



**Canada
Federal Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour fédérale
du Canada**

2003, Vol. 4, Part 2

2003, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2003] 4 F.C., 345-712

Renvoi [2003] 4 C.F., 345-712

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

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

Legal Editor

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Production Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2004.

The following added value features in the Canada Federal Court 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 Court Reports should be directed to: Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 992-2899.

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal

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

Arrêtiste

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, production

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2004.

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

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

Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court 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 Court Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Court 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 Court Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.

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

CONTENTS

Digests	D-15
Appeals Noted	I
Erratum	II
A. Lassonde Inc. v. Canada (Registrar of Trade-Marks) (T.D.)	618

Trade-Marks—Practice—Registrar of Trade-marks denying plaintiff, under Trade-marks Act, s. 47(1), further extension of time to file declaration of use of trade-mark “Oasis” as justification (failure to find suppliers, distributors) not significant, substantive reason to justify extension—Registrar’s discretion to extend time for filing exercised within statutory framework imposing time limits for declaration of use because application for proposed trade-mark affecting priority of registration—Requirement of significant and substantial reasons to justify extension related to Parliamentary intent in enacting s. 40(3) time limit—No error in law, fact warranting Court’s intervention—New reasons provided by plaintiff not sufficient to affect exercise of Registrar’s discretion.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l’arrétiste en chef à l’adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

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

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

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-19
Appels notés	I
Erratum	II
A. Lassonde Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (1^{re} inst.)	618

Marques de commerce—Pratique—Le registraire des marques de commerce a refusé à la demanderesse, sous l’autorité de l’art. 47(1) de la Loi sur les marques de commerce, une prolongation de délai additionnelle afin qu’elle puisse déposer une déclaration de commencement d’utilisation de la marque de commerce «Oasis» parce que la justification (insuccès dans la recherche de fournisseurs et de distributeurs) n’est pas suffisante pouvoir discrétionnaire du registraire de prolonger le délai pour le dépôt est exercé dans l’encadrement législatif imposant des délais pour le dépôt d’une déclaration d’usage parce qu’une demande d’enregistrement d’une marque de commerce projetée affecte la priorité d’enregistrement—L’exigence de raisons considérables et substantielles pour justifier la prolongation est rattachée à l’intention du législateur en adoptant le délai de l’art. 40(3)—Aucune erreur de droit ou de fait justifiant l’intervention de la Cour—Les nouveaux motifs présentés par la demanderesse ne sont pas suffisants pour affecter l’exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Plaintiff seeking to set aside Registrar’s decision denying it extension of time to file declaration of use of trade-mark—Standard of review of Registrar’s decision under Trade-marks Act, s. 56 generally and where additional evidence filed in Trial Division—Authority of Registrar to grant extension of time under Act, s. 47(1) discretionary—Must be satisfied circumstances justify extension—No error in law, in fact by Registrar warranting Court’s intervention—Registrar properly exercised discretion not to extend time.

Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co. **(C.A.)** 505

Patents—Practice—Patented medicines—Appeal from decision of F.C.T.D. judge granting judicial review application, quashing notice of compliance (NOC) for generic’s cancer drug for failure to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5—Held generic had to serve notice of allegation with new drug submission (NDS)—Appellant’s drug different from respondents’ only as to botanical source (different yew tree species)—Appellant denied bioequivalence declaration so not listed in some provincial formularies as interchangeable with respondents’ drug—Appeal dismissed—Case turning on interpretation of Regulations, s. 5(1.1)—Principles of statutory construction considered, applied—Whether s. 5(1.1) added in 1999 just to fill in gap identified in *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)*—RIAS issued with 1999 amendments referred to—Respondents arguing generics trying to avoid s. 5 by submitting ANDSs disguised as NDSs, piggy-backing on efforts, clinical trials of innovator drug companies—Also arguing purpose of statutory scheme to give patentees more effective remedies against infringement—Court rejecting generic’s interpretation, unwilling to engage in legislative redrafting—Generic’s financial loss due to quashing of NOC inadequate reason to interfere with exercise of discretion by F.C.T.D. Judge.

Construction of Statutes—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1.1)—Whether requiring

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—La demanderesse visait à obtenir l’annulation de la décision du registraire qui a refusé sa demande de prolongation de délai pour le dépôt d’une déclaration de commencement d’utilisation d’une marque de commerce—Norme de contrôle de la décision du registraire en vertu de l’art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, en général et lorsqu’une nouvelle preuve est déposée devant la Section de première instance—Le pouvoir du registraire d’accorder une prolongation de délai en vertu de l’art. 47(1) de la Loi est discrétionnaire—Il faut être convaincu que les circonstances justifient la prolongation—Aucune erreur de droit ou de fait de la part du registraire justifiant l’intervention de la Cour—Le registraire a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas prolonger le délai.

Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co. **(C.A.)** 505

Brevets—Pratique—Médicaments brevetés—Appel de la décision d’un juge de la Section de première instance d’accueillir la demande de contrôle judiciaire et d’annuler l’avis de conformité (AC) délivré pour un médicament générique contre le cancer en raison de l’inobservation de l’art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Le juge a statué que la société générique aurait dû signifier un avis d’allégation de pair avec sa présentation de drogue nouvelle (PDN)—Le médicament de l’appelante ne différait du médicament des intimées qu’au regard de leur origine biologique (espèces différentes d’if)—L’appelante n’ayant pas obtenu de déclaration de bioéquivalence, son médicament ne figure pas comme équivalent du médicament des intimées sur certains formulaires provinciaux—Appel rejeté—Le règlement de la question en litige tient à l’interprétation de l’art. 5(1.1) du Règlement—Examen et application des principes d’interprétation législative—L’art. 5(1.1) ajouté en 1999 visait-il uniquement à combler la lacune signalée dans *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*?—Examen du REIR accompagnant les modifications de 1999—Les intimées ont fait valoir que les sociétés génériques tentaient de contourner l’art. 5 en présentant des PADN déguisées en PDN, tirant profit des travaux, des essais cliniques de sociétés pharmaceutiques innovatrices—Elles ont également prétendu que l’objectif du cadre législatif était d’offrir aux titulaires de brevet des recours plus efficaces contre la contrefaçon—La Cour a rejeté l’interprétation préconisée par la société générique et refusé de reformuler la loi—La perte financière infligée à la société générique par l’annulation de l’AC ne justifiait pas la Cour de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de la Section de première instance.

Interprétation des lois—Art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Dans les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

generic drug company to serve notice of allegation in circumstances of case—Whether s. 5(1.1) limited to cases where “second person” filed ANDS, applied for approval of drug by comparison to “first person’s” drug to establish bioequivalence—Depends on whether given ordinary meaning or statutory context, legislative history considered—Legislation to be accorded meaning providing best fit with text, context—Clearer “ordinary meaning”, more compelling must be context for different reading—Legislative purpose as evidenced by RIAS which indicated 1999 amendments to clarify law, not reflecting policy change—Argued that ordinary meaning of s. 5(1.1) consistent with statutory scheme’s purpose: better protect patentees from infringement—Court unwilling to adopt interpretation requiring addition of words to unambiguous provision, cross line between statutory interpretation, legislative redrafting—Regulations should be further amended if purpose of Governor in Council in 1999 amendments that suggested by Attorney General.

Federal Court Jurisdiction—Upon application for judicial review, F.C.T.D. Judge declaring appellant failed to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, setting aside NOC—Whether should have exercised discretion not to quash NOC—Appellate court not interfering with Judge’s exercise of discretion, absent misapprehension of facts, error in principle—While NOC could not be quashed under statutory regime, Court having jurisdiction under Federal Court Act, ss. 18, 18.1 to review administrative action taken, not taken, by Minister—Normally, Court not granting relief on judicial review where relief available under Regulations but here no opportunity for such relief—That respondents could sue for patent infringement not justification for refusal to quash NOC—Nor did appellant’s financial loss due to quashing NOC justify refusal.

Borisova v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 408

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Processing of permanent residence applications filed prior to December 31, 2001, not dealt with before March 31, 2003—Immigration Act, Regs. repealed as of June, 2002,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

circonstances de l’espèce, la société générique était-elle tenue de signifier un avis d’allégation?—L’art. 5(1.1) s’applique-t-il seulement à la situation où la «deuxième personne» a déposé une PADN et demandé l’approbation de son médicament en le comparant à celui de la «première personne» pour en établir la bioéquivalence?—La réponse à ces questions diffère selon que l’on retient le sens ordinaire des mots ou que l’on tient compte du contexte ou de l’historique législatif—L’on doit retenir le sens qui est le plus compatible avec le texte ou le contexte de la disposition—Plus le «sens ordinaire» du texte est clair, plus les considérations d’ordre contextuel doivent être pressantes pour justifier une autre interprétation—Il ressort du REIR que les modifications de 1999 visaient à clarifier la loi et qu’elles ne reflétaient pas un changement de politique—L’on a soutenu que le sens ordinaire de l’art. 5(1.1) était compatible avec l’objectif du cadre législatif: mieux protéger les titulaires de brevet contre la contrefaçon—La Cour a refusé de retenir l’interprétation exigeant l’ajout de mots à une disposition non ambiguë, de franchir la frontière entre l’interprétation législative et la reformulation législative—Si l’objectif du gouverneur en conseil, en modifiant le Règlement en 1999, était celui qu’avance le procureur général, le Règlement doit à nouveau être modifié.

Compétence de la Cour fédérale—Saisi d’une demande de contrôle judiciaire, un juge de la Section de première instance a rendu un jugement déclaratoire selon lequel l’appelante n’avait pas observé le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), et a annulé l’AC—Aurait-il dû exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas annuler l’AC?—Sauf erreur de principe ou mauvaise appréciation des faits, une cour d’appel doit s’abstenir de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge—Même si un AC ne peut être annulé en application du régime réglementaire, les art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale confèrent à la Cour le pouvoir de contrôler la mesure administrative que prend ou que s’abstient de prendre le ministre—Habituellement, dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire, la Cour n’accorde pas la réparation que le demandeur aurait pu obtenir en vertu du Règlement, mais en l’espèce, le demandeur n’avait pas la possibilité d’invoquer la disposition pertinente du Règlement—Le droit des intimées d’intenter une action en contrefaçon de brevet ne justifiait pas la Cour de refuser d’annuler l’AC—La perte financière infligée à l’appelante par l’annulation de l’AC ne justifiait pas non plus le refus.

Borisova c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 408

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Traitement de demandes de résidence permanente déposées avant le 31 décembre 2001 et non traitées avant le 31 mars 2003—Loi et Règlement sur l’immigration

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) and Regs.—Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) explaining necessity for dramatic changes to regulatory scheme—Single “intended occupation” premise outdated—Canada now seeking immigrants providing significant economic benefit to Canada—House of Commons Standing Committee determining old criteria should apply to backlog members till March 31, 2003—No corporate commitment to clearing backlog—Some 104,000 applications not dealt with by deadline though, in many cases, officials had information needed for decision—Minister has begun rejecting these people under new criteria—Court issuing direction, in nature of injunction, Minister refrain from further rejections pending further Court order.

Administrative Law—Judicial Review—Injunctions—Processing of permanent residence applications filed before December 31, 2001, not dealt with before March 31, 2003—New Legislation dramatically altering criteria for acceptance—House of Commons standing Committee determining old criteria to apply to backlog till March 31, 2003—Government department failing to clear backlog by deadline, some 104,000 applications not yet dealt with—In many cases, officials had all information needed to make decision—Minister has begun rejecting backlog members under new criteria—Under Federal Court Act, s. 18(1), (3), T.D. empowered to grant injunctions, prohibition against federal board—Direction to refrain in nature of injunction—MCI federal board—Direction to refrain “interim order” under s. 18.2—While new class action rules not extending to judicial review applications, direction here sought to have applications proceed as actions—Long time until Court ready to decide on certification of class action herein—That should not disadvantage putative class members—Interim relief essential to preserve integrity of class—Court’s statutory jurisdiction not to be narrowly construed—Matter not frivolous, vexatious as injunction threshold met—Matter not moot—Irreparable harm to persons from “third world” countries denied immigration to Canada—Balance of convenience in applicants’ favour—No relief for those applying after 2001 as lacking reasonable expectation applications considered under old criteria—No relief herein for those already rejected under new criteria—Order to go directing MCI to refrain from finally rejecting proposed class action members until further Court order.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

abrogés en juin 2002 et remplacés par la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et son règlement—Explication tirée du résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) concernant la nécessité d’apporter des changements draconiens au régime de réglementation—Concept de «profession envisagée» désuet—Recherche par le Canada d’immigrants en mesure de faire une contribution économique importante à la société canadienne—Décision du Comité permanent de la Chambre des communes d’appliquer les anciens critères à l’arriéré des demandes jusqu’au 31 mars 2003—Aucun engagement de la part du Ministère d’éliminer l’arriéré des demandes—Quelque 104 000 demandes non traitées à la date limite bien que, dans bon nombre de cas, les fonctionnaires aient disposé des renseignements nécessaires pour prendre leur décision—Le ministre a commencé à rejeter les demandes de ces personnes en appliquant les nouveaux critères—Directive émise par la Cour, de la nature d’une injonction, afin que le ministre s’abstienne de procéder à d’autres rejets en attendant un nouvel ordre de la Cour.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Injonctions—Traitement de demandes de résidence permanente déposées avant le 31 décembre 2001 et non traitées au 31 mars 2003—Modification draconienne apportée aux critères d’acceptation dans la nouvelle Loi—Décision du Comité permanent de la Chambre des communes d’appliquer les anciens critères à l’arriéré des demandes jusqu’au 31 mars 2003—Non-engagement du Ministère à éliminer l’arriéré à la date limite, quelque 104 000 demandes toujours non traitées—Dans bon nombre de cas, les fonctionnaires avaient tous les renseignements nécessaires pour rendre leur décision—Le ministre a commencé à rejeter les demandes faisant partie de l’arriéré en utilisant les nouveaux critères—En vertu de l’art. 18(1) et (3) de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance a le pouvoir de décerner des injonctions ou des brefs de prohibition contre un office fédéral—L’ordre de s’abstenir est de la nature d’une injonction—Le MCI est un office fédéral—En vertu de l’art. 18.2, l’ordre de s’abstenir est une «mesure provisoire»—Bien que les nouvelles règles régissant les recours collectifs ne s’étendent pas aux demandes de contrôle judiciaire, on demande une directive pour que les demandes soient instruites comme des actions—Il faudra du temps avant que la Cour puisse décider de l’autorisation d’un recours collectif en l’espèce—Cela ne devrait pas jouer au détriment des membres de la catégorie présumée—Mesure provisoire essentielle pour préserver l’intégrité du groupe—La compétence d’origine législative de la Cour ne doit pas être interprétée de façon restrictive—La question n’est ni futile ni vexatoire étant donné que le seuil applicable aux injonctions est respecté—La question n’est pas théorique—Préjudice irréparable causé aux personnes venant de pays du «Tiers Monde» à qui on refuse l’immigration au Canada—Prépondérance des inconvénients appliquée en faveur des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Class actions—Repeal of former immigration legislation; new statute, regulations dramatically changing acceptance criteria—Old criteria to be applied to backlog of applicants until certain deadline—Corporate commitment to clearing backlog prior to deadline lacking—Whether interim restraining order should be granted against MCI—Whether can extend to members of class not before Court—Federal Court class action rules inapplicable to judicial review applications but direction sought treating instant applications as actions—Long time before Court able to decide on certification of class action herein due to large number of applicants, lawyers, Court's inexperience with class action rules—In absence of comprehensive class action legislation, Courts having to rely on case management to structure class proceedings—Unsatisfactory as taxes judicial resources, denies parties certainty as to procedural rights—F.C. class action rules not facilitating process where parties, due to relief of sought, proceeding by judicial review—Class action rules provide judge may, at any time, order giving of notice necessary to ensure fair proceeding—Notice maybe ordered prior to certification—No relief granted persons already rejected who may have come within putative class.

Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology (C.A.) 525

Foreign Trade—Canadian International Trade Tribunal—CITT refusing to award Crown, as represented by HRDC, costs though successful in resisting procurement complaint—Case concerned method of selecting service providers for employment assistance programs—CITT dismissing complaint in entirety for want of jurisdiction—Costs refusal justified as complainant acted in good faith, HRDC counsel salaried—Attorney General's research showing CITT always denying

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandeurs—Aucune réparation accordée aux personnes ayant déposé leurs demandes après 2001 étant donné qu'il n'y a pas d'espoir raisonnable que les demandes soient traitées en vertu des anciens critères—Aucune réparation accordée en l'espèce pour les demandes déjà rejetées selon les nouveaux critères—Ordonnance rendue enjoignant au MCI de s'abstenir de rejeter de façon définitive les demandes des membres de la catégorie présumée tant qu'un nouvel ordre de la Cour ne sera pas rendu.

Pratique—Recours collectifs—Abrogation de l'ancienne Loi sur l'immigration; la nouvelle Loi et le nouveau Règlement modifient de façon draconienne les critères d'acceptation—Application des anciens critères à l'arriéré des demandes jusqu'à une certaine date limite—Non-engagement du Ministère à éliminer l'arriéré avant la date limite—Une mesure provisoire sous forme d'un ordre de s'abstenir doit-elle être rendue à l'encontre du MCI?—Cette mesure peut-elle s'étendre aux membres de la catégorie présumée qui ne se trouvent pas devant la Cour?—Règles de la Cour fédérale régissant les recours collectifs non applicables aux demandes de contrôle judiciaire, mais directive recherchée pour que les demandes en l'espèce soient instruites comme des actions—Il faudra beaucoup de temps avant que la Cour soit en mesure de décider de l'autorisation du recours collectif en l'espèce en raison du très grand nombre de demandeurs et d'avocats, et de l'inexpérience de la Cour à l'égard des règles régissant les recours collectifs—En l'absence d'une législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent s'en remettre à la gestion des dossiers judiciaires pour structurer la procédure—Ceci est coûteux en termes de ressources judiciaires, et prive les parties de toute certitude quant à leurs droits procéduraux—Les règles de la C.F. régissant les recours collectifs ne favorisent pas une procédure simple lorsque les parties, en raison de la réparation recherchée, procèdent par voie de contrôle judiciaire—Les règles régissant les recours collectifs prévoient que le juge peut, à tout moment, ordonner à une partie de donner un avis afin d'assurer la conduite équitable de l'instance—L'avis peut être donné avant l'autorisation—Aucune réparation accordée aux personnes dont la demande a déjà été rejetée et qui auraient pu faire partie de la catégorie présumée.

Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology (C.A.) 525

Commerce extérieur—Tribunal canadien du commerce extérieur—Refus du TCCE d'accorder les frais à l'État, représenté par DRHC, bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public—L'affaire portait sur la méthode de sélection de fournisseurs de services pour des programmes d'aide à l'emploi—Le TCCE a rejeté la plainte en entier au motif de l'absence de compétence—Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Crown costs where complaints dismissed, awarding complainants costs if successful—Consideration of appropriate standard of review—At issue: not particular exercise of discretion to deny costs but Tribunal’s practice of denying Crown costs whenever successful—Reasonableness appropriate standard as Tribunal’s expertise possibly extending to awarding costs—Awarding costs is within discretion of court, tribunal—But must be exercised judicially—No justification for costs denial herein—Absence of statutory authority—Irrelevant that HRDC counsel on salary—Tribunal’s argument as “bid challenge authority” having duty to ensure Canadian compliance with NAFTA obligations, encourage complainants to come forward, rejected—One thing to provide dispute resolution forum, another to encourage litigation—No statutory authority for CITT to undertake pro-active role in encouraging complaints.

Practice—Costs—Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs though successful in resisting NAFTA procurement complaint—Denial justified as complainant acted in good faith, government lawyer salaried—CITT invariably denying Crown costs when successful—CITT having statutory authority to award costs to either side—Decision reviewed on reasonableness standard as CITT’s expertise perhaps extending to awarding costs—Costs awarded as indemnity, not imposed as punishment—Award of costs is in discretion of courts, tribunals—But must be exercised judicially—Exercised against successful party only for reason connected with case—Wrong to hold Crown “unusual” litigant, able to pay own costs—Time when “rule of dignity” dictated Crown neither demand, pay costs long gone—Denial of costs herein not justified—Irrelevant that government lawyer salaried—While policy of denying Crown costs would encourage complainants to come forward, no statutory authority for CITT to adopt pro-active role of encouraging litigation.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que les avocats de DRHC étaient salariés—Une recherche du procureur général montre que le TCCE refuse toujours les frais à l’État lorsque les plaintes sont rejetées, alors qu’il accorde les frais aux plaignants lorsqu’ils ont gain de cause—Examen de la norme de contrôle appropriée—La question en litige ne concerne pas l’exercice dans un cas particulier du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d’accorder les frais, mais la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l’État même s’il a gain de cause—La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l’expertise du Tribunal s’étend vraisemblablement à l’attribution des frais—L’attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal—Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement—Aucune justification du refus des frais en l’espèce—Absence d’autorisation de cette pratique dans la loi—Le fait que DRHC ait été représenté par des avocats salariés n’est pas une considération pertinente—L’argument du Tribunal voulant qu’il ait le devoir, à titre d’«organe compétent à l’égard des contestations ayant trait aux marchés publics», de veiller au respect par le Canada de ses obligations découlant de l’ALENA, et donc le pouvoir d’encourager les intéressés à déposer des plaintes est rejeté—Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges—Aucune disposition dans la Loi autorisant le TCCE à jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

Pratique—Frais et dépens—Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a refusé les frais à l’État bien qu’il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public dans le cadre de l’ALENA—Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi, que les avocats du gouvernement sont salariés—Le TCCE refuse toujours les frais à l’État lorsqu’il a gain de cause—Le TCCE a le pouvoir légal d’accorder les frais à l’une ou l’autre partie—La décision est examinée en fonction de la norme de la décision raisonnable du fait que l’expertise du TCCE s’étend peut-être à l’attribution des frais—Les frais sont accordés à titre d’indemnisation, non imposés à titre de peine—L’attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire des cours et des tribunaux—Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement—Ce pouvoir ne peut être exercé pour refuser les frais à la partie qui a gain de cause que pour un motif relié à l’affaire—C’est à tort qu’on juge que l’État est un plaideur «inhabituel», capable de supporter ses propres frais—L’époque où la «dignité» empêchait l’État de demander ou de payer des dépens est révolue—Le refus des frais n’est aucunement justifié en l’espèce—Le fait que les avocats de l’État soient salariés n’est pas pertinent—Le refus des frais à l’État encouragerait les intéressés à déposer des plaintes, mais aucune disposition de la Loi n’autorise le TCCE à adopter un rôle proactif en encourageant les litiges.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) refuse les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

though successfully resisting procurement complaint—Determining appropriate standard of review—In pragmatic, functional approach, four contextual factors considered: whether privative clause or statutory appeal; tribunal's expertise relative to court's; purpose of statutory provision; whether question of law, fact, mixed law, fact—Here neither privative clause nor statutory appeal—CITT having expertise adjudicating procurement complaints—Having statutory authority to award costs—Real question herein: not simple exercise of Tribunal's discretion but practice of invariably denying Crown costs despite success—Question of law attracting lower deference level—Court's decision herein going to jurisdiction, important as precedent—Reasonableness appropriate standard as Tribunal's expertise perhaps extending to awarding costs—Reasonableness standard requires court to stay close to tribunal's reasons to see whether support decision—Should be unnecessary to look outside Tribunal's reasons—Costs award by court, tribunal is discretionary but facts of litigation, outcome must be considered—Discretion must be exercised judicially—Upon application of standard, costs denial herein unjustified—Tribunal fettered discretion by adhering to practice of denying Crown costs—Decision set aside, case referred back for proper exercise of discretion.

Canada (Attorney General) v. King (T.D.) 543

Public Service—Labour Relations—Adjudicator under PSSRA, s. 92 allowing grievances, ordering restoration of time docked from pay due to employer's interpretation of leave for family-related responsibilities provision in collective agreement—Grievors working shifts of 8.57, 10 hours in year—Although grievors took off 5 days, pay docked for taking off more than 37.5 hours in year for family-related responsibilities—Decisions of PSSRA adjudicators reviewed on patently unreasonable standard—Reversed only if not in accordance with reason, "simply ridiculous"—Collective agreement not saying family-related responsibilities leave "earned daily leave" within clause 33.01—That clause inapplicable to leave for family-related responsibilities which is compassionate leave excepted from general principles of clause 33.01—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

frais à l'État bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte relative à un marché public—Détermination de la norme de contrôle appropriée—Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels: la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la disposition législative; la nature de la question (de droit, de fait ou mixte de fait et de droit)—En l'espèce, il n'y a pas de clause privative, ni de droit d'appel prévu par la Loi—Le TCCE possède une expertise à l'égard des décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics—Il a le pouvoir légal de rendre des décisions sur les frais—La véritable question en litige ne porte pas sur le simple exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, mais sur la pratique du Tribunal consistant à refuser systématiquement les frais à l'État même s'il a gain de cause—C'est là une pure question de droit, ce qui appelle un degré de retenue moindre—La décision de la Cour doit prendre en compte la dimension de la décision touchant la compétence ainsi que sa valeur de précédent—La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l'expertise du Tribunal s'étend peut-être à l'attribution des frais—La norme de la décision raisonnable exige que la cour reste près des motifs donnés par le tribunal et examine si ces motifs étayaient la décision—Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l'examen au-delà des motifs du Tribunal—L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal, mais il faut prendre en considération les faits reliés au litige, l'issue du litige—Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement—Au regard de la norme, le refus des frais en l'espèce n'est pas justifié—Le Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant sa pratique de refuser les frais à l'État—La décision est annulée, l'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il exerce correctement son pouvoir discrétionnaire.

Canada (Procureur général) c. King (1^{re} inst.) 543

Fonction publique—Relations du travail—L'arbitre a accueilli les griefs renvoyés à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la LRTFP, ordonnant la restitution des heures de travail déduites de la rémunération en raison de l'interprétation faite par l'employeur de la disposition de la convention collective portant sur le congé pour obligations familiales—La durée des postes de travail des fonctionnaires s'estimant lésés était de 8,57 heures pour l'un et de 10 heures pour l'autre, pendant l'année—Bien que les défendeurs n'aient pris que 5 jours, il y a eu déduction de leur rémunération parce qu'ils auraient pris pendant l'année plus de 37,5 heures de congé pour obligations familiales—La norme du caractère manifestement déraisonnable s'applique aux décisions rendues par les arbitres dans le cadre de la LRTFP—Ces décisions ne sont renversées

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Entitlement, not earned daily, leave—Distinguished from bereavement leave—Open to Adjudicator to find collective agreement contravened.

Canada (Attorney General) v. Limosi (C.A.) 481

Employment Insurance—Meaning of “*se voit donner un avis de violation*” in Act, s. 7.1(4)—Defendant penalized by increase of number of working hours to qualify for benefits—Failed to report employment income—Board of Referees, affirmed by umpire, accepting defendant’s story notice not received, mail not easily accessible—Holding notice should have been sent by registered mail—S. 7.1(1) administrative penalty is automatic without Commission’s intervention—S. 7.1(4) clumsily drafted, seeming to indicate violation’s existence depends on notice of violation—Violation existed once incorrect statement made—Under Act, s. 114, claimant having 30 days to appeal from date decision communicated to him—Not penalized if notice issued, not delivered since appeal right exists until 30 days after notice brought to his attention—Act not requiring notice sent by registered mail—Patently unreasonable for Board of Referees, umpire to find defendant not having received notice communicated to him when benefits application denied—Violation not challenged on merits, therefore stands.

Canada (Attorney General) v. Scarola (C.A.) 645

Judges and Courts—Tax Court of Canada—Inherent jurisdiction to set aside notices of discontinuance—EI benefits case—Appeal deemed dismissed under Tax Court of Canada Act, s. 16.2(2) after counsel advised Court appeal abandoned—T.C.C. later allowing withdrawal to be set aside—T.C.C. Judges not unanimous on issue, never before determined by F.C.A.—Reasons for enactment of s. 16.2 explained—Public interest in finality to litigation—S. 16.2 deeming provision creating legal fiction—Explanations by learned authors of purpose, operation of legal fictions, referred to—S. 16.2 turns filing of discontinuance into constructive dismissal—Court’s

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que si elles ne sont pas conformes à la raison, «tout simplement ridicule[s]»—Aucune disposition de la convention collective ne prévoit que le congé pour obligations familiales est un «crédit journalier de congé» au sens du paragraphe 33.01—Ce paragraphe ne s’applique pas à un congé pour obligations familiales qui constitue un congé pour raisons familiales exclu de l’application des principes généraux du paragraphe 33.01—Droit à un congé plutôt que crédit journalier de congé—Distinction d’avec le congé pour deuil—Il est loisible à l’arbitre de conclure à une violation de la convention collective.

Canada (Procureur générale) c. Limosi (C.A.) 481

Assurance-emploi—Interprétation des mots «se voit donner un avis de violation» que l’on retrouve à l’art. 7.1(4) de la Loi—Le défendeur est pénalisé par la majoration des heures de travail en rapport avec l’admissibilité aux prestations—Il a omis de déclarer des revenus d’emploi—Le conseil arbitral, confirmé par le juge-arbitre, a accepté la version du défendeur selon laquelle il n’avait pas reçu l’avis parce que son courrier n’était pas facilement accessible et a statué que l’avis de décision aurait dû être envoyé par courrier recommandé—La pénalité administrative prévue par l’art. 7.1 est automatique, sans intervention de la Commission—L’art. 7.1(4) est mal formulé et semble indiquer que l’existence de la violation dépend d’un avis de violation—La violation existe à compter du moment où la fausse déclaration est faite—En vertu de l’art. 114 de la Loi, un prestataire peut, dans les 30 jours du moment où l’avis lui a été communiqué, contester par voie d’appel—Si l’avis est émis et non remis, le prestataire n’est pas pénalisé pour autant puisque son droit d’appel n’expire que 30 jours après que l’avis a été porté à sa connaissance—La Loi n’exige pas que l’avis soit envoyé par courrier recommandé—Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont commis une erreur de fait manifestement déraisonnable en concluant que le défendeur n’avait pas reçu l’avis lorsque sa demande de prestations de chômage a été refusée—La violation n’a pas été contestée à son mérite, donc demeure.

Canada (Procureur général) c. Scarola (C.A.) 645

Juges et tribunaux—Cour canadienne de l’impôt—Compétence inhérente d’annuler des avis de désistement—Affaire de prestations d’assurance-emploi—Présomption de rejet de l’appel en vertu de l’art.16.2(2) de la Loi sur la Cour canadienne de l’impôt après que l’avocat eut informé la Cour que l’appel avait été abandonné—La CCI avait par la suite autorisé l’annulation de l’avis de désistement—Divergences de vues entre les juges de la CCI sur ce point, sur lequel la CAF n’avait jamais statué—Les motifs sous-tendant l’adoption de l’art.16.2 ont été expliqués—L’intérêt public exige que les litiges en arrivent à une solution définitive—La disposition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

power spent, is *functus officio* absent vitiating circumstance such as fraud—Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 172 (“slip” rule) allows judgment to be varied in certain circumstances not existing herein—S. 16.2 removed any inherent, residual jurisdiction in T.C.C. to permit withdrawal of notices of discontinuance.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham (T.D.) 491

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Immigration Inquiry Process—Respondent, citizen of Sri Lanka, is Convention refugee, permanent resident of Canada—Deportation ordered following latest criminal conviction—Being held in immigration detention—Deportation order under appeal—IRB member ordering respondent’s release—Minister seeking stay of release order until next statutory review or judicial review leave application dealt with—Whether principles enunciated by F.C.A. in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* should be modified to deal with facts herein—What required to satisfy “serious issue” requirement—Higher standard where stay effectively determining review application as will be moot before heard—*Prima facie* case satisfying serious issue test—Minister submitting lengthy list of errors of law committed by Board member—Serious issues including: use of previous convictions, admissibility of evidence on unproven charges, evidence not cross-examined upon—Motion granted.

Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency) (C.A.) 558

Transportation—Railway transportation of grain—An Act to amend the Canada Transportation Act regulating maximum annual revenues earned to move western grain—Canadian Transportation Agency determines revenue cap for each railway—If cap exceeded, excess plus penalties paid over—Demurrage excluded for revenue cap purposes—Agency holding portion of revenues attributed to demurrage by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

déterminative de l’art. 16.2 crée une fiction juridique—Il a été fait mention des explications données par les auteurs au sujet du but et de l’application des fictions juridiques—Conformément à l’art. 16.2, un désistement acquiert tous les attributs d’un rejet par interprétation—Le pouvoir de la Cour est épuisé: la Cour est dessaisie en l’absence de circonstances telles qu’une fraude—L’art. 172 des Règles de la Cour canadienne de l’impôt (Procédure générale) (la règle du «lapsus») permet la modification d’un jugement dans certains cas, qui ne s’appliquaient pas en l’espèce—L’art. 16.2 a éliminé toute compétence inhérente ou résiduelle de la CCI permettant le retrait d’un avis de désistement.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Thanabalasingham (1^{re} inst.) 491

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Procédure d’enquête en matière d’immigration—Le défendeur, un citoyen du Sri Lanka, est un réfugié au sens de la Convention et il possède le statut de résident permanent au Canada—Ordonnance d’expulsion prononcée suite à sa plus récente condamnation au criminel—Présentement détenu en vertu de la législation sur l’immigration—Ordonnance d’expulsion frappée d’appel—Libération du défendeur ordonnée par un membre de la CISR—Le ministre demande une ordonnance de suspension de la libération jusqu’au prochain examen des motifs de détention prévu par la loi ou jusqu’à ce qu’il soit statué sur la demande d’autorisation de contrôle judiciaire—Les principes énoncés par la C.A.F. dans *Toth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* doivent-ils être aménagés au vu des faits en l’espèce?—Que faut-il démontrer pour répondre à l’exigence de la «question sérieuse»?—La norme est plus élevée lorsque la suspension a pour effet de trancher la question soumise au contrôle judiciaire, qui deviendra théorique avant de pouvoir être entendue—Il faut une preuve *prima facie* pour satisfaire au critère de la question sérieuse—Le ministre a présenté une longue liste d’erreurs de droit commises par le commissaire—Les questions sérieuses comprennent: l’utilisation des condamnations antérieures, l’admissibilité de la preuve portant sur des accusations non fondées, les témoignages qui n’avaient pas fait l’objet d’un contre-interrogatoire—Requête accueillie.

Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Office des Transports) (C.A.) 558

Transports—Transport ferroviaire du grain—La Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada régleme les revenus annuels maximum pour le transport du grain en provenance de l’Ouest—L’Office des transports du Canada établit le plafond de revenu pour chaque entreprise de chemin de fer—Si le plafond de revenu est dépassé, l’excédent et une pénalité doivent être versés—Les droits de stationnement sont exclus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

CP Rail unreasonable, to be included in revenues subject to cap—Whether Agency empowered by Act, ss. 150, 151 to make impugned decision—Definition of demurrage—How Agency’s decision arose—Statutory right of appeal—Question of statutory interpretation, not technical question engaging Agency’s expertise—Not “polycentric” question involving balancing interests—Decision to be reviewed on correctness standard upon application of pragmatic, functional approach—Once Agency finds amount reasonably characterized as demurrage, powers exhausted—Parliament’s intention as to Agency’s role regarding demurrage—Not to undertake broad assessment whether charges justified by market, railway cost considerations, effect on shippers, consignees—Intensive freight rate regulation no longer applicable under current legislation—Agency lacking statutory authority to determine reasonableness of demurrage revenues—Reasons for difference in wording between s. 150(3)(b), 150(3)(a), (c) considered—Whether Agency, to have regard to proportionality test equating harm, compensation to asset owner, penalty paid by shipper—Railway’s power to set demurrage policies not impairing integrity of revenue cap regime—Act, s. 112 inapplicable to demurrage—Poor communications between CP Rail, customers perhaps subject for s. 113 service complaint, irrelevant as to demurrage.

Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage) (C.A.) 672

Environment—Minister approving proposal to establish winter road in national park—Decision to approve road made under Canada National Parks Act (CNPA), s. 8(1)—Under Act, s. 8(2), maintenance, restoration of ecological integrity first priority of Minister when considering all aspects of management of parks—Power to approve creation of road in park implied in broad responsibilities conferred on Minister by s. 8(1)—Minister’s decision not patently unreasonable on material before her—Not role of reviewing Court to consider whether, given Minister’s statutory duty to afford first priority to ecological integrity, assigned too much weight to social, economic factors and too little weight to ecological factors—Rational basis for conclusion proposed road not likely

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pour le calcul du plafond de revenu—L’Office a estimé qu’une partie des revenus attribués par le CP aux droits de stationnement était déraisonnable et qu’ils devaient être inclus dans les revenus assujettis au plafond—L’Office était-il habilité par les art. 150 et 151 à rendre la décision contestée?—Définition des droits de stationnement—Origine de la décision de l’Office—Droit d’appel prévu par la Loi—Question d’interprétation de la Loi et non question d’ordre technique faisant appel à l’expertise de l’Office—Question non «polycentrique» impliquant la pondération d’intérêts—Le contrôle de la décision s’effectue selon la norme de la décision correcte en appliquant une démarche pragmatique et fonctionnelle—La compétence de l’Office atteint sa limite une fois que celui-ci a déterminé raisonnablement qu’un montant se rapporte à des droits de stationnement—Intention du législateur quant au rôle de l’Office en matière de droits de stationnement—L’Office n’a pas à entreprendre une vaste évaluation pour déterminer si les droits sont justifiés par des considérations sur le marché, les coûts ferroviaires ou les incidences sur les expéditeurs et les consignataires—La réglementation tarifaire intensive ne s’applique plus selon la législation actuelle—L’Office n’est pas habilité par la Loi à décider du caractère raisonnable des revenus de stationnement—Les raisons expliquant les différents libellés de l’art. 150(3)(b), 150(3)(a) et 150(3)(c) ont été examinées—L’Office doit-il tenir compte du critère de proportionnalité qui compare le préjudice et l’indemnisation du propriétaire du bien à la pénalité payée par l’expéditeur?—Le pouvoir de l’entreprise de chemin de fer d’établir des politiques concernant les droits de stationnement ne porte pas atteinte à l’intégrité du régime de plafonds de revenu—L’art. 112 de la Loi ne s’applique pas aux droits de stationnement—La piètre qualité des communications entre le CP et ses clients pourrait faire l’objet d’une plainte de service en vertu de l’art. 113, mais elle n’est pas pertinente relativement aux droits de stationnement.

Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) (C.A.) 672

Environnement—Autorisation de la ministre de construire une route d’hiver dans un parc national—La décision d’autoriser la construction de la route prise en vertu de la Loi sur les parcs nationaux du Canada (LPNC), art. 8(1)—En vertu de l’art. 8(2) de la Loi, la préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs—Le pouvoir d’autoriser la mise en place d’une route dans un parc est implicite dans l’octroi de larges responsabilités à la ministre par l’art. 8(1)—Au vu des éléments dont la ministre disposait, sa décision n’était pas manifestement déraisonnable—Le rôle de la cour chargée du contrôle n’est pas d’examiner la question de savoir si par rapport au devoir qu’impose la loi à la ministre d’accorder la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to cause significant adverse environmental effects—National Parks General Regulations, s. 12(1) permitting destruction of flora “for purposes of Park management” —Park management purposes expanded by decision itself so as to include whatever necessary to implement decision.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Construction of winter road in national park approved by Minister after concluding proposed road not likely to cause significant adverse environmental effects—Minister relying on CNPA, s. 8(1) as legal authority to approve construction of road—Minister’s interpretation of s. 8(1) reviewable on standard of correctness—Act, s. 8(2) providing ecological integrity first priority—Patent unreasonableness applicable standard of review as to whether Minister complied with s. 8(2)—Minister’s approval of road justifiable decision pursuant to responsibility for administration, management, control of Park.

Hutchinson v. Canada (Minister of Environment) **(C.A.) 580**

Human Rights—Duty to accommodate—Appeal from Trial Division decision allowing respondent’s application for judicial review of CHRC’s dismissal of complaint—Respondent suffering from environmental illness, burnout—Employer trying to ameliorate working conditions, investigating alternative locations, but all found wanting—Respondent refused to work from home—As unable to work from office, dismissed for incapacity to perform duties—Filed complaint with CHRC alleging refusal to accommodate disability as employer not providing suitable work environment—CHRC accepted investigator’s recommendation complaint should be dismissed—Applications Judge holding breach of procedural fairness as letter, PSSRB report in investigator’s possession not produced to respondent—Appeal allowed—As not before decision-maker (CHRC), no breach of procedural fairness in failure to disclose letter, report—Analysis when dealing with course of conduct as opposed to transaction driven by pre-existing policy—Starting point: whether transaction between parties, taken as a whole, results in adverse treatment on prohibited ground—If not, inquiry ends; if so, proceed to S.C.C.’s three-step analysis set out in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3—Treatment of respondent not disclosing adverse treatment—Reasonable for

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

première priorité à l’intégrité écologique elle a accordé trop de poids aux facteurs économiques et sociaux et trop peu aux facteurs écologiques—La conclusion que les effets négatifs sur l’environnement ne seraient probablement pas importants avait un fondement rationnel—L’art. 12(1) du Règlement général sur les parcs nationaux autorise la destruction de la flore «aux fins de la gestion du parc»—Les besoins de gestion du Parc s’étendent par suite de la décision pour englober ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la décision.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—La construction d’une route d’hiver dans un parc national autorisée par la ministre suite à sa conclusion que les effets négatifs sur l’environnement ne seraient probablement pas importants—La ministre s’appuie sur l’art. 8(1) de la LPNC pour fonder sa compétence d’autoriser la construction de la route—L’interprétation de l’art. 8(1) par la ministre peut faire l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte—L’art. 8(2) de la Loi porte que la première priorité est l’intégrité écologique—La norme applicable à la décision de la ministre en vertu du paragraphe 8(2) est celle de la décision manifestement déraisonnable—L’autorisation de la construction de la route par la ministre est justifiable en tant que décision prise dans l’exercice de ses responsabilités pour la gestion des parcs.

Hutchinson c. Canada (Ministre de l’Environnement) **(C.A.) 580**

Droits de la personne—Obligation d’accommodement—Appel d’une décision de la Section de première instance accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé à la suite du rejet, par la CCDP, d’une plainte—L’intimée était atteinte d’une maladie environnementale et d’épuisement professionnel—L’employeur avait tenté d’améliorer les conditions de travail; il avait enquêté sur les lieux de travail possibles, mais il avait jugé qu’ils laissaient tous à désirer—L’intimée refusait de travailler à domicile—Étant donné qu’elle ne pouvait pas travailler depuis un bureau, l’intimée avait été licenciée pour le motif qu’elle n’était pas en mesure de s’acquitter de ses fonctions—L’intimée avait déposé une plainte auprès de la CCDP en alléguant que l’employeur avait refusé d’accommoder sa déficience en ne lui assurant pas un environnement de travail convenable—La CCDP avait retenu la recommandation de l’enquêteur selon laquelle la plainte devait être rejetée—Le juge des demandes avait conclu à un manque d’équité procédurale étant donné qu’une lettre et un rapport de la CRTFP qui étaient en la possession de l’enquêteur n’avaient pas été transmis à l’intimée—Appel accueilli—Étant donné que ces documents n’étaient pas à la disposition du décideur (la CCDP), l’omission de transmettre la lettre et le rapport ne constituait pas un manquement à l’équité procédurale—Analyse à effectuer dans le cas d’une

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Commission to conclude employer's response to respondent's circumstances not warranting inquiry—Claimant cannot refuse reasonable solution on ground preferred alternative will not cause employer undue hardship.

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Trial Judge setting aside Canadian Human Rights Commission's dismissal of respondent's complaint based on denial of procedural fairness—Holding failure to produce to respondent documents in investigator's possession denied her opportunity to respond thereto—Appeal allowed—CHRC's decision to dismiss complaint entitled to deference—Standard of reasonableness met—(1) Right to know case to be met applies to material before decision-maker, not material passing through investigator's hands—Neither letter, report before Commission—(2) Once investigation process engaged, departmental contact person not required to be indifferent to outcome—That contact person subject to unresolved harassment complaint not breach of fairness—(3) No error justifying Court's interference on basis of adequacy of investigation—Allegations of harassment unfounded.

Jaballah (Re) (T.D.) 345

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Referral to F.C.T.D. of certificate of Ministers' opinion respondent, refugee applicant, inadmissible on national security grounds—Previous certificate quashed by Cullen J. as unreasonable (*in Jaballah No. 1*)—Withdrawal of respondent's counsel as of view instant proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Service (CSIS), mere "sham", Court's adjudicative role tarnished—Referral hearings suspended pending Minister's decision on IRPA protection application—Respondent remaining in solitary confinement—Respondent moving to have certificate quashed for abuse of process due to Minister's delay with communicating decision to court—Court having thrice

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ligne de conduite par opposition à des rapports dictés par une politique préexistante—Point de départ: question de savoir si les rapports entre les parties, considérés dans leur ensemble, entraînent un traitement préjudiciable fondé sur un motif de distinction illicite—Dans la négative, l'examen prend fin; dans l'affirmative, on procède à l'analyse en trois étapes énoncée par la C.S.C. dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3—Le traitement infligé à l'intimée ne révélait pas un traitement préjudiciable—Il était raisonnable pour la Commission de conclure que la réponse de l'employeur à la situation de l'intimée ne justifiait pas un examen—L'intéressé ne peut pas refuser une solution raisonnable pour le motif que la solution de rechange qu'il préfère ne causera pas de contrainte excessive à l'employeur.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Le juge de première instance avait annulé le rejet par la Commission canadienne des droits de la personne de la plainte de l'intimée fondée sur un manquement à l'équité procédurale—Le juge avait statué que l'omission de transmettre à l'intimée les documents qui étaient en la possession de l'enquêteur empêchait celle-ci d'y répondre—Appel accueilli—Il fallait faire preuve de retenue à l'égard de la décision de la CCDP de rejeter la plainte—Il a été satisfait à la norme du caractère raisonnable—(1) Le droit de connaître la preuve à réfuter s'applique aux éléments dont disposait le décideur et non aux éléments qu'étaient passés entre les mains de l'enquêteur—Ni la lettre ni le rapport n'avaient été mis à la disposition de la Commission—(2) Une fois le processus d'enquête engagé, la personne-ressource du ministère n'était pas tenue d'être indifférente au résultat—Cette personne-ressource faisait l'objet d'une plainte non réglée de harcèlement et non d'une plainte fondée sur un manque d'équité—(3) Aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour fondée sur le caractère adéquat de l'enquête n'avait été commise—Les allégations de harcèlement étaient dénuées de fondement.

Jaballah (Re) (1^{re} inst.) 345

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—Renvoi à la première instance de la Cour fédérale du certificat de l'avis des ministres selon lequel le réfugié requérant n'est pas admissible pour des motifs de sécurité nationale—Certificat antérieur annulé par le juge Cullen parce qu'il n'était pas raisonnable (*dans Jaballah n° 1*)—Retrait de l'avocat du défendeur parce qu'il était d'avis que la présente instance avait été manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), qu'elle n'était qu'une «imposture» et que le rôle d'arbitre de la Cour était terni—Audition concernant le renvoi suspendue en attendant la décision du ministre relativement à la demande de protection visée par la LIPR—Maintien du défendeur en isolement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

indicated concern over Minister's delay—Delay constituting abuse of process—Abuse of process not justifying quashing certificate but warranting order for resumption of reasonableness proceedings—Court may rely on information inadmissible in civil, criminal cases—Court not deciding question of fact but reasonableness of certified opinion—*Res judicata*, abuse of process might come into play where, as here, second certificate issued after first quashed—Ministers not limited to issuing one certificate as exceptional proceedings involving national security interests—Based on new information in public record, certificate reasonable; respondent inadmissible.

Practice—*Res Judicata*—First certificate of Ministers' opinion refugee applicant inadmissible on security grounds quashed as unreasonable by Cullen J.—Second certificate issued on basis of new evidence—Respondent moving to have certificate quashed for *res judicata*, abuse of process, Charter breach due to Minister's delay with deciding IRPA protection application—Respondent in solitary confinement—Minister guilty of abuse of process but quashing of certificate not justified—In exceptional proceedings involving national security interest, usual principle parties limited to one proceeding inapplicable—Otherwise, state's security interests, reassessed over time as new information received, compromised—Federal Court Rules, 1998, r. 399(2) (variation of order where new matter arises, discovered) here applicable.

Barristers and Solicitors—Federal Court reference as to whether Ministers' certificate refugee applicant inadmissible as security risk—Second certificate issued after first quashed by Court—Respondent's counsel withdrawing on basis barrister's oath precluding his continuing to act—Of view court proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Agency, Court's adjudicative role tarnished, proceedings mere "sham"—Counsel's frustration in not knowing all information relied on by Minister's understandable as placed in invidious position, but that is disadvantage imposed by Act of Parliament.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

cellulaire—Présentation d'une requête par le défendeur en vue de faire annuler le certificat pour abus de procédure en raison du retard du ministre à communiquer sa décision à la Cour—Par trois fois, la Cour s'est dit préoccupée par le retard du ministre—Retard constituant un abus de procédure—Annulation du certificat non justifiée par l'abus de procédure, mais cet abus de procédure justifie l'ordonnance concernant la reprise de l'instance sur le caractère raisonnable du certificat—La Cour peut s'appuyer sur des renseignements non admissibles dans des affaires civiles et criminelles—La Cour ne décide pas d'une question de fait, mais du caractère raisonnable de l'avis certifié—Possibilité que les principes de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure entrent en jeu lorsque, comme en l'espèce, le deuxième certificat est délivré après l'annulation du premier—Ministres non tenus de ne délivrer qu'un seul certificat, étant donné qu'il s'agit d'une procédure exceptionnelle visant à protéger la sécurité nationale—D'après les nouveaux renseignements figurant dans le dossier public, le certificat est raisonnable; le défendeur n'est pas admissible au Canada.

Pratique—*Res judicata*—Premier certificat de l'avis des ministres selon lequel le réfugié requérant n'est pas admissible pour des motifs de sécurité annulé par le juge Cullen parce qu'il n'était pas raisonnable—Deuxième certificat délivré en s'appuyant sur une nouvelle preuve—Présentation d'une requête par le défendeur en vue de faire annuler le certificat en s'appuyant sur l'autorité de la chose jugée, l'abus de procédure, la violation de la Charte découlant du retard du ministre à décider de la demande de protection fondée sur la LIPR—Défendeur en isolement cellulaire—Ministre coupable d'abus de procédure, mais annulation du certificat non justifiée—Non-application du principe habituel selon lequel les parties sont limitées à une seule procédure dans une procédure exceptionnelle faisant intervenir l'intérêt de la sécurité nationale—Autrement, risque de compromettre les intérêts de la sécurité de l'État, réévalués une fois que de nouveaux renseignements sont reçus—Règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale (1998), (modification de l'ordonnance quand des faits nouveaux surviennent ou sont découverts) applicable en l'espèce.

Avocats—Renvoi à la Cour fédérale quant au caractère raisonnable du certificat des ministres indiquant que le réfugié requérant n'est pas admissible parce qu'il constitue un risque pour la sécurité—Deuxième certificat délivré après l'annulation du premier par la Cour—Retrait de l'avocat du défendeur au motif que son serment d'avocat l'empêche de continuer à représenter son client—L'avocat est d'avis que la procédure de la Cour a été manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité, que le rôle d'arbitre de la Cour est terni, et que la procédure est une «imposture»—Frustration de l'avocat de ne pas connaître la totalité des renseignements sur lesquels se sont appuyés les ministres compréhensible,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Judges and Courts—Federal Court reference as to reasonableness of Ministers' certificate refugee status applicant inadmissible as security risk—Counsel withdrawing as to continue allegedly violating barrister's oath—Of view proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Agency (CSIS), used for investigative, prosecutorial purposes—Suggesting that Court's adjudicative role tarnished; proceedings mere "sham": courtroom turned into police station—Appropriate Court comment on counsel's condemnation of process—Suggestion Court had been used by CSIS rejected—Court following process mandated by legislation—Counsel in invidious position as some of information relied on by Ministers not disclosed, but such disadvantage imposed by Act of Parliament—Important proceedings resume to terminate any perception Court implicated in delaying process.

Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) 658

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Judicial review of I.R.B. Appeal Division decision denying, for want of jurisdiction, appeal from visa officer's decision deleting applicant's nephew's name from applicant's mother's permanent residence application—Officer unconvinced child's adoption valid under Cambodian law—Board concluding lacked jurisdiction as no refusal of family class member—Whether appeal procedure under Immigration Act, s. 77 available—Board decisions accorded high degree of deference—Review standard reasonableness *simpliciter* as question of mixed fact, law—If child not adopted, then orphan, within "member of the family class", Regulation s. 2(1)—As orphan, could have been sponsored in own right by applicant—Question whether child's deletion activating s. 77(3) appeal right—Whether child must submit separate application as independent member of family class—Landing application not refused pursuant to s. 77(1)—Unsatisfactory result ignoring human dimension, based on dry logic of statutory interpretation, to be avoided—Act, s. 3 providing Regulations to be administered to facilitate family unification policy—Nothing to prevent consideration of child as co-applicant, bringing him within Act, s. 77(1)—Board having jurisdiction in peculiar circumstances.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

étant donné que cela le place dans une position injuste, mais imposée par une loi fédérale.

Juges et tribunaux—Renvoi à la Cour fédérale concernant le caractère raisonnable du certificat des ministres indiquant que le réfugié requérant n'est pas admissible parce qu'il constitue un risque pour la sécurité—Retrait de l'avocat qui croit que continuer à représenter son client contrevient à son serment d'avocat—L'avocat est d'avis que la procédure est manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), et qu'elle est utilisée pour des fins d'enquête et de poursuite—Perception que le rôle d'arbitre de la Cour est terni; procédure constituant une «imposture»; salle d'audience transformée en poste de police—Observations appropriées de la Cour sur la condamnation de la procédure par l'avocat—Suggestion selon laquelle la Cour a été utilisée par le SCRS rejetée—Respect par la Cour de la procédure imposée par la Loi—Avocat placé dans une situation injuste étant donné la non-divulgaration de certains des renseignements sur lesquels les ministres se sont appuyés, mais situation imposée par une loi fédérale—Reprise de cette instance importante pour mettre fin à toute perception selon laquelle la Cour a délibérément retardé sa procédure.

Ly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.) 658

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de la CISR rejetant, pour défaut de compétence, l'appel d'une décision de l'agent des visas de retirer le neveu de la demanderesse de la demande de résidence permanente de sa grand-mère—L'agent n'était pas convaincue que l'adoption de l'enfant était reconnue en droit au Cambodge—La Commission a conclu qu'elle n'avait pas compétence parce qu'il n'y avait pas eu de rejet d'un parent—Pouvait-on se prévaloir du droit d'appel prévu en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration?—Les décisions de la Commission doivent faire l'objet d'un haut degré de retenue judiciaire—Comme il s'agit d'une question mixte de faits et de droit, la norme de contrôle est la décision raisonnable *simpliciter*—Si l'enfant n'est pas adopté, alors il est orphelin et donc un «parent», au sens de l'art. 2(1) du Règlement—Étant orphelin, il aurait pu être parrainé directement par la demanderesse—La question consiste à savoir si le retrait de l'enfant donne naissance au droit d'appel prévu à l'art. 77(3)—L'enfant devrait-il présenter une demande séparée en tant que parent indépendant?—La demande d'établissement n'a pas été rejetée en vertu de l'art. 77(1)—Il faut éviter un résultat insatisfaisant qui se fonderait sur la pure logique de l'interprétation des lois pour ne tenir aucun compte de la dimension humaine—L'art. 3 de la Loi porte que les règlements doivent être appliqués de façon à faciliter la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (T.D.) 445

Patents—Practice—Motion to dismiss application on basis patent should not have been listed on patent register because (i) out of time, (ii) surrendered patent ineligible—Standard to be applied to motions under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5) not determined—Reissued patents subject to Regulations, s. 4(4) time requirement—Difference between grant and issuance of patent—Motion dismissed as not plain, obvious patent not eligible for inclusion on register.

Sunshine Village Corp. v. Canada (Parks) (T.D.) . . . 459

Administrative Law—Judicial Review—*Certiorari*—Banff National Park Superintendent imposing permit fee for reconstruction of gondola in ski area pursuant to Regulations under Canada National Parks Act—Whether fee to be calculated based on gondola's entire cost—Whether gondola a "building or structure"—Reference to cases holding ships, trucks, railway, cars not building, structure—Gondola "building or structure" as within National Building Code of Canada 1980 definition, incorporated into Regulations by reference—Schedule to Regulations imposing higher building permit fee for Banff, Jasper than for other national parks—RIAS not explaining reason for this—Case law on discrimination considered—Power to regulate not including power to discriminate unless authorized by statute—Can be authorized expressly or as necessary incident of powers delegated—In instant case, no express or implied authorization—Cost of permit to be recalculated, refund given.

Construction of Statutes—Whether gondola used for transporting skiers "building or structure" within Regulations under Canada National Parks Act—Correctness standard upon judicial review as question of statutory interpretation—Regulations not defining "building or structure" but

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

politique de réunification des familles—Rien n'empêche de considérer l'enfant comme un codemandeur avec sa grand-mère, ce qui lui accorde le bénéfice de l'art. 77(1) de la Loi—Au vu des faits particuliers de l'espèce, la Commission a compétence.

La compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (1^{re} inst.) 445

Brevets—Pratique—Requête en vue de faire rejeter la demande au motif que le brevet n'aurait pas dû être inscrit au registre des brevets parce que (i) il a été inscrit hors délai, (ii) abandonné, il ne pouvait être valablement inscrit—La Cour ne s'est pas prononcée sur les critères applicables aux requêtes fondées sur l'art. 6(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Les brevets redélivrés sont assujettis au délai prévu à l'art. 4(4) du Règlement—Il existe une différence entre l'octroi et la délivrance d'un brevet—La requête est rejetée puisqu'il n'apparaît pas de manière claire et manifeste que le brevet n'est pas admissible à l'inscription au registre.

Sunshine Village Corp. c. Canada (Parcs) (1^{re} inst.) 459

Droit administratif—Contrôle judiciaire—*Certiorari*—Le directeur du parc national Banff a imposé, en vertu du règlement d'application de la Loi sur les parcs nationaux du Canada, un droit de permis pour la reconstruction de télécabines dans une aire de ski—Le droit devait-il être calculé en fonction du coût total des télécabines?—Les télécabines peuvent-elles être qualifiées «de bâtiment ou de structure»?—Renvoi à des affaires dans lesquelles il a été jugé que les navires, les camions, les wagons ne sont pas des bâtiments ni des structures—Les télécabines sont «des bâtiments ou des structures» suivant la définition du Code national du bâtiment, Canada, 1980, incorporé dans le Règlement par renvoi—L'annexe du Règlement impose aux parcs Banff et Jasper des droits de permis plus élevés qu'aux autres parcs nationaux—Le RÉIR ne fournit aucune explication à ce sujet—La Cour a examiné la jurisprudence en matière de discrimination—Le pouvoir de réglementer ne comprend pas celui de discriminer à moins que la loi l'y autorise—L'autorisation peut être expresse ou supposée du fait qu'elle est nécessaire à l'exercice du pouvoir délégué—En l'espèce, il n'y a aucune autorisation expresse ou implicite—Le coût du permis doit être recalculé et un remboursement doit être versé.

Interprétation des lois—Les télécabines servant à transporter les skieurs sont-elles «des bâtiments ou des structures» au sens du Règlement d'application de la Loi sur les parcs nationaux du Canada—La norme de la décision correcte s'applique au contrôle judiciaire puisqu'il s'agit d'une question

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

incorporating by reference National Building Code of Canada 1980, which does define “building”—Reference to case law holding ships, bunkhouse on wheels, buffet on railway parlour car not building—Purposive analysis supports conclusion gondola “building or structure” as Act’s purpose to preserve, manage national parks and Regulations advance purpose by providing basis for calculating permit fees, controlling building of structures on park land.

SOMMAIRE (Fin)

d’interprétation des lois—Le Règlement ne donne aucune définition des mots «bâtiment ou structure» mais il incorpore, par renvoi, le Code national du bâtiment, Canada, 1980, lequel définit le terme «bâtiment»—Renvoi à des affaires dans lesquelles il a été jugé que les navires, une remorque dortoir et le buffet de la voiture-salon d’un train ne sont pas des bâtiments—L’analyse de l’objet de la Loi étaye la conclusion selon laquelle les télécabines sont «des bâtiments ou des structures» puisque la Loi a pour objet de préserver et de gérer les parcs nationaux, et que le Règlement contribue à la réalisation de cet objet en établissant un fondement pour le calcul de droits de permis, contrôlant ainsi les structures érigées sur les territoires des parcs.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General), [2003] 2 F.C. 350 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-630-02, 2003 FCA 473). The reasons for judgment, handed down 10/12/03, will be published in the *Federal Court Reports*.

Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2003] 4 F.C. 189 (T.D.), has been affirmed on appeal (A-133-03, 2003 FCA 233), reasons for judgment handed down 22/5/03.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Canadian Waste Services Holdings Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), A-644-01, 2003 FCA 131, Richard C.J., judgment dated 12/3/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/1/04.

Trevor Nicholas Construction Co. v. Canada (Minister for Public Works), A-723-01, 2003 FCA 277, Malone J.A., judgment dated 24/6/03 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 8/1/04.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Première nation algonquaine d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 C.F. 350 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-630-02, 2003 CAF 473). Les motifs du jugement, prononcés le 10-12-03, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale*.

La décision *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 4 C.F. 189 (1^{re} inst.), a été confirmée en appel (A-133-03, 2003 CAF 233), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22-5-03.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Canadian Waste Services Holdings Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence), A-644-01, 2003 CAF 131, juge en chef Richard, jugement en date du 12-3-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-1-04.

Trevor Nicholas Construction Co. c. Canada (Ministre des Travaux publics), A-723-01, 2003 CAF 277, le juge Malone J.C.A., jugement en date du 24-6-03 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-1-04.

ERRATUM

In *H.J. Heinz Co. of Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 3, in the French version of the reasons, page 10, paragraph [9], line 10, « partie qui demande » should read « partie qui s'oppose à ».

Dans *Cie H.J. Heinz du Canada Ltée c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 3, version française des motifs, page 10, paragraphe [9], ligne 10, remplacer « partie qui demande » par « partie qui s'oppose à ».

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)
ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada
Federal Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour fédérale
du Canada**

2003, Vol. 4, Part 2

2003, Vol. 4, 2^e fascicule

DES-4-01
2003 FCT 640

DES-4-01
2003 CFPI 640

IN THE MATTER OF a certificate pursuant to section 40.1 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, now deemed to be under subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

AND IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada;

AND IN THE MATTER OF Mahmoud Jaballah

INDEXED AS: JABALLAH (RE) (T.D.)

Trial Division, Mackay J.—Toronto, December 17, 18, 2001, January 8, February 13 and March 11, 2002; Ottawa, May 23, 2003.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Referral to F.C.T.D. of certificate of Ministers' opinion respondent, refugee applicant, inadmissible on national security grounds — Previous certificate quashed by Cullen J. as unreasonable (in Jaballah No. 1) — Withdrawal of respondent's counsel as of view instant proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Service (CSIS), mere "sham", Court's adjudicative role tarnished — Referral hearings suspended pending Minister's decision on IRPA protection application — Respondent remaining in solitary confinement — Respondent moving to have certificate quashed for abuse of process due to Minister's delay with communicating decision to court — Court having thrice indicated concern over Minister's delay — Delay constituting abuse of process — Abuse of process not justifying quashing certificate but warranting order for resumption of reasonableness proceedings — Court may rely on information inadmissible in civil, criminal cases — Court not deciding question of fact but reasonableness of certified opinion — Res judicata, abuse of process might come into play where, as here, second certificate issued after first quashed — Ministers not limited to issuing one certificate as exceptional proceedings involving national security interests — Based on new information in public record, certificate reasonable; respondent inadmissible.

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat délivré en vertu de l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, maintenant réputé délivré en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

ET le renvoi de ce certificat à la Cour fédérale du Canada;

ET Mahmoud Jaballah

RÉPERTORIÉ: JABALLAH (RE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Mackay—Toronto, 17 et 18 décembre 2001, 8 janvier, 13 février et 11 mars 2002; Ottawa, 23 mai 2003.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Renvoi à la première instance de la Cour fédérale du certificat de l'avis des ministres selon lequel le réfugié requérant n'est pas admissible pour des motifs de sécurité nationale — Certificat antérieur annulé par le juge Cullen parce qu'il n'était pas raisonnable (dans Jaballah n° 1) — Retrait de l'avocat du défendeur parce qu'il était d'avis que la présente instance avait été manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), qu'elle n'était qu'une « imposture » et que le rôle d'arbitre de la Cour était terni — Audition concernant le renvoi suspendue en attendant la décision du ministre relativement à la demande de protection visée par la LIPR — Maintien du défendeur en isolement cellulaire — Présentation d'une requête par le défendeur en vue de faire annuler le certificat pour abus de procédure en raison du retard du ministre à communiquer sa décision à la Cour — Par trois fois, la Cour s'est dit préoccupée par le retard du ministre — Retard constituant un abus de procédure — Annulation du certificat non justifiée par l'abus de procédure, mais cet abus de procédure justifie l'ordonnance concernant la reprise de l'instance sur le caractère raisonnable du certificat — La Cour peut s'appuyer sur des renseignements non admissibles dans des affaires civiles et criminelles — La Cour ne décide pas d'une question de fait, mais du caractère raisonnable de l'avis certifié — Possibilité que les principes de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure entrent en jeu lorsque, comme en l'espèce, le deuxième certificat est délivré après l'annulation du premier — Ministres non tenus de ne délivrer qu'un seul certificat, étant donné qu'il s'agit d'une procédure exceptionnelle visant à protéger la sécurité nationale — D'après les nouveaux renseignements figurant dans le dossier public, le certificat est raisonnable; le défendeur n'est pas admissible au Canada.

Practice — Res Judicata — First certificate of Ministers' opinion refugee applicant inadmissible on security grounds quashed as unreasonable by Cullen J. — Second certificate issued on basis of new evidence — Respondent moving to have certificate quashed for res judicata, abuse of process, Charter breach due to Minister's delay with deciding IRPA protection application — Respondent in solitary confinement — Minister guilty of abuse of process but quashing of certificate not justified — In exceptional proceedings involving national security interest, usual principle parties limited to one proceeding inapplicable — Otherwise, state's security interests, reassessed over time as new information received, compromised — Federal Court Rules, 1998, r. 399(2) (variation of order where new matter arises, discovered) here applicable.

Barristers and Solicitors — Federal Court reference as to whether Ministers' certificate refugee applicant inadmissible as security risk — Second certificate issued after first quashed by Court — Respondent's counsel withdrawing on basis barrister's oath precluding his continuing to act — Of view court proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Agency, Court's adjudicative role tarnished, proceedings mere "sham" — Counsel's frustration in not knowing all information relied on by Minister's understandable as placed in invidious position, but that is disadvantage imposed by Act of Parliament.

Judges and Courts — Federal Court reference as to reasonableness of Ministers' certificate refugee status applicant inadmissible as security risk — Counsel withdrawing as to continue allegedly violating barrister's oath — Of view proceedings manipulated by Canadian Security Intelligence Agency (CSIS), used for investigative, prosecutorial purposes — Suggesting that Court's adjudicative role tarnished; proceedings mere "sham": courtroom turned into police station — Appropriate court comment on counsel's condemnation of process — Suggestion Court had been used by CSIS rejected — Court following process mandated by legislation — Counsel in invidious position as some of information relied on by Ministers not disclosed, but such disadvantage imposed by Act of Parliament — Important proceedings resume to terminate any perception Court implicated in delaying process.

Pratique — Res judicata — Premier certificat de l'avis des ministres selon lequel le réfugié requérant n'est pas admissible pour des motifs de sécurité annulé par le juge Cullen parce qu'il n'était pas raisonnable — Deuxième certificat délivré en s'appuyant sur une nouvelle preuve — Présentation d'une requête par le défendeur en vue de faire annuler le certificat en s'appuyant sur l'autorité de la chose jugée, l'abus de procédure, la violation de la Charte découlant du retard du ministre à décider de la demande de protection fondée sur la LIPR — Défendeur en isolement cellulaire — Ministre coupable d'abus de procédure, mais annulation du certificat non justifiée — Non-application du principe habituel selon lequel les parties sont limitées à une seule procédure dans une procédure exceptionnelle faisant intervenir l'intérêt de la sécurité nationale — Autrement, risque de compromettre les intérêts de la sécurité de l'État, réévalués une fois que de nouveaux renseignements sont reçus — Règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale (1998), (modification de l'ordonnance quand des faits nouveaux surviennent ou sont découverts) applicable en l'espèce.

Avocats — Renvoi à la Cour fédérale quant au caractère raisonnable du certificat des ministres indiquant que le réfugié requérant n'est pas admissible parce qu'il constitue un risque pour la sécurité — Deuxième certificat délivré après l'annulation du premier par la Cour — Retrait de l'avocat du défendeur au motif que son serment d'avocat l'empêche de continuer à représenter son client — L'avocat est d'avis que la procédure de la Cour a été manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité, que le rôle de l'arbitre de la Cour est terni, et que la procédure est une «imposture» — Frustration de l'avocat de ne pas connaître la totalité des renseignements sur lesquels se sont appuyés les ministres compréhensible, étant donné que cela le place dans une position injuste, mais imposée par une loi fédérale.

Juges et tribunaux — Renvoi à la Cour fédérale concernant le caractère raisonnable du certificat des ministres indiquant que le réfugié requérant n'est pas admissible parce qu'il constitue un risque pour la sécurité — Retrait de l'avocat qui croit que continuer à représenter son client contrevient à son serment d'avocat — L'avocat est d'avis que la procédure est manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), et qu'elle est utilisée pour des fins d'enquête et de poursuite — Perception que le rôle d'arbitre de la Cour est terni; procédure constituant une «imposture»; salle d'audience transformée en poste de police — Observations appropriées de la Cour sur la condamnation de la procédure par l'avocat — Suggestion selon laquelle la Cour a été utilisée par le SCRS rejetée — Respect par la Cour de la procédure imposée par la Loi — Avocat placé dans une situation injuste étant donné la non-divulgaration de certains des renseignements sur lesquels les ministres se sont appuyés, mais situation imposée par une loi fédérale — Reprise de cette instance importante pour mettre fin à toute perception selon laquelle la Cour a délibérément retardé sa procédure.

The Court's determinations arise upon the reference of a certificate, filed by the Solicitor's General and the Minister of Citizenship and Immigration, that the respondent, Jaballah, a refugee status applicant, is inadmissible on security grounds. These proceedings are out of the ordinary. First because this is the second certificate issued against the respondent, the first one having been quashed as unreasonable by Cullen J. The Minister says that this second certificate is based upon new information. Second, because the respondent's counsel withdrew due to advice received from counsel he had consulted because his barrister's oath precluded him from acting further herein. In his submission, these proceedings have been manipulated by CSIS and used for investigative and prosecutorial purposes. Furthermore, it was suggested that the Court's adjudicative role had been tarnished and that these proceedings were nothing more than a "sham". Although counsel had withdrawn from the *Immigration Act*, section 40.1 proceedings, he later asked for this suspension under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) section 79 pending the Minister's decision on a protection application to be made by the respondent under section 112 of the last-mentioned statute. The proceedings were suspended in July 2002. Respondent has remained, since August 2001, in solitary confinement and when, in April 2003, the Minister still had failed to communicate his decision to the Court, a motion was made to the Court, based on the Charter and on abuse of process, to resume the suspended proceedings, quash the certificate and release Jaballah from detention. The Court's reasons are in two parts. Part I deals with the question whether the proceedings should be resumed, Part II with the reasonableness of the new certificate.

Part I

It was to be noted that, at the outset, these proceedings were governed by the *Immigration Act* but that statute was, in July 2002, replaced by the IRPA which now governed this matter: *Interpretation Act*, paragraph 44 (c). In the Ministers' opinion, Jaballah is inadmissible as a security risk, having instigated the subversion by force of the Egyptian government, having engaged in terrorism and for being a member of an organization believed to engage in terrorist acts.

The Court has yet to receive the Minister's decision even though it has, on at least three occasions, indicated its concern with the delay. The Court has now determined that the Minister's delay constitutes an abuse of process. In April 2003, Jaballah was served with a letter from a Departmental Officer reporting on an IRPA assessment concluding that respondent belongs to Al Jihad, now a listed organization under *Criminal Code*, Part II.I, and accordingly is a danger to Canadian security. But the assessment referred to with that letter would

Les décisions de la Cour découlent du renvoi d'un certificat, déposé par le solliciteur général et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, selon lequel le défendeur, Jaballah, qui a revendiqué le statut de réfugié, n'est pas admissible pour des motifs de sécurité. Cette instance est inusitée tout d'abord parce qu'il s'agit du deuxième certificat concernant le défendeur, le premier ayant été annulé par le juge Cullen parce qu'il n'était pas raisonnable. Les ministres prétendent que ce deuxième certificat se fonde sur de nouveaux renseignements. Deuxièmement, parce que l'avocat du défendeur s'est retiré sur l'avis d'un avocat qu'il avait consulté et parce que son serment d'avocat ne lui permettait pas de poursuivre l'instance. À son avis, l'instance a été manipulée par le SCRS et utilisée comme outil d'enquête et de poursuite. En outre, il laisse entendre que le rôle d'arbitre de la Cour a été terni et que l'instance est une «imposture». Bien que l'avocat se soit retiré de l'instance fondée sur l'article 40.1 de la *Loi sur l'immigration*, il a par la suite demandé que cette instance soit suspendue aux termes de l'article 79 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), en attendant une décision du ministre concernant une demande de protection que se proposait alors de présenter le défendeur en vertu de l'article 112 de la LIPR. L'instance a été suspendue en juillet 2002. Le défendeur se trouve, depuis août 2001, en isolement cellulaire; en avril 2003, comme le ministre n'avait toujours pas communiqué sa décision à la Cour, une requête a été présentée à la Cour, s'appuyant sur la Charte et sur le principe de l'abus de procédure, dont le but était la reprise de l'instance suspendue, l'annulation du certificat et la libération de Jaballah. Les motifs de la Cour sont énoncés en deux parties. La Partie I traite de la question de savoir si l'instance devrait reprendre et la Partie II, du caractère raisonnable du nouveau certificat.

Partie I

Il a été noté qu'au début cette instance était régie par la *Loi sur l'immigration*, mais que cette loi a été remplacée, en juillet 2002, par la LIPR qui régit maintenant cette affaire: alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation*. De l'avis des ministres, Jaballah n'est pas admissible parce qu'il constitue un risque pour la sécurité nationale, du fait qu'il est l'instigateur d'actes visant au renversement du gouvernement égyptien, parce qu'il s'est livré au terrorisme et parce qu'il est membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est l'auteur d'actes de terrorisme.

La Cour n'a pas encore reçu la décision du ministre même si elle a, à au moins trois reprises, indiqué qu'elle s'inquiétait du retard. La Cour a maintenant décidé que le retard du ministre constitue un abus de procédure. En avril 2003, Jaballah a reçu une lettre d'un agent du Ministère indiquant qu'une évaluation fondée sur la LIPR avait conclu que le défendeur appartenait au Al Jihad, qui est maintenant une organisation figurant à la Partie II.I du *Code criminel* et par conséquent qu'il représentait un danger pour la sécurité du

appear not to satisfy IRPA Regulations, paragraph 172(2)(b). The Regulations require a balancing and weighing of the risk to Jaballah if returned against the risk he presents to the security of Canada, a step yet to be undertaken. Once such decision has been made and communicated, he has a right of response before the Minister's final decision is made. Under IRPA, subsection 79(2), that decision is subject to review for lawfulness and it may be that the assessment must be in accordance with Charter, section 7 standards. The officer's letter should be deemed to be the Minister's risk assessment. It is impossible to predict how long it might take before the Court could get on with determining the reasonableness of the Minister's certified opinion. Meanwhile, the respondent remains in solitary confinement. The abuse of process is not such as to justify the quashing of the certificate but does warrant an order that proceedings be resumed without further awaiting the Minister's decision on the protection application. Another reason for now resuming the proceedings is that any perception of the Court's implication in delaying the process must end.

Part II

Following preliminary notions as to disclosure, the Court directed that the applicants produce a CSIS officer familiar with the evidence in *Jaballah No. 1* and that in this case, to testify as to the differences. This witness, referred to as "Mike", alluded to information received since the terrible events of September 11, 2001 and through his testimony were introduced exhibits depicting communication links between Jaballah and Al Qaida operatives. But, following "Mike's" cross-examination, it was urged upon the Court that there was an absence of new evidence that would justify a different outcome from that in *Jaballah No. 1*. Counsel for the applicants, on the other hand, pointed to some eight matters raised by "Mike's" evidence which were not before Cullen J. in 1999. Next, the Court convened *ex parte* hearings at which was directed the production of a further summary statement as to the basis for the certified opinion and clearly indicating information now available that was not before Cullen J. and not withheld for security reasons. The Court also confirmed documents that ought not, on security grounds, be disclosed to Jaballah. Upon resumption of the public hearings, the respondent's counsel addressed the Court, advising that, under the oath he had taken as a barrister, he could neither "pervert the law" nor "assist a judge...in conduct that is in violation of applicable rules of judicial conducts or other laws" and could not continue to act in this case. His view was that the courtroom had been "turned into the police station" with

Canada. Cependant, cette évaluation ne semble pas répondre aux conditions de l'alinéa 172(2)b) du Règlement sur la LIPR. Le Règlement exige une mise en balance du risque que le défendeur constitue pour la sécurité du Canada, et implicitement du risque qu'il courrait s'il devait être expulsé du Canada, étape qui n'a pas encore été entreprise. Une fois que la décision aura été prise et qu'elle lui aura été communiquée, le défendeur aura le droit de répondre avant que la décision finale du ministre ne soit prise. En vertu du paragraphe 79(2) de la LIPR, cette décision pourrait faire l'objet d'un contrôle au sujet de sa légalité et on pourrait prétendre que cette évaluation devra être faite conformément à l'article 7 de la Charte. La lettre de l'agent devrait être réputée constituer l'évaluation des risques avant renvoi faite par le ministre. Il est impossible de prévoir à quel moment la Cour pourra reprendre l'examen du caractère raisonnable de l'avis certifié des ministres. Entre-temps, le défendeur demeure en isolement cellulaire. L'abus de procédure n'est pas suffisant pour justifier l'annulation du certificat, mais il justifie certainement une ordonnance donnant instruction de reprendre l'instance concernant le certificat sans attendre la décision du ministre au sujet de la demande de protection. L'autre facteur important qui joue dans la décision de reprendre maintenant l'instance, c'est qu'il faut mettre fin à la perception selon laquelle la Cour a délibérément retardé sa procédure.

Partie II

À la suite des requêtes préliminaires concernant la communication de la preuve, la Cour a ordonné que les demandeurs nomment un agent du SCRS au courant de la preuve présentée dans l'affaire *Jaballah n° 1* et en l'espèce pour qu'il vienne témoigner au sujet des différences dans la preuve. Ce témoin, identifié sous le prénom de «Mike», a fait allusion à des renseignements reçus depuis les terribles événements du 11 septembre 2001 et au cours de son témoignage ont été déposées des pièces dépeignant les liens de communication entre Jaballah et des agents secrets d'Al-Qaïda. Mais, après le contre-interrogatoire de «Mike», on a fait valoir devant la Cour qu'il n'y avait pas de nouveaux éléments de preuve qui pourraient justifier une décision différente de celle qui a été prise dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Les avocats des demandeurs, par ailleurs, ont mentionné huit points soulevés par le témoignage de «Mike», renseignements dont ne disposait pas le juge Cullen en 1999. Par la suite, la Cour a convoqué des audiences à huis clos et *ex parte* afin d'ordonner la production d'un autre résumé concernant le fondement de l'avis certifié, résumé ayant pour but d'indiquer clairement les renseignements qui sont maintenant connus et dont le juge Cullen n'était pas saisi, et qui n'ont pas été retenus pour des raisons de sécurité. La Cour a également confirmé les documents qui ne doivent toujours pas, pour des motifs de sécurité, être communiqués à Jaballah. À la reprise de l'audience publique, l'avocat du défendeur s'est adressé à la

Jaballah No.1 having been used as an investigative basis for the instant case. Counsel having withdrawn from the courtroom, Jaballah was asked by the Court whether his intention was to act for himself or get a new lawyer. He answered as follows: "I cannot represent myself with this proceeding. I have my lawyer and I follow his advice and instructions". From that it had to be concluded that the respondent had declined the advance to secure a replacement lawyer as well as to make submissions on his own behalf or other than to acknowledge that there was before the Court herein information on two matters not before Cullen J. in the earlier case (his telephone number being on a paper in the possession of one Mahjoub, a person whose certification was held reasonable by Nadon J. and Jaballah's rental of a postal box). He understood that this was his opportunity to be heard on the issue of his inadmissibility and the information on the public record upon which the certified opinion was based but declined to take advantage of that opportunity.

It was appropriate that the Court comment upon counsel's condemnation of the process. When asked for an explanation, counsel replied that he was incapable of advising his client as he did not know the case to be met. In his submission, "the Court is being used as an investigative tool by the security forces without a judicial balance and fairness to the person in front of the Court". The Court had followed the process provided for by the legislation and could not accept the suggestion that it had been used by CSIS as an investigative tool or that the proceedings before Cullen J. (*Jaballah No.1*) were an investigation leading to this proceeding. It is indeed an invidious position for the person concerned and counsel not to be able to see all of the information relied upon by the ministers, but that is a disadvantage imposed by Act of Parliament.

In determining whether the certificate is reasonable, the Court may consider information that would be inadmissible in ordinary civil or criminal proceedings. The decision is not the determination of a question of fact but rather an assessment of the reasonableness of the certified opinion reached in the exercise of ministerial discretion. The Court does, however, accept that where, as here, a second certificate has been issued

Cour pour l'informer que, aux termes du serment qu'il avait prêté en tant qu'avocat, il ne pouvait ni «dénaturer le droit» ni «aider un juge [. . .] dont la conduite contrevient aux règles applicables à la déontologie judiciaire ou à toute autre loi» et qu'il ne pouvait continuer de représenter son client dans cette instance. À son avis, la salle d'audience avait été «transformée en poste de police» et l'affaire *Jaballah n° 1* a servi de base d'enquêtes pour l'instance en cours. Après que l'avocat eut quitté la salle d'audience, la Cour a demandé à Jaballah si son intention était de se représenter lui-même ou de retenir les services d'un nouvel avocat. Il a répondu de la façon suivante: «Je ne peux pas me représenter moi-même dans cette instance. J'ai mon avocat et je suis ses conseils et ses instructions». Il a fallu conclure de cette affirmation que le défendeur avait refusé la possibilité qui lui était donnée de demander les services d'un autre avocat, de même que la possibilité de présenter des observations en son propre nom, à l'exception du fait qu'il a reconnu que la Cour était saisie de renseignements que les ministres ont qualifié de nouveaux dont le juge Cullen n'était pas saisi dans l'affaire *Jaballah n° 1* (son numéro de téléphone inscrit sur un papier trouvé en la possession d'un certain Mahjoub, une personne dont le certificat a été jugé raisonnable par le juge Nadon et la location par Jaballah d'une case postale). Le défendeur a compris qu'il s'agissait là d'une possibilité qui lui était donnée d'être entendu sur la question de sa non-admissibilité et des renseignements figurant dans le dossier public sur lesquels l'avis certifié se fondait, mais il a refusé d'exercer son droit d'utiliser cette possibilité.

Il était approprié que la Cour fasse des observations sur la condamnation par l'avocat de la procédure suivie. Quand on lui a demandé une explication, l'avocat a répondu qu'il était dans l'impossibilité de conseiller son client parce qu'il ne savait pas quelle preuve il devait réfuter. À son avis, «la Cour est utilisée en tant qu'outil d'enquête par les forces de sécurité, sans qu'il y ait une mise en balance des différents éléments par la Cour et sans équité pour la personne qui comparait devant elle». La Cour a suivi la procédure prévue par la loi et elle ne peut accepter la suggestion qu'elle a été utilisée par le SCRS en tant qu'outil d'enquête ni que l'instance qui s'est déroulée devant le juge Cullen (*Jaballah n° 1*) était une enquête menant à la tenue de la présente instance. C'est en fait une position injuste pour la personne concernée et son avocat de ne pas avoir accès à tous les renseignements sur lesquels s'appuient les ministres, mais c'est néanmoins une position imposée par une loi fédérale.

Pour décider du caractère raisonnable du certificat, la Cour peut examiner des renseignements qui ne seraient pas admissibles dans une poursuite civile ou criminelle ordinaire. La décision à prendre n'est pas une question de fait, mais plutôt une évaluation du caractère raisonnable de l'avis certifié qui a été pris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des ministres. Toutefois, la Cour accepte que lorsque, comme en

after the initial one was quashed, such principles as *res judicata* and abuse of process may come into play.

While the legislation makes no provision for a second certified opinion where the first has been found unreasonable, such is not required. These exceptional proceedings, involving national security interests, are not subject to three principle that parties to litigation are limited to bringing one proceeding. Were it otherwise, the state's continuing security interests, reassessed over time on the basis of a mosaic of information gathered from various sources, might be compromised. Rule 399(2), which provides for the variation of an order where a matter has subsequently arisen or been discovered, was here applicable. The Court had to determine whether there was new evidence, discovered since *Jaballah No.1*, that had it been presented at that trial would probably have changed the results and whether it could have been discovered before completion of that trial by the exercise of reasonable diligence.

There is information in the public record which came to the Ministers' attention after the initial certificate was quashed. This included: (1) an Interpol notice and fingerprints provided by the Government of Egypt implicating the respondent with the supply of weapons and explosives as well as the escape of terrorists; (2) having been to Afghanistan, a country the respondent denied having visited; (3) a paper with the respondent's phone number written on it was found in the possession of one Mahjoub, said to be involved in a militant faction, *Vanguards of Conquest*; (4) use of a post office box rented by the respondent in another name which he testified with *Jaballah No.1* had not been used; (5) where arrested in Pakistan, one Khalil said Deek, said to be an Al Qaida operative, was in possession of a computer disk containing the respondent's post office box address.

Furthermore, the Ministers have new information on Al Qaida which is said to cast new light and understanding on information which they may have possessed at an earlier time. In particular, the respondent is believed to have had contact with a principal aide to Osama bin Laden while in Yemen or Pakistan. Also, the respondent is believed to have been in telephone contact with senior Al Qaida operatives at London in 1998. The respondent has made no response to the Ministers' perception arising from his contacts with these terrorist organization operatives and it can be inferred that unless the respondent was a senior AJ-Al Qaida operative, he

l'espèce, un deuxième certificat a été délivré après l'annulation du premier, les principes de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure peuvent s'appliquer.

Bien que la loi ne renferme aucune disposition prévoyant qu'un deuxième avis certifié puisse être déposé après qu'un premier a été trouvé déraisonnable, cette disposition n'est pas obligatoire. Ces instances exceptionnelles, traitant des intérêts de la sécurité nationale, ne sont pas assujetties au principe selon lequel les parties à un litige ne peuvent intenter qu'une seule instance. S'il en était autrement, les intérêts permanents de la sécurité de l'État, évalués et réévalués sur la foi d'un ensemble de renseignements recueillis de diverses sources, pourraient être compromis. Le paragraphe 399(2) des Règles, qui prévoit la modification d'une ordonnance lorsque des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue, est applicable. La Cour devait décider s'il y avait de nouveaux éléments de preuve, découverts depuis la décision *Jaballah n° 1*, qui, s'ils avaient été présentés au procès, en auraient vraisemblablement changé le résultat et si la preuve aurait pu avoir été obtenue avant que le procès prenne fin en faisant preuve d'une diligence raisonnable.

Il y a des renseignements dans le dossier public qui ont été communiqués aux ministres après l'annulation du premier certificat. Ces renseignements incluent les suivants: 1) un avis d'Interpol et des empreintes digitales fournies par le gouvernement égyptien impliquant le défendeur dans la fourniture d'armes et d'explosifs et l'évasion de terroristes; 2) des renseignements selon lesquels le défendeur s'est rendu en Afghanistan, pays qu'il a nié avoir visité; 3) un papier portant le numéro de téléphone du défendeur qui a été trouvé en possession d'un certain Mahjoub, décrit comme étant un agent d'une faction militante, l'Avant-garde de la conquête; 4) l'utilisation d'une case postale louée par le défendeur sous un autre nom et dont l'existence a été révélée par lui-même dans l'affaire *Jaballah n° 1*, mais qu'il dit ne pas avoir utilisé; 5) au moment de son arrestation au Pakistan, un certain Khalil Said Deek, que l'on croit être un agent secret de Al-Qaïda, avait en sa possession un disque d'ordinateur qui indiquait l'adresse de la case postale du défendeur.

En outre, les ministres disposent de nouveaux renseignements au sujet des opérations d'Al-Qaïda, renseignements qui jettent un éclairage nouveau et font mieux comprendre les renseignements qui leur avaient été communiqués auparavant. En particulier, on croit que le défendeur aurait eu des contacts avec un aide principal d'Osama ben Laden pendant qu'il se trouvait au Yémen ou au Pakistan. En outre, on croit que le défendeur a eu des contacts téléphoniques avec des agents secrets principaux d'Al-Qaïda à Londres en 1998. Le défendeur n'a pas répondu à la perception des ministres découlant de ses contacts avec des

could not have had contact with other senior members of those organizations. It had to be concluded that there was significant new information implicating respondent in relation to Al Qaida. Had it been before the Court with *Jaballah No. 1*, the certificate may not have been questioned. That conclusion was reinforced by other new information not made public to avoid prejudicing national security. The information on the public record supports the opinion of the Ministers as reasonable under *Regulations Establishing a List of Entities*, enacted under the *Criminal Code* in 2002, Al Qaida, Al Jihad (AJ) and the *Vanguards of Conquest* are included as organizations involved in terrorist activities.

The respondent is accordingly inadmissible to Canada on security grounds.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 9, 10(c).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.I (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(e) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), (f) (as am. *idem*), 40.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1), 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82(2), 84(2), 97, 112, 113(d).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 172.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(c).
Regulations Establishing a List of Entities, SOR/2002-284, s. 1.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

NOT FOLLOWED:

- Al Sayegh (Re)* (1997), 131 F.T.R. 7 (F.C.T.D.); *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (F.C.T.D.).

agents secrets des organisations terroristes et on peut en déduire qu'à moins que le défendeur n'ait été lui-même un agent secret principal d'AJ-Al-Qaïda, il n'aurait pas pu avoir des contacts avec d'autres membres importants de ces organisations. Il a fallu en conclure qu'il s'agissait de nouveaux renseignements importants liant le défendeur à Al-Qaïda. Si ces renseignements avaient été disponibles au moment de l'affaire *Jaballah n° 1*, le certificat n'aurait peut-être pas été remis en question. Cette conclusion est renforcée par d'autres renseignements nouveaux qui n'ont pas été révélés publiquement afin de ne pas porter atteinte à la sécurité nationale. Les renseignements faisant partie du dossier public appuient la conclusion selon laquelle l'avis des ministres est raisonnable. Aux termes du *Règlement établissant une liste d'entités*, adopté en vertu du *Code criminel* en 2002, Al-Qaïda, Al Jihad (AJ) et l'Avant-garde de la conquête figurent au nombre des organisations engagées dans des activités terroristes.

Par conséquent, le défendeur n'est pas admissible au Canada pour des motifs de sécurité.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 9, 10(c).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.I (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III, art. 2e).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44c).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(e) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), (f) (mod., *idem*), 40.1 (édité par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1), 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82(2), 84(2), 97, 112, 113d).
Règlement établissant une liste d'entités, DORS/2002-284, art. 1.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 172.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION NON SUIVIE:

- Al Sayegh (Re)* (1997), 131 F.T.R. 7 (C.F. 1^{re} inst.); *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (C.F. 1^{re} inst.).

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub (2001), 81 C.R.R. (2d) 350; 199 F.T.R. 190; 13 Imm. L.R. (3d) 33 (F.C.T.D.); *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.R.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); affd (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] 2 S.C.R. v; *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983; (2001), 204 D.L.R. (4th) 542; 17 B.L.R. (3d) 1; 11 C.C.E.L. (3d) 1; 8 C.C.L.T. (3d) 60; 12 C.P.C. (5th) 1; [2001] 4 C.T.C. 139; 274 N.R. 366; 150 O.A.C. 12; *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.); *Mackay v. Canada (Attorney General)* (1997), 129 F.T.R. 286 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.) (QL); *Jaballah (Re)*, 2001 FCT 1287; [2001] F.C.J. No. 1748 (T.D.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 3 F.C. 73; (2002), 224 F.T.R. 20 (T.D.); *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 175; 9 Imm. L.R. (3d) 45 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 644; (2001), 212 F.T.R. 42 (T.D.).

MOTION for an order (1) that an officer's report constitutes the Minister's risk assessment, (2) that the Minister's delay in determining a protection application amounts to an abuse of process and (3) that the certificate be quashed and the respondent released from custody. Motion allowed as to (1) and (2) and hearing resumed to assess reasonableness of the Ministers' certified opinion. Based on new evidence not before the Court in proceedings on the previous certificate quashed as unreasonable, the certificate is reasonable and the respondent is inadmissible.

APPEARANCES:

Robert F. Batt, Marthe Beaulieu for applicant.
Rocco Galati for respondent.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub (2001), 81 C.R.R. (2d) 350; 199 F.T.R. 190; 13 Imm. L.R. (3d) 33 (C.F. 1^{re} inst.); *Ahani c. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.R.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (1^{re} inst.); conf. par (1996), 37 C.R.R. (2d) 181; 201 N.R. 233 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1997] 2 R.C.S. v; *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983; (2001), 204 D.L.R. (4th) 542; 17 B.L.R. (3d) 1; 11 C.C.E.L. (3d) 1; 8 C.C.L.T. (3d) 60; 12 C.P.C. (5th) 1; [2001] 4 C.T.C. 139; 274 N.R. 366; 150 O.A.C. 12; *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.); *Mackay c. Canada (Procureur général)* (1997), 129 F.T.R. 286 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Jaballah, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{re} inst.) (QL); *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287; [2001] A.C.F. n° 1748 (1^{re} inst.) (QL); *Jaballah (Re)*, [2003] 3 C.F. 73; (2002), 224 F.T.R. 20 (1^{re} inst.); *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 175; 9 Imm. L.R. (3d) 45 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 644; (2001), 212 F.T.R. 42 (1^{re} inst.).

REQUÊTE en vue d'obtenir une ordonnance déclarant 1) que le rapport d'un agent constitue l'évaluation des risques avant renvoi du ministre, 2) que le retard du ministre à décider de la demande de protection constitue un abus de procédure et 3) que le certificat doit être annulé et le défendeur libéré. Requête accueillie en partie sur les points 1) et 2) et reprise de l'audience pour évaluer le caractère raisonnable de l'avis certifié des ministres. S'appuyant sur de nouveaux renseignements dont n'était pas saisie la Cour dans l'instance portant sur le premier certificat annulé parce qu'il n'était pas raisonnable, le certificat est raisonnable et le défendeur n'est pas admissible au Canada.

ONT COMPARU:

Robert F. Batt, Marthe Beaulieu pour le demandeur.
Rocco Galati pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Galati, Rodrigues, & Associates, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for orders determinations rendered in English by

MACKAY J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons concern a number of determinations by the Court arising from proceedings that began on August 15, 2001, by reference to the Court of a certificate, filed by the Solicitor General and the Minister of Citizenship and Immigration pursuant to then section 40.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 29, s. 4; S.C. 1992, c. 49, s. 31] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2], that in their opinion, the respondent, Mr. Jaballah, a foreign national who came to Canada in 1996 and applied for refugee status, is inadmissible to Canada on national security grounds.

[2] The proceedings were suspended in early July 2002 at the request of Mr. Jaballah when he applied to the Minister to be found to be a person in need of protection, pursuant to section 112 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, as amended, (the IRPA) which came into force June 28, 2002. Since then the respondent has remained, as he has been since mid-August 2001, in detention in solitary confinement. No final decision on his application to the Minister has been communicated to the Court, as has been expected in accord with the IRPA and the IRPA Regulations [*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227]. On April 11, 2003 the Court heard a motion on behalf of the respondent, based on the principle of abuse of process and claiming Charter interests [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], the purpose of which would be that the Court should now resume its suspended

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Galati, Rodrigues, et associés, Toronto, pour le défendeur.

Ce qui suit est la version française des motifs des ordonnances et décisions rendus par

LE JUGE MACKAY:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs se rapportent à un certain nombre de décisions prises par la Cour à l'issue d'une instance qui a commencé le 15 août 2001, du fait du renvoi à la Cour d'un certificat, délivré par le solliciteur général et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada en vertu de l'ancien article 40.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 29, art. 4; L.C. 1992, ch. 49, art. 31] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2], selon lequel, à leur avis, le défendeur, M. Jaballah, un citoyen étranger qui est entré au Canada en 1996 et y a revendiqué le statut de réfugié, n'est pas admissible au Canada pour des motifs de sécurité nationale.

[2] L'instance a été suspendue au début de juillet 2002 à la demande de M. Jaballah, au moment où il a demandé au ministre d'être considéré comme une personne ayant besoin de protection, aux termes de l'article 112 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et ses modifications (LIPR), qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Depuis la mi-août 2001, le défendeur est détenu en isolement cellulaire. La Cour n'a pas été avisée de la décision finale concernant la demande de M. Jaballah au ministre, comme elle pouvait s'y attendre compte tenu de la LIPR et du Règlement établi sous son régime [*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227]. Le 11 avril 2003, la Cour a entendu une requête déposée au nom du défendeur, s'appuyant sur le principe de l'abus de procédure et faisant valoir des intérêts protégés par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44]], dont le but

proceedings, previously suspended, and quash the certificate of the Minister, and release Mr. Jaballah from detention.

[3] In summary, the determinations now made, filed in two separate orders and determinations, now allow the respondent's motion in part, in so far as an assessment of the risk to Mr. Jaballah if he were now returned to Egypt, the Pre-Removal Risk Assessment (PRRA) by an officer acting on behalf of the Minister, which was provided to the respondent in August 2002, and now filed by direction of the Court in April 2003, is deemed to be the assessment of the risk by the Minister pursuant to paragraph 172(2)(a) of the IRPA Regulations, made in accord with section 97 of the IRPA.

[4] Further, the Court determines that, as there is as yet no satisfactory explanation for the delay in advising it of a decision by the Minister in relation to the application for protection, without any firm indication of a date for decision, continuing delay constitutes an abuse of the Court's process with the respondent continuing in detention, without right of review. In these circumstances, the appropriate relief in the circumstances of this case is to resume the proceedings that deal with the issue raised by reference of the Minister's certificate to the Court, leaving to the Minister a decision on the application for protection as the IRPA directs.

[5] In Part II of these reasons, the Court now determines, pursuant to subsection 80(1) of the IRPA that the certificate dated August 13, 2001 by the applicant Ministers, on the basis of the evidence and information available to the Court, is reasonable.

[6] Since there is no decision communicated on the application for protection, no determination is made whether such a decision is lawful, as provided for by subsection 80(1). Presumably when made, the decision will be subject to judicial review.

serait la reprise immédiate par la Cour de l'instance suspendue antérieurement, l'annulation du certificat du ministre et la libération de M. Jaballah.

[3] En résumé, les décisions qui sont maintenant prises, et qui font l'objet de deux ordonnances et décisions distinctes, accueillent en partie la requête du défendeur, dans la mesure où l'évaluation des risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé aujourd'hui en Égypte, c'est-à-dire l'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) faite par un agent agissant au nom du ministre, qui a été remise au défendeur en août 2002, et qui a maintenant été déposée sur ordre de la Cour en avril 2003, est réputée être l'évaluation des risques faite par le ministre aux termes de l'alinéa 172(2)a) du Règlement sur la LIPR, compte tenu de l'article 97 de la LIPR.

[4] En outre, étant donné qu'il n'y a pas encore d'explication satisfaisante concernant le retard à l'informer d'une décision du ministre ayant trait à la demande de protection, la Cour décide que, sans autre indication ferme d'une date à laquelle la décision sera rendue, l'accumulation du retard constitue un abus de procédure, le défendeur se trouvant toujours en détention sans bénéficier d'aucun droit de révision. Dans les circonstances de l'espèce, le redressement approprié consiste à reprendre l'instance qui traite de la question soulevée par le renvoi du certificat du ministre à la présente Cour, et à laisser le ministre prendre la décision concernant la demande de protection, selon ce que la Loi prescrit.

[5] Dans la Partie II des présents motifs, la Cour décide maintenant, aux termes du paragraphe 80(1) de la LIPR que le certificat daté du 13 août 2001 par les ministres demandeurs, est raisonnable compte tenu des éléments de preuve et des renseignements dont elle disposait.

[6] Puisqu'aucune décision n'a été communiquée concernant la demande de protection, aucune décision n'est rendue quant à savoir si cette décision est légale, aux termes du paragraphe 80(1). Il faut supposer qu'une fois prise la décision pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

[7] These reasons are long. They include reference to several stages in the proceedings. The following headings and paragraph numbers where each section begins, may assist in providing an overview of the context in which my determinations are made.

Part I Background

1. The legislative regime, the context for determinations [8]
2. The Court's determination to resume proceedings [17]
3. Immigration circumstances of the respondent [37]

Part II Proceedings concerning the Ministers' Certificate

4. Preliminary matters [42]
5. Efforts to identify "new" information [50]
6. Withdrawal of counsel for the respondent [55]
7. Ensuring opportunity for the respondent to be heard [57]
8. Reviewing information and evidence, 1999 and 2001 [61]
9. Delay in determining reasonableness of certificate [63]
10. The process condemned by counsel for Mr. Jaballah [65]
11. The reasonableness of the certificate of the Ministers
 - (a) The test for assessing what information is new [70]
 - (b) Information new to the Ministers after November 1, 1999 [81]
 - (c) Information partly new to the Ministers in 2001 [83]

[7] Les présents motifs sont longs. Ils font référence à plusieurs étapes de l'instance. Les rubriques qui suivent et les numéros de paragraphe marquant le début de chaque section pourront aider à fournir un aperçu du contexte dans lequel mes décisions sont rendues.

Partie I Contexte

1. Le régime législatif, le contexte des décisions [8]
2. La décision de la Cour de reprendre l'instance [17]
3. La situation du défendeur en matière d'immigration [37]

Partie II L'instance concernant le certificat des ministres

4. Les questions préliminaires [42]
5. Les efforts pour identifier les «nouveaux» renseignements [50]
6. Le dessaisissement de l'avocat du défendeur [55]
7. L'assurance que le défendeur a eu la possibilité d'être entendu [57]
8. L'examen des renseignements et de la preuve, 1999 et 2001 [61]
9. Le retard à déterminer le caractère raisonnable du certificat [63]
10. L'instance condamnée par l'avocat de M. Jaballah [65]
11. Le caractère raisonnable du certificat des ministres
 - a) Le critère utilisé pour évaluer les nouveaux renseignements [70]
 - b) Les nouveaux renseignements fournis aux ministres après le 1^{er} novembre 1999 [81]
 - c) Les renseignements partiellement nouveaux fournis aux ministres en 2001 [83]

(d) Conclusion concerning new information before this Court [86]

d) La conclusion concernant les nouveaux renseignements dont la présente Cour est saisie [86]

(e) Finding the certificate is reasonable [90]

e) La conclusion sur le caractère raisonnable du certificat [90]

Part III Conclusions, Orders, Costs [98]

Partie III Les conclusions, ordonnances et dépens [98]

PART I BACKGROUND

PARTIE I LE CONTEXTE

1. THE LEGISLATIVE REGIME, THE CONTEXT FOR DETERMINATIONS

1. LE RÉGIME LÉGISLATIF, LE CONTEXTE DES DÉCISIONS

[8] When this proceeding began, in August 2001, it was governed by the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended (the 1985 Act), and in particular, section 40.1 of that Act, under which the certified opinion issued and the matter was referred to this Court. However, before this decision was rendered, the 1985 Act was repealed and replaced by the IRPA, which came into force on June 28, 2002. This proceeding, begun under the 1985 Act, has continued under the IRPA, which provides in part, (consistent with the general principle under paragraph 44(c) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as amended), that:

[8] Quand la présente instance a été entamée en août 2001, elle était régie par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, et ses modifications (la Loi de 1985), et en particulier, par l'article 40.1 de cette Loi, en vertu duquel l'avis certifié qui avait été délivré et cette affaire ont été transmis à la présente Cour. Toutefois, avant que la présente décision ne soit rendue, la Loi de 1985 a été abrogée et remplacée par la LIPR, qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002. Cette instance, commencée sous la Loi de 1985, s'est poursuivie sous la LIPR, qui dispose en partie (conformément au principe général énoncé à l'alinéa 44c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et ses modifications), ce qui suit:

190. Every application, proceeding or matter under the former Act that is pending or in progress immediately before the coming into force of this section shall be governed by this Act on that coming into force.

190. La présente loi s'applique, dès l'entrée en vigueur du présent article, aux demandes et procédures présentées ou instruites, ainsi qu'aux autres questions soulevées, dans le cadre de l'ancienne loi avant son entrée en vigueur et pour lesquelles aucune décision n'a été prise.

Relevant provisions of the IRPA are reproduced in Annex A, with brief references to comparable provisions of the 1985 Act. Statutory references in these reasons are primarily to the IRPA now in force, with additional references to comparable provisions in the 1985 Act where that seems appropriate.

Les dispositions pertinentes de la LIPR sont reproduites à l'Annexe A, et de brefs renvois sont faits aux dispositions semblables de la Loi de 1985. Les références législatives dans les présents motifs concernent surtout la LIPR qui est maintenant en vigueur, et des renvois additionnels sont faits aux dispositions comparables de la Loi de 1985 lorsque cela semble approprié.

[9] This proceeding began with the referral to the Court of a certificate by the applicants, the Minister of Citizenship and Immigration and the Solicitor General of Canada, pursuant to paragraph 40.1(3)(a) of the 1985 Act (now replaced by subsection 77(1) of the IRPA), for the Court to assess the reasonableness of the certificate, pursuant to paragraph 40.1(4) of the 1985 Act (now

[9] La présente instance a pris naissance au moment du renvoi à la Cour d'un certificat délivré par les demandeurs, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le solliciteur général du Canada, aux termes de l'alinéa 40.1(3)a) de la Loi de 1985 (maintenant remplacé par le paragraphe 77(1) de la LIPR), afin que la Cour évalue le caractère raisonnable

replaced by subsections 80(1) and 80(2) of the IRPA). That certificate states the opinion of the applicants, based upon security intelligence reports, that Mr. Jaballah, who is not a Canadian citizen but who, after arriving in Canada in 1996, had claimed Convention refugee status under the 1985 Act, is inadmissible to Canada as a person described in subparagraph 19(1)(e)(ii) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11], clauses 19(1)(e)(iv)(B) [as am. *idem*], 19(1)(e)(iv)(C) [as am. *idem*], subparagraph 19(1)(f)(ii) [as am. *idem*] and clause 19(1)(f)(iii)(B) [as am. *idem*] of that Act.

[10] Comparable provisions of the IRPA, to those referred to in the Ministers' certificate, are paragraphs 34(1)(b), 34(1)(c) and 34(1)(f). Thus in the terms of the IRPA, the certified opinion of the Ministers is that Mr. Jaballah is inadmissible on security grounds for:

- engaging in or instigating the subversion by force of any government; in this case the Government of Egypt (paragraph 34(1)(b));
- engaging in terrorism (paragraph 34(1)(c));
- being a member of an organization, pursuant to paragraph 34(1)(f), that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph 34(1)(b) or (c).

[11] My determinations are made pursuant to subsection 80(1) of the IRPA, after consideration of the evidence and information filed in the Court and adduced on behalf of the applicants, and in the absence of any evidence adduced by or on behalf of Mr. Jaballah, except that tendered on his behalf from earlier proceedings in 1999, when he had produced evidence relating to a similar certificate that was referred to the Court in accordance with subsection 40.1(3) of the 1985 Act. After hearings, that earlier certificate was found to be unreasonable and it was quashed by order of Mr. Justice Cullen (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Jaballah*, [1999] F.C.J. No. 1681 (T.D.))

de ce certificat, aux termes du paragraphe 40.1(4) de la Loi de 1985 (maintenant remplacé par les paragraphes 80(1) et 80(2) de la LIPR). Ce certificat énonce l'avis des demandeurs, fondé sur des rapports secrets en matière de sécurité, que M. Jaballah, qui n'est pas citoyen canadien mais qui, après son arrivée au Canada en 1996, a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en vertu de la Loi de 1985, n'est pas admissible au Canada puisqu'il est visé au sous-alinéa 19(1)e(ii) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11], aux divisions 19(1)e(iv)(B) [mod., *idem*], 19(1)e(iv)(C) [mod., *idem*], au sous-alinéa 19(1)f(ii) [mod., *idem*] et à la division 19(1)f(iii)(B) [mod., *idem*] de cette Loi.

[10] Les dispositions de la LIPR comparables à celles dont il est fait mention dans le certificat du ministre, sont les alinéas 34(1)b), 34(1)c) et 34(1)f). Ainsi donc, aux termes de la LIPR, l'avis certifié des ministres indique que M. Jaballah n'est pas admissible pour des raisons de sécurité:

- parce qu'il est l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force; en l'espèce le Gouvernement de l'Égypte (alinéa 34(1)b));
- parce qu'il s'est livré au terrorisme (paragraphe 34(1)c));
- parce qu'il est membre d'une organisation, aux termes de l'alinéa 34(1)f), dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas 34(1)b) ou c).

[11] Mes décisions sont rendues aux termes du paragraphe 80(1) de la LIPR, après examen des éléments de preuve et des renseignements déposés devant la Cour et présentés au nom des demandeurs, et en l'absence de toute preuve déposée par ou au nom de M. Jaballah, à l'exception de ce qui a été fourni en son nom dans la première instance de 1999, quand il a produit une preuve ayant trait à une attestation semblable qui avait été renvoyée à la Cour conformément au paragraphe 40.1(3) de la Loi de 1985. Après audition, cette première attestation avait été jugée non raisonnable et elle a été annulée aux termes d'une ordonnance du juge Cullen (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

(QL), hereinafter *Jaballah No. 1*).

[12] These proceedings are unusual in that this is the second certificate with respect to Mr. Jaballah, issued for the same general purposes, setting out the same opinion by the applicant Ministers under then section 40.1 of the 1985 Act. The first certificate dated March 31, 1999, as noted, was found to be unreasonable, and was quashed by Mr. Justice Cullen's Order, dated in early November 1999. The second certificate, dated August 13, 2001, is now before the Court. It is said by counsel for the applicant Ministers to be based substantially on new information, a perspective not shared by the respondent, Mr. Jaballah.

[13] The proceedings are unusual also in that after hearings commenced, and were to continue on March 11, 2002, to hear evidence and argument on behalf of Mr. Jaballah to respond to information claimed by the Ministers to be new, counsel for Mr. Jaballah announced his withdrawal from the section 40.1 proceedings. Doing so, he said, was based on advice of counsel that he had consulted and on the ground that his oath as a barrister would not permit him to continue in these proceedings. In his view, the proceedings had been manipulated by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and had been used as an investigatory, prosecutorial service. The Court's traditional role as an adjudicator had been tarnished and these proceedings were a "sham". That perception, by experienced counsel, warrants addressing, after these reasons first provide an overview of the process followed.

[14] A further step in these proceedings was initiated on July 1, 2002 when counsel who had withdrawn from the section 40.1 proceedings, requested on behalf of Mr. Jaballah that these proceedings be suspended pursuant to section 79 of IRPA pending a decision of the Minister of Citizenship and Immigration on an application for protection, then proposed to be made by the respondent under section 112 of the IRPA, an application possible under that Act at that stage in the proceeding. With decision under reserve on the Ministers' motion that the

l'Immigration) c. *Jaballah*, [1999] A.C.F. n° 1681 (1^{er} inst.) (QL), ci-après *Jaballah n° 1*).

[12] La présente instance est inusitée parce qu'il s'agit du deuxième certificat concernant M. Jaballah, rendu pour les mêmes fins générales, qui énonce le même avis des ministres demandeurs en vertu de l'article 40.1 de la Loi de 1985. La première attestation datée du 31 mars 1999, comme on l'a déjà indiqué, n'a pas été jugée raisonnable, et a été annulée par l'ordonnance du juge Cullen, rendue au début de novembre 1999. La Cour est maintenant saisie du deuxième certificat, daté du 13 août 2001. Les avocats des ministres demandeurs prétendent qu'il se fonde dans une large mesure sur de nouveaux renseignements, un point de vue que ne partage pas le défendeur, M. Jaballah.

[13] Cette instance est également inusitée parce qu'après le début des audiences qui devaient se poursuivre le 11 mars 2002, afin d'entendre la preuve et l'argumentation au nom de M. Jaballah en vue de réfuter les renseignements que les ministres prétendent être nouveaux, l'avocat de M. Jaballah a annoncé qu'il se retirait de l'instance fondée sur l'article 40.1. Il a agi ainsi, d'après lui, sur l'avis d'un avocat qu'il avait consulté et parce que son serment d'avocat ne lui permettrait pas de poursuivre l'instance. À son avis, l'instance avait été manipulée par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) et avait été utilisée comme outil d'enquête et de poursuite. Le rôle traditionnel de la Cour en tant qu'arbitre a été terni et cette instance est une «imposture». Cette perception qu'entretient l'avocat mérite d'être discutée après qu'un aperçu de la procédure suivie aura été donné dans les présents motifs.

[14] Une autre étape de l'instance a commencé le 1^{er} juillet 2002 quand l'avocat qui s'était retiré de l'instance fondée sur l'article 40.1, a demandé au nom de M. Jaballah que cette instance soit suspendue aux termes de l'article 79 de la LIPR en attendant une décision du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration concernant une demande de protection, que se proposait alors de présenter le défendeur en vertu de l'article 112 de la LIPR, demande qu'il est possible de faire en vertu de cette Loi à cette étape de la procédure. Comme la

Court find their certificate reasonable, the proceedings in regard to the certificate were then suspended pursuant to subsection 79(1) of the IRPA. While notice from the Minister of his decision on that application has not yet been received by the Court, it is now determined that the delay in providing that notice, while Mr. Jaballah remains in detention, in solitary confinement, and is not sufficiently explained, and without a reasonable forecast of its termination, in the circumstances of this case constitutes an abuse of process.

[15] That warrants resumption by the Court of its primary task, and in accord with subsections 79(2) and 80(1) of the IRPA, I now resume consideration of whether the certificate of the Ministers is reasonable.

[16] After describing the basis of the Court's determination to resume the proceedings, these reasons then provide a brief description of the immigration circumstances of the respondent. These reasons then describe in summary the proceedings here followed in relation to the Ministers' certificate. The principal issue is whether there is "new information" before this Court, which was not before Mr. Justice Cullen in 1999, that supports a conclusion that the current certificate of the Ministers' opinion concerning Mr. Jaballah is reasonable.

2. THE COURT'S DETERMINATION TO RESUME THE PROCEEDINGS

[17] On April 11, 2003 a motion on behalf of Mr. Jaballah was considered seeking, *inter alia*, orders that the decision of a PRRA officer, dated August 15, 2002 and then forwarded to him, be filed and deemed by the Court to be the decision of the Minister concerning the risk to Mr. Jaballah if he were removed from Canada. The motion sought a further order that the certificate of the Ministers now be quashed because of abuse arising from delay in deciding Mr. Jaballah's application for protection made in July 2002, and that Mr. Jaballah be released from detention.

Cour avait réservé sa décision concernant la requête des ministres demandant à la Cour de juger leur certificat raisonnable, la procédure concernant ce certificat a alors été suspendue aux termes du paragraphe 79(1) de la LIPR. Bien que la Cour n'ait pas encore reçu l'avis du ministre concernant sa décision relativement à cette demande, il est maintenant décidé que le retard à fournir cet avis, pendant que M. Jaballah se trouve en détention, en isolement cellulaire, sans explication suffisante et sans aucune date prévisible raisonnable concernant sa libération constitue dans les circonstances de l'affaire un abus de procédure.

[15] La Cour est donc justifiée de reprendre son rôle primordial et, conformément aux paragraphes 79(2) et 80(1) de la LIPR, je reprends maintenant l'examen pour déterminer si le certificat des ministres est raisonnable.

[16] Après avoir décrit le fondement de la décision de la Cour de reprendre l'instance, les présents motifs donneront une brève description de la situation du défendeur en matière d'immigration. Suivra une brève description de la procédure qui a été suivie en l'espèce relativement au certificat des ministres. La principale question est de savoir si la présente Cour est saisie de «nouveaux renseignements», dont n'était pas saisi le juge Cullen en 1999, permettant d'appuyer une conclusion que le certificat actuel énonçant l'avis des ministres au sujet de M. Jaballah est raisonnable.

2. LA DÉCISION DE LA COUR DE REPREDRE L'INSTANCE

[17] Le 11 avril 2003, une requête déposée au nom de M. Jaballah a été examinée pour décider, notamment, s'il y avait lieu de rendre des ordonnances pour que la décision de l'agent chargé de l'ERAR, prise le 15 août 2002 et ensuite communiquée au défendeur, soit déposée et considérée par la Cour comme étant la décision du ministre concernant les risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il était expulsé du Canada. La requête demandait également une autre ordonnance en vue d'annuler le certificat des ministres en raison d'un abus de procédure découlant du retard à décider de la demande de protection faite par M. Jaballah en juillet 2002, et en vue d'obtenir la libération de ce dernier.

[18] Delay, while Mr. Jaballah continues in detention in solitary confinement, as he has been since August 14, 2001, in the circumstances of this case, in my opinion, constitutes abuse of process.

[19] The circumstances of this case at two stages have been described in previous decisions (see: *Jaballah (Re)*, 2001 FCT 1287, [2001] F.C.J. No. 1748 (T.D.) (QL) dated November 23, 2001; and also *Jaballah (Re)*, [2003] 3 F.C. 73 (T.D.)). The former deals with a number of preliminary issues raised by Mr. Jaballah including the application of the principles of abuse of process or *res judicata* in this reference which I declined to apply at that stage of proceedings, having heard no evidence or argument that would warrant application of those principles. That decision also describes the background up to the fall of 2001, including reference to the earlier certificate issued concerning Mr. Jaballah, which was found to be unreasonable and quashed in November 1999.

[20] The second of the earlier decisions dealt with submissions of the parties about the provisions of the IRPA and the IRPA Regulations relating to the process of the Court following Mr. Jaballah's application for protection and his receipt of the PRRA, dated August 15, 2001, that his application should be granted. This assessment was based on finding substantial grounds for belief that, if removed from Canada to his native Egypt, Mr. Jaballah would face a risk of torture, and a risk to his life or of cruel and unusual treatment or punishment, under paragraphs 97(1)(a) and (b) of the IRPA. The assessment concluded that the application should be allowed.

[21] At that stage, counsel for Mr. Jaballah urged that the Court should treat the assessment received by Mr. Jaballah, not by the Court, as the decision of the Minister in relation to the application for protection and that the certificate issued by the applicant Ministers in August 2001 should be quashed. There was no report to the Court of the Minister's decision on the application for protection. I found that under the IRPA and the IRPA

[18] Ce retard, pendant que M. Jaballah continue d'être détenu en isolement cellulaire, comme il l'est depuis le 14 août 2001, constitue à mon avis, dans les circonstances de l'espèce, un abus de procédure.

[19] Les circonstances de l'espèce à deux étapes précises ont été décrites dans des décisions antérieures (voir: *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287, [2001] A.C.F. n° 1748 (1^{re} inst.) (QL) en date du 23 novembre 2001; et également *Jaballah (Re)*, [2003] 3 C.F. 73 (1^{re} inst.)). La première décision traite d'un certain nombre de questions préliminaires soulevées par M. Jaballah, notamment l'application des principes de l'abus de procédure ou de l'autorité de la chose jugée dans le cadre du présent renvoi, que j'ai refusé d'accepter à cette étape des procédures, étant donné que je n'avais entendu aucun élément de preuve ni aucun argument pouvant justifier l'application de ces principes. Cette décision décrit également le contexte de l'affaire jusqu'à l'automne 2001, y compris le renvoi de la première attestation concernant M. Jaballah, qui a été jugée déraisonnable et qui a été annulée en novembre 1999.

[20] La deuxième de ces décisions traitait d'observations des parties concernant les dispositions de la LIPR et du Règlement sur la LIPR ayant trait à la procédure suivie par la Cour à la suite de la demande de protection de M. Jaballah et la réception de l'ERAR, en date du 15 août 2001, indiquant que cette demande devrait être accordée. Cette évaluation était fondée sur des motifs sérieux de croire que, s'il était expulsé du Canada pour être renvoyé dans son pays d'origine, soit l'Égypte, M. Jaballah ferait face à un risque de torture, de même qu'à une menace pour sa vie ou à un risque de traitements ou peines cruels et inusités au sens des alinéas 97(1)a) et b) de la LIPR. L'évaluation concluait que sa demande devait être accueillie.

[21] À cette étape, l'avocat de M. Jaballah a instamment demandé à la Cour de traiter l'évaluation qu'avait reçue M. Jaballah, et non pas la Cour, comme étant la décision du ministre concernant la demande de protection et d'annuler le certificat délivré par les ministres demandeurs en août 2001. La Cour n'avait reçu aucun rapport concernant la décision du ministre relativement à la demande de protection. J'ai conclu

Regulations, the Court's resumption of proceedings was directed after the decision of the Minister was reported to the Court, and that the decision of the Minister under subparagraph 113(d)(ii) of the IRPA (and subsection 172(2) of the IRPA Regulations) is to be based on factors set out in section 97, and on an assessment whether the application should be refused "because of the nature and severity of the acts committed by the applicant or because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada".

[22] To date there has been no report on the second aspect of the Minister's decision and no decision has been made. The Court made clear on at least three occasions that it was concerned with the delay, which in September 2002 was forecast to be at least three months before a decision would be rendered. In November and December 2002, the Court was advised by letters from counsel for the Minister of initiatives taken by representatives of the Government of Canada to seek information and assurances from representatives of the Government of Egypt. When there was no further information by mid-March 2003, the Court initiated a telephone conference, arranged for a hearing on the matter, and welcomed a motion by counsel for Mr. Jaballah. The Court then reserved decision but now determines that the motion is allowed in part, in so far as it seeks an order that the PRRA decision, dated August 15, 2002, is filed, on behalf of the Minister as directed by the Court on April 11, 2003, and is deemed to be the report of the Minister in relation to the risk facing Mr. Jaballah if he were returned to Egypt.

[23] Moreover, the Court determines that the delay in rendering the decision on the application for protection constitutes an abuse of process. The explanation provided, of discussions within government about the process of implementing the new procedure under the IRPA for applying for protection, of time-consuming discussions with representations of the Government of Egypt, have thus far led to no report to the Court.

qu'en vertu de la LIPR et du Règlement sur la LIPR, la reprise de l'instance par la Cour avait été ordonnée après que la décision du ministre lui eut été signalée, et que la décision du ministre fondée sur le sous-alinéa 113(d)(ii) de la LIPR (et sur le paragraphe 172(2) du Règlement sur la LIPR) doit se fonder sur les facteurs énoncés à l'article 97, et sur une analyse visant à déterminer si la demande devrait être refusée «en raison de la nature et de la gravité des actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité au Canada».

[22] À ce jour, il n'y a pas eu de rapport sur le deuxième aspect de la décision du ministre et aucune décision n'a été prise. La Cour a indiqué clairement à au moins trois reprises qu'elle s'inquiétait du retard qui, en septembre 2002, devait, selon les prévisions, durer encore au moins trois mois avant qu'une décision soit rendue. En novembre ou décembre 2002, la Cour a été informée par des lettres de l'avocat du ministre des initiatives prises par les représentants du gouvernement du Canada pour obtenir des renseignements et des assurances des représentants du Gouvernement de l'Égypte. Constatant qu'elle n'avait pas reçu d'autres renseignements à la mi-mars 2003, la Cour a convoqué une conférence téléphonique, afin d'entendre les parties sur cette question, et a bien accueilli une requête présentée par l'avocat de M. Jaballah. La Cour a ensuite réservé sa décision mais elle décide maintenant que la requête est accueillie en partie, dans la mesure où elle réclame une ordonnance en vue de faire déposer la décision concernant l'ERAR, en date du 15 août 2002, au nom du ministre comme la Cour en donnait instruction le 11 avril 2003, et cette décision est maintenant réputée constituer le rapport du ministre concernant les risques auxquels ferait face M. Jaballah s'il devait retourner en Égypte.

[23] En outre, la Cour décide que le retard à rendre la décision sur la demande de protection constitue un abus de procédure. Malgré l'explication fournie concernant des entretiens au sein du gouvernement quant aux formalités à suivre pour mettre en œuvre la nouvelle procédure prévue dans la LIPR au sujet des demandes de protection, et des entretiens très longs avec des représentants du Gouvernement de l'Égypte, aucun rapport n'a à ce jour été remis à la Cour.

[24] I note that at the hearing on April 11, 2003, where the principal concern was with delay, counsel for Mr. Jaballah tabled with the Court an affidavit exhibiting a copy of a letter from an officer of the Minister's department which was served on Mr. Jaballah on April 8, 2003 and a copy was later served on his counsel. The letter appends a memorandum and "An Assessment pursuant to R. 172(2)(b) of the Immigration and Refugee Protection Act," dated April 3, 2003, by a senior analyst in the Case Review Division, Case Management Branch of the Minister's department. That assessment reviews the circumstances of Mr. Jaballah's case, finds it "apparent" that he is "a member of the group known as 'Al Jihad'", now an organization listed under Part II.I [ss. 83.01-83.33] of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4)] as an entity believed to be engaged in terrorist activity and concludes "it is my assessment that Mahmoud Es-Sauy [apparently the name by which the writer refers to Mr. Jaballah] is a danger to the security of Canada".

[25] That conclusion is not a surprise, in view of the Minister's certificate issued in August 2001. It would have been surprising if an officer acting for the Minister would now find that the respondent is not a danger to Canadian security. From correspondence, it appears Mr. Jaballah has been given an extension of time, to June 10, to respond in writing to the assessment that he is "a danger to the security of Canada".

[26] With respect, that assessment does not seem at first glance to meet requirements of paragraph 172(2)(b) of the IRPA Regulations which speaks of a written assessment to be provided to the applicant on the basis of factors in subparagraph 113(d)(ii) of the IRPA. That subparagraph in turn speaks of whether the application for protection should be refused "because of the danger that the applicant constitutes to the security of Canada". That balancing step, weighing the risk to Canadian security which the applicant constitutes, and implicitly

[24] Je note qu'à l'audience du 11 avril 2003, portant principalement sur la question du retard, l'avocat de M. Jaballah a déposé à la Cour un affidavit auquel était jointe une copie d'une lettre d'un agent du ministère concerné qui avait été signifiée à M. Jaballah le 8 avril 2003 et dont une copie avait ensuite été signifiée à son avocat. La lettre est accompagnée d'une note de service et d'un document intitulé [TRADUCTION] «Évaluation fondée sur l'alinéa 172(2)b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés» daté du 3 avril 2003, par un analyste principal de la Division de la révision des cas, Direction générale de la gestion des cas du ministère concerné. L'évaluation passe en revue les circonstances du cas de M. Jaballah, estime qu'il est [TRADUCTION] «apparent,» qu'il est [TRADUCTION] «membre du groupe connu sous le nom de "Al Jihad"», qui est maintenant une organisation figurant dans la liste prévue à la partie II.I [art. 83.01 à 83.33] du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46 (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4)] comme étant une organisation qui se livrerait à des activités terroristes et conclut sur les mots suivants: [TRADUCTION] «à mon avis, Mahmoud Es-Sauy [apparemment le nom sous lequel l'auteur fait référence à M. Jaballah] représente un danger pour la sécurité du Canada».

[25] Cette conclusion n'est pas surprenante, compte tenu du certificat du ministre délivré en avril 2001. On aurait pu au contraire s'étonner si l'un des agents représentant le ministre estimait maintenant que le défendeur ne constitue pas un danger pour la sécurité canadienne. D'après la correspondance, il semble que M. Jaballah ait obtenu une prorogation de délai, soit jusqu'au 10 juin, pour répondre par écrit à l'évaluation selon laquelle il constitue [TRADUCTION] «un danger pour la sécurité du Canada».

[26] En toute déférence, cette évaluation ne semble pas répondre à première vue aux conditions de l'alinéa 172(2)b) du Règlement sur la LIPR qui traite d'une évaluation écrite qui doit être fournie au demandeur conformément aux facteurs énumérés au sous-alinéa 113d)(ii) de la LIPR. Cet alinéa traite à son tour de la question de savoir si la demande de protection devrait être refusée «en raison [. . .] du danger [que le demandeur] constitue pour la sécurité du Canada». Cette étape, savoir la mise en balance du risque que le

the risk to him if he be returned, is yet to be undertaken.

[27] As I read the IRPA and the IRPA Regulations, any decision that weighs the risk to Mr. Jaballah if he is returned and the danger that he constitutes to the security of Canada, will be required to be communicated to Mr. Jaballah (Regulations, paragraph 172(2)(b)) with an opportunity to respond (Regulations, subsection 172(1)) before the decision on behalf of the Minister is made. That decision would then be subject to review of its lawfulness (IRPA, subsection 79(2)). That assessment, it may be argued, will be required to be made in conformance with section 7 of the Charter, in light of the comments of the Supreme Court of Canada in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3. There, in discussing the Minister's decision that a refugee be deported, the Court said, in part, at paragraphs 76-78:

The Canadian rejection of torture is reflected in the international conventions to which Canada is a party. The Canadian and international perspectives in turn inform our constitutional norms. The rejection of state action leading to torture generally, and deportation to torture specifically, is virtually categorical. Indeed, both domestic and international jurisprudence suggest that torture is so abhorrent that it will almost always be disproportionate to interests on the other side of the balance, even security interests. This suggests that, barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*. . . .

In Canada, the balance struck by the Minister must conform to the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. It follows that insofar as the *Immigration Act* leaves open the possibility of deportation to torture, the Minister should generally decline to deport refugees where on the evidence there is a substantial risk of torture.

We do not exclude the possibility that in exceptional circumstances, deportation to face torture might be justified, either as a consequence of the balancing process mandated by

demandeur constitue pour la sécurité du Canada, et implicitement du risque qu'il courrait s'il devait être expulsé du Canada, n'a pas encore été entreprise.

[27] Selon mon interprétation de la LIPR et du Règlement sur la LIPR, toute décision qui met en balance le risque auquel ferait face M. Jaballah s'il était renvoyé chez lui et le danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada devra être communiquée à M. Jaballah (alinéa 172(2)b) du Règlement) et l'occasion de répondre devra lui être donnée (paragraphe 172(1) du Règlement) avant que la décision ne soit prise au nom du ministre. Cette décision pourrait même faire l'objet d'un contrôle au sujet de sa légalité (paragraphe 79(2) de la LIPR). On pourrait même prétendre que cette évaluation devra être faite conformément à l'article 7 de la Charte, à la lumière des observations formulées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3. Dans cet arrêt, en discutant de la décision du ministre d'expulser un réfugié, la Cour a dit en partie ce qui suit, aux paragraphes 76 à 78:

Le fait que le Canada rejette le recours à la torture ressort des conventions internationales auxquelles il est partie. Les contextes canadien et international inspirent chacun nos normes constitutionnelles. Le rejet de la prise par l'État de mesures générales susceptibles d'aboutir à la torture—et en particulier de mesures d'expulsion susceptibles d'avoir cet effet—est virtuellement catégorique. De fait, l'examen de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité. Cette constatation suggère que, sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte* [. . .]

Au Canada, le résultat de la mise en balance des diverses considérations par la ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale garantis à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'ensuit que, dans la mesure où la *Loi sur l'immigration* n'écarte pas la possibilité d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture, la ministre doit généralement refuser d'expulser le réfugié lorsque la preuve révèle l'existence d'un risque sérieux de torture.

Nous n'excluons pas la possibilité que, dans des circonstances exceptionnelles, une expulsion impliquant un risque de torture puisse être justifiée, soit au terme du

s. 7 of the *Charter* or under s. 1. (A violation of s. 7 will be saved by s. 1 “only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics and the like” Insofar as Canada is unable to deport a person where there are substantial grounds to believe he or she would be tortured on return, this is not because Article 3 of the CAT directly constrains the actions of the Canadian government, but because the fundamental justice balance under s. 7 of the *Charter* generally precludes deportation to torture when applied on a case-by-case basis. We may predict that it will rarely be struck in favour of expulsion where there is a serious risk of torture. However, as the matter is one of balance, precise prediction is elusive. The ambit of an exceptional discretion to deport to torture, if any, must await future cases. [Citations omitted.]

[28] Unless the Minister’s decision on the application for protection is favourable to Mr. Jaballah’s claim, the portents are for continuing argument about, and resolution of, the lawfulness of the decision of the Minister, before this Court would otherwise resume proceedings under subsection 79(2) of the IRPA. At this stage, there simply is no reasonable prediction of when that process would be completed and when there would be a resumption of consideration of the reasonableness of the Ministers’ certified opinion that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada. Meanwhile, the respondent continues to be held in detention, thus far in solitary confinement, at the direction of the Ministers. Under the IRPA, the opportunity of a person in Mr. Jaballah’s position to have a review of his detention arises only a fixed period after a determination that the Ministers’ certificate is reasonable, and the person concerned is not removed from Canada and is still held in detention.

[29] In my opinion, delay in determining Mr. Jaballah’s application for protection while he remains in detention, with no reasonable forecast of when that decision will be made, constitutes abuse of process in this case. The delay has no significance for the Court’s

processus de pondération requis par l’art. 7 de la *Charte* soit au regard de l’article premier de celle-ci. (Une violation de l’art. 7 est justifiée au regard de l’article premier «seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d’hostilités, les épidémies et ainsi de suite» [. . .] Dans la mesure où le Canada ne peut expulser une personne lorsqu’il existe des motifs sérieux de croire qu’elle sera torturée dans le pays de destination, ce n’est pas parce que l’art. 3 de la CCT limite directement les actions du gouvernement canadien, mais plutôt parce que la prise en compte, dans chaque cas, des principes de justice fondamentale garantis à l’art. 7 de la *Charte* fera généralement obstacle à une expulsion impliquant un risque de torture. Nous pouvons prédire que le résultat du processus de pondération sera rarement favorable à l’expulsion lorsqu’il existe un risque sérieux de torture. Toutefois, comme tout est affaire d’importance relative, il est difficile de prédire avec précision quel sera le résultat. L’étendue du pouvoir discrétionnaire exceptionnel d’expulser une personne risquant la torture dans le pays de destination, pour autant que ce pouvoir existe, sera définie dans des affaires ultérieures. [Citations omises.]

[28] À moins que la décision du ministre concernant la demande de protection soit favorable à M. Jaballah, tout indique qu’il y a lieu de poursuivre l’argumentation au sujet de la légalité de la décision du ministre, afin qu’une décision soit prise à cet égard conformément au paragraphe 79(2) de la LIPR, avant que la présente Cour reprenne l’instance de toute autre manière. À cette étape, il n’est tout simplement pas possible de prévoir raisonnablement la date à laquelle cette formalité pourra être terminée et à quel moment on pourrait reprendre l’examen du caractère raisonnable de l’avis certifié des ministres selon lequel M. Jaballah n’est pas admissible au Canada. Entre-temps, le défendeur continue d’être gardé en détention, jusqu’à maintenant en isolement cellulaire, sur l’ordre des ministres. En vertu de la LIPR, la possibilité qu’une personne dans la situation de M. Jaballah puisse faire revoir les conditions de sa détention ne se présente qu’après un délai précis suivant la décision que le certificat des ministres est raisonnable, et que la personne concernée n’est pas renvoyée du Canada et se trouve toujours en détention.

[29] À mon avis, le retard à décider de la demande de protection de M. Jaballah pendant qu’il demeure en détention, sans lui offrir aucune prévision raisonnable quant à la date à laquelle cette décision sera prise, constitue un abus de procédure en l’espèce. Ce retard n’a

primary function here, that is, to assess the reasonableness of the certificate referred to it for consideration. Whether the Minister's decision on the application for protection is made tomorrow or some months from now, this Court's responsibility to assess the certificate's reasonableness will remain the same.

[30] In the circumstances, while the Court is not prepared to accept the remedy proposed by counsel for Mr. Jaballah, that is, an order quashing the Ministers' certificate, the abuse of process does warrant an order that the proceedings concerning the certificate now be resumed without waiting for the Minister's decision on the application for protection. In my opinion, though I have not heard argument on the matter, Mr. Jaballah is entitled under the IRPA to an answer in response to the application for protection and the Minister has a duty to provide a decision in accord with the IRPA. Further, whenever that decision is rendered, in my opinion it will be subject to an application for leave and for judicial review.

[31] I am not prepared to quash the certificate before the Court, not merely because the delay, which I find constitutes abuse, concerns a side issue principally relating to the possible ultimate removal of Mr. Jaballah from Canada, a matter not before the Court, but also because much time, effort and energy has been expended by the applicant Ministers and their departments, by counsel and by the Court. The abuse found does not warrant quashing the certificate, without a decision on the reasonableness of the Ministers' certificate.

[32] For Mr. Jaballah, a preliminary motion that the certificate be quashed on the principle of abuse of process (discussed in *Jaballah (Re)*, 2001 FCT 1287, *supra*) concerned another perceived abuse, not delay in a decision on an application for protection, rather based on the perception that in these proceedings there is no evidence that was not before Mr. Justice Cullen in 1999 in *Jaballah No. 1*. I did not accept the preliminary objection when heard, and I do not consider the basis of the perceived abuse is established. It is clear from these reasons that having carefully reviewed the evidence before Mr. Justice Cullen and that before this Court,

aucune répercussion sur le rôle principal de la Cour en l'espèce, c'est-à-dire évaluer le caractère raisonnable du certificat qui lui a été transmis pour examen. Que la décision du ministre concernant la demande de protection soit prise demain ou dans quelques mois, la responsabilité de la présente Cour d'évaluer le caractère raisonnable du certificat demeurera la même.

[30] Dans les circonstances, bien que la Cour ne soit pas disposée à accepter le redressement proposé par l'avocat de M. Jaballah, c'est-à-dire une ordonnance annulant le certificat des ministres, l'abus de procédure justifie certainement une ordonnance donnant instruction de reprendre maintenant l'instance concernant le certificat sans attendre la décision du ministre au sujet de la demande de protection. À mon avis, bien que je n'aie entendu aucun argument sur la question, M. Jaballah a le droit en vertu de la LIPR d'obtenir une réponse à sa demande de protection et le ministre a l'obligation de prendre une décision conforme à la LIPR. En outre, quelle que soit la date à laquelle cette décision sera prise, elle pourra à mon avis faire l'objet d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

[31] Je ne suis pas disposé à annuler le certificat dont la Cour est saisie, non seulement parce que le délai, qui comme je l'ai dit, constitue un abus, concerne une question secondaire se rattachant principalement au possible renvoi de M. Jaballah du Canada, affaire dont la Cour n'est pas saisie, mais également parce que les ministres demandeurs et leurs ministères, les avocats et la Cour, y ont déjà consacré beaucoup de temps, d'effort et d'énergie. L'abus constaté ne justifie pas d'annuler le certificat, sans qu'une décision ne soit prise au sujet du caractère raisonnable du certificat des ministres.

[32] Pour M. Jaballah, une requête préliminaire demandant que le certificat soit annulé en s'appuyant sur le principe de l'abus de procédure (discuté dans la décision *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287, précitée) concernait un autre abus allégué se fondant, non pas sur le retard dans la prise d'une décision concernant la demande de protection, mais plutôt sur la perception que dans la présente instance il n'existe aucune preuve dont le juge Cullen n'était pas déjà saisi en 1999, dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Je n'ai pas accepté l'objection préliminaire quand je l'ai entendue, et j'estime que le fondement de cet abus allégué n'a pas été établi. Il

there is new information and evidence available to this Court.

[33] I am not persuaded that there is any abuse of process or undue prejudice to Mr. Jaballah, beyond that contemplated under the IRPA, in the proceedings up to the time of Mr. Jaballah's application for protection in July 2002.

[34] There is another factor of significance for the decision to now resume consideration of the reasonableness of the Ministers' certificate in light of the absence of any reasonable forecast of when the Court might otherwise deal with the certificate. Any perception that this Court is implicated in delaying its process concerning Mr. Jaballah must end, despite delay by the Minister's department on an issue not yet before the Court, and not relevant to determinations concerning the certificate before the Court.

[35] While I find there is abuse of process in the delay in providing a decision on the application for protection by Mr. Jaballah, the Court does not approve the respondent's motion that in view of this abuse the certificate of the Ministers should now be quashed. Rather, the Court does resume its proceedings in regard to the certificate and now proceeds to deal with that matter. Further, I do not accept the application for Mr. Jaballah's release from detention where he is held at the Ministers' direction. His release from continuing detention may be dealt with by a detention review under the IRPA.

[36] Before setting out considerations relating to the proceedings for the assessment of the Ministers' certificate, the context for that assessment is assisted by a brief review of immigration circumstances of the respondent.

3. IMMIGRATION CIRCUMSTANCES OF THE RESPONDENT

[37] Mr. Jaballah arrived in Canada in 1996 and he, his wife and four children claimed refugee status. The

ressort clairement des présents motifs qu'après avoir soigneusement examiné la preuve dont étaient saisis le juge Cullen et la présente Cour, la Cour est effectivement saisie de nouveaux renseignements et de nouveaux éléments de preuve.

[33] Je ne suis pas convaincu que M. Jaballah a été victime d'un abus de procédure ou subi un préjudice indu, au-delà de ce que prévoit la LIPR, dans les procédures qui se sont déroulées jusqu'au dépôt de sa demande de protection en juillet 2002.

[34] Un autre facteur important a joué dans la décision de reprendre maintenant l'examen du caractère raisonnable du certificat des ministres au vu de l'absence de toute prévision raisonnable quant à la date à laquelle la Cour pourrait autrement traiter de ce certificat. Il faut mettre fin à toute perception selon laquelle la présente Cour a délibérément retardé sa procédure concernant M. Jaballah, malgré le retard qui s'est produit au ministