir devant les tribunaux qu'elle est bénéficiaire du devoir fiduciaire?—La Cour devait se limiter aux faits énoncés dans l'exposé conjoint des faits—L'exposé en question présentait une chronologie de l'évolution de la SCHL et du PLBNLAU ainsi que de différentes ententes fédérales-provinciales et ententes conclues entre la SCHL et la SHRM—Il comportait également un résumé chronologique des différentes étapes de la présente action—Compte tenu d'un exposé aussi sommaire des faits, il était impossible de conclure à l'existence d'un devoir fiduciaire que la Couronne aurait envers la demanderesse ou qui que ce soit d'autre—Si la preuve se limitait à ces faits à l'instruction, la Cour ne

PRATIQUE—Suite

pourrait que rejeter l'action au motif que la demanderesse ne s'est pas déchargée du fardeau de preuve qui lui incombait—La Cour avait besoin d'une preuve factuelle plus étoffée avant de pouvoir décider s'il y a lieu ou non d'élargir l'éventail des catégories d'obligations fiduciaires—À la lumière des faits convenus qu'aucun contrat n'existait entre la demanderesse et le gouvernement fédéral, cette conclusion ne réfutait peut-être pas entièrement la possibilité qu'une obligation fiduciaire ait été créée par suite d'une entente—L'exposé conjoint des faits ne renfermait aucun renseignement au sujet des ententes de financement conclues en application du PLBNLAU ou de la *Loi nationale sur l'habitation*—S'il peut être démontré que le gouvernement fédéral avait l'intention de s'engager à agir au profit des autochtones au moyen des accords qu'il a conclus avec des fournisseurs de services, il serait erroné de dire qu'il ne s'agissait pas d'une obligation fiduciaire pour la seule raison que l'accord n'a pas été conclu directement avec chaque autochtone destiné à en bénéficier—La possibilité que le gouvernement du Canada soit devenu fiduciaire en vertu d'un accord ne pouvait être exclue—Même s'il est vrai que les obligations fiduciaires n'existent qu'à l'égard de droits particuliers des Indiens et n'ont pas un caractère général, les tribunaux ont reconnu la possibilité de trouver d'autres contextes dans lesquels le Canada aurait une obligation fiduciaire—Pour que naisse une obligation fiduciaire, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et, en second lieu, que le Canada exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité de la nature d'une obligation de droit privé—Seuls des droits indiens découlant de différends de nature foncière ont été reconnus comme des droits donnant naissance à une obligation fiduciaire, mais il ne s'ensuivait pas pour autant que la Cour ne pourrait reconnaître aucun autre droit indien en l'espèce—Les faits ne permettaient pas de dire s'il y avait lieu de conclure ou non à l'existence d'un devoir de la nature d'une obligation de droit privé—Il est bien reconnu en droit que, lorsqu'elle est saisie d'un renvoi, la Cour suprême peut refuser de répondre à une question dans les cas où les parties n'ont pas fourni suffisamment de renseignements pour lui permettre de donner une réponse complète ou exacte —La règle 220 des *Règles des Cours fédérales* prévoit une procédure en deux étapes au cours de laquelle la Cour détermine elle-même la pertinence des questions à poser avant de s'engager à y répondre —Le libellé de cet article vise à éviter le genre de problème auquel on est confronté en l'espèce—Compte tenu des considérations politiques sous-jacentes à cette règle et le fait que la première partie de la requête n'a pas été contestée, de sorte que la protonotaire n'a pas été appelée à s'attarder sur la pertinence des questions, la Cour devrait refuser de répondre à une question sur la foi d'une preuve insuffisante car cela peut être lourd de conséquences pour des personnes autres que les parties, le refus d'y répondre ne causera d'inconvénients qu'aux parties

PRATIQUE—Fin

qui sont elles-mêmes à l'origine de la situation actuelle—Requête rejetée—*Loi nationale sur l'habitation*, L.R.C. (1985), ch. N-11, art. 95 (mod. par L.R.C. (1985), ch. 20 (2^e suppl.), art. 11; L.C. 1992, ch. 32, art. 46; 1999, ch. 27, art. 20)—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 220—*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. 15.

BRUYERE C. CANADA (T-423-99, 2005 CF 1371, juge Hugessen, ordonnance en date du 12-10-05, 10 p.)

JUGEMENT SOMMAIRE

Appel d'une décision d'un juge de la C.F. rejetant la requête de l'appelante pour jugement sommaire visant le rejet de l'action des intimés—Le juge n'a commis aucune erreur en rejetant la requête—Appel rejeté.

HACHÉ C. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (A-646-04, 2005 CAF 418, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 9-12-05, 15 p.)

PARTIES

Requête visant l'ajout à titre d'intimée dans un appel à l'encontre d'une décision du conseil de réexamen portant que les revendications d'un brevet étaient antérieures—Requête accueillie au motif que la partie intimée projetée était partie dans la première instance et avait des intérêts opposés à ceux de l'appelante—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 338(1)a).

GENENCOR INTERNATIONAL, INC. C. CANADA (COMMISSAIRE AUX BREVETS) (T-262-06, 2006 CF 876, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 13-7-06, 14 p.)

PREUVE

Requête déposée en vertu des *Règles des Cours fédérales*, règle 286, priant la Cour de rendre une ordonnance autorisant le dépôt de deux documents comme preuves directes dans le procès de l'action qui devait débiter le 24 octobre 2005—Le demandeur et son ex-épouse s'étaient mariés en Iran en 1984—Le demandeur était arrivé au Canada à la faveur d'un permis ministériel en 1988—Il était devenu résident permanent en 1991, et il avait présenté une demande de parrainage pour son épouse qui vivait à l'étranger—La demande de parrainage présentée par le demandeur, y compris l'engagement de soutien, fut approuvée et transmise au bureau de Damas du défendeur—Le bureau de Damas a reçu la

PREUVE—Suite

demande de parrainage, mais il a envoyé à l'ex-épouse du demandeur un télex l'informant que le demandeur n'avait pas déposé l'engagement de soutien—L'ex-épouse a divorcé du demandeur en Iran en 1993 et elle s'est remariée avec un Iranien—Le permis ministériel fut plus tard délivré par l'ambassade du Canada à Damas—Le demandeur a déposé une déclaration devant la Cour fédérale, Section de première instance, en 1996, pour obtenir réparation en alléguant la faute du défendeur dans le traitement des dossiers d'immigration—La requête en jugement sommaire fondée sur l'expiration des délais de prescription a été accueillie en partie—L'ordonnance avait pour effet de limiter l'action du demandeur à sa troisième prétention (le préjudice causé par une présumée rupture de mariage résultant de la faute présumée du défendeur), uniquement toutefois pour le préjudice résultant d'actions ou d'omissions imputables aux représentants du défendeur en dehors du Canada; les deux premières prétentions étaient prescrites—Malgré l'ordonnance de la protonotaire forçant la comparution de membres de la famille en Iran qui seraient susceptibles de déposer à propos des raisons qu'avait eues l'ex-épouse de divorcer et de se remarier avec un autre homme, les membres de la famille se sont vus refuser l'admission au Canada—L'ex-épouse avait semble-t-il rompu toute communication avec le demandeur et son nouveau mari n'allait probablement pas l'autoriser à témoigner dans la cause du demandeur—Le défendeur n'était pas disposé à admettre que l'ex-épouse avait divorcé du demandeur en raison de la lenteur du traitement des dossiers, ou en raison des présumées erreurs commises par les agents d'immigration à l'étranger—En conséquence, l'avocate du demandeur a demandé la permission de présenter une requête en vue d'être autorisée à produire sa preuve par d'autres moyens—Le demandeur a dit qu'il avait en sa possession deux documents émanant de son ex-épouse, qui prouvaient la cause du divorce—Le demandeur voulait que ces deux documents, ainsi que leurs traductions anglaises, soient déposés à l'instruction comme preuves directes—Le premier des documents était une déclaration, apparemment attestée par un notaire public en Iran, qui portait la date du 3 octobre 1996 (le document de 1996)—Le deuxième document était une lettre, apparemment signée par l'ex-épouse, portant la date du 13 avril 1993, adressée au demandeur (le document de 1993) et qui faisait état de l'impatience et de l'irritation de l'ex-épouse à l'endroit du processus d'immigration—La règle interdisant la preuve par *oui-dire* a pour effet de rendre irrecevables les déclarations écrites présentées comme preuve de la vérité ou comme preuve de leur contenu—L'une des questions litigieuses fondamentales au moment de l'instruction sera la cause du divorce—C'est l'ex-épouse qui serait la mieux à même de témoigner devant la Cour sur la question puisque c'est elle qui avait pris l'initiative de la procédure de divorce, mais elle ne s'était pas montrée disposée à participer au procès—Des exceptions ont été apportées à la règle interdisant

PREUVE—Suite

la preuve par oui-dire quand il est impossible ou difficile d'obtenir d'autres preuves et quand l'auteur de la déclaration n'est pas une partie intéressée—La jurisprudence (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531) a établi une approche structurée en matière de preuve par oui-dire—Selon cette jurisprudence, une déclaration relatée sera recevable comme preuve de la véracité de son contenu si elle satisfait aux exigences distinctes que sont la « nécessité » et la « fiabilité »—Si une déclaration relatée satisfait à ces deux exigences, le juge du procès peut la soumettre au juge des faits, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant au poids à lui accorder—La preuve en cause ne satisfaisait pas aux exigences distinctes que sont la « nécessité » et la « fiabilité »—Le demandeur n'a pas persuadé la Cour qu'il avait pris des mesures raisonnables pour assurer la participation de son ex-épouse au procès—Son affidavit indiquait simplement qu'il n'avait plus aucun contact avec son ex-épouse et que le nouveau mari de celle-ci lui avait interdit de communiquer avec le demandeur et sa famille—Le défendeur serait d'ailleurs gravement lésé si les documents de 1993 et de 1996 étaient admis comme preuves directes dans le procès—La nécessité concerne à la fois la pertinence de la preuve par oui-dire et son aptitude à établir un fait—Elle doit s'entendre de ce qui est « raisonnablement nécessaire », et elle doit être considérée d'une manière souple—La preuve d'une procédure ou pièce d'un tribunal étranger peut se faire, dans toute action ou procédure dont la Cour est saisie, au moyen d'une ampliation ou copie certifiée de la procédure ou pièce, donnée comme portant le sceau du tribunal, sans aucune preuve de l'authenticité de ce sceau ou de la signature du juge ni autre preuve—Le demandeur n'a produit aucun document du genre à propos du divorce—En tout état de cause, ce n'était pas le divorce que le demandeur souhaitait prouver au moyen des documents de 1993 et de 1996, mais les motifs qu'avait l'ex-épouse de divorcer de lui—La preuve de l'intention est très différente de la preuve qui est requise pour établir l'existence d'un divorce—La cause du présumé divorce était fort litigieuse puisque le divorce résultait du cumul d'une série de faits et d'états affectifs de l'ex-épouse—Le demandeur devait prouver que, malgré les efforts raisonnables qu'il avait faits pour assurer la comparution du témoin au procès, le témoin n'était pas disponible—Les énoncés de l'affidavit où il est indiqué que l'ex-épouse n'allait pas pouvoir témoigner parce qu'elle n'était pas disposée à participer au procès n'étaient pas appuyés par une preuve crédible—L'affidavit du demandeur ne faisait état d'aucune démarche ultérieure qui aurait été entreprise pour obtenir la coopération de son ex-épouse ou de son nouveau mari—Il n'a été accordé que peu de valeur probante aux explications générales données par le demandeur—La nécessité ne peut être déduite du seul fait que le témoin ne se présentera pas au procès—Le demandeur ne s'est jamais adressé au juge responsable de la gestion de l'instance ni à la protonotaire pour obtenir des directives sur

PREUVE—Suite

la manière dont il aurait pu régler ce problème particulier—Il n'a même jamais déposé de requête pour que soit signifiée à l'ex-épouse une citation à comparaître—Les raisons avancées par le demandeur pour justifier le dépôt des deux documents comme preuves directes des motivations de son ex-épouse et comme preuves directes de la cause du divorce étaient trop minces si on les rapportait au préjudice que subirait le défendeur—Le droit de contre-interroger le témoin sur un aspect aussi essentiel devrait l'emporter au vu des circonstances particulières de cette affaire—Le demandeur n'a jamais considéré ou épuisé d'autres possibilités, par exemple solliciter la délivrance d'une commission rogatoire autorisant la conduite d'un interrogatoire en dehors du Canada—Il était raisonnable de penser que le recours à une commission rogatoire à l'étranger aurait pu résoudre la présumée difficulté entraînée par l'indisponibilité de l'ex-épouse, et cela d'une manière conforme aux Règles—Les documents de 1993 et de 1996 ne satisfaisaient pas au critère de la nécessité—Une déclaration relatée doit également être fiable—Le critère de la fiabilité doit être évalué d'après les circonstances particulières du dossier, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant à la valeur probante de la déclaration relatée—La fiabilité ne sera pas substantielle si la déclaration relatée s'accorde aussi bien avec d'autres hypothèses—Il est crucial de cerner les dangers spécifiques du oui-dire auxquels donne lieu la déclaration et de déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers—Le document de 1993 comportait certains des dangers du oui-dire puisqu'il n'avait pas été établi sous serment—Par conséquent, ce document était très peu fiable et ne permettait pas d'établir la véracité des échanges que l'ex-épouse avait pu avoir avec les représentants du défendeur à l'étranger—Le document de 1996 avait semble-t-il été attesté par un notaire public en Iran, mais la déclaration avait été faite après que le demandeur eut déposé son action devant la Cour en 1996—Le fait que le demandeur avait déjà intenté sa poursuite contre le défendeur constituerait un facteur important à explorer dans un contre-interrogatoire de l'ex-épouse—Ce point particulier soulevait l'existence d'un danger trop sérieux pour que le document ait pu être produit comme preuve directe à l'instruction—Il n'y avait pas de garanties appropriées concernant la recevabilité de cette preuve par oui-dire—La crédibilité du contenu des documents était une question litigieuse d'une importance critique—La Cour n'allait pas être en mesure d'observer le comportement de l'ex-épouse à la barre puisqu'elle ne témoignerait pas au procès—Les faits entourant les déclarations relatées n'offraient pas suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour compenser les dangers évoqués—Il incombait au demandeur de prouver l'affirmation capitale selon laquelle son ex-épouse avait demandé le divorce en raison des lenteurs du dossier d'immigration, ou des présumées erreurs commises par les

PREUVE—Fin

représentants du défendeur à l'étranger dans le traitement de ce dossier—Les déclarations relatives ne satisfaisaient pas à l'exigence d'une fiabilité substantielle puisqu'elles s'accordaient aussi bien avec d'autres hypothèses—Par conséquent, avant que les déclarations faites par l'ex-épouse dans les documents de 1993 et de 1996 puissent être acceptées comme preuves directes, le défendeur devrait pouvoir contre-interroger l'ex-épouse, durant l'instruction, sur tous les faits pertinents—Requête rejetée—*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 286.

FARZAM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-626-96, 2005 CF 1432, juge Martineau, ordonnance en date du 21-10-05, 21 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande d'un jugement déclaratoire portant que la défenderesse n'a pas mis en œuvre la décision d'un réviseur indépendant en refusant d'accorder à la demanderesse un salaire et des avantages correspondant à un travail à temps plein depuis sa réintégration, pendant la période au cours de laquelle la défenderesse apporterait les changements requis par l'invalidité de la demanderesse—La défenderesse avait-elle l'obligation de verser à la demanderesse un salaire correspondant à un travail à temps plein?—Effet de la décision du réviseur indépendant—Le réviseur n'avait aucun pouvoir relativement à la rémunération postérieure à la réintégration—Demande rejetée.

SHERMAN C. CANADA (AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU) (T-1050-05, 2006 CF 877, juge Simpson, jugement en date du 13-7-06, 8 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>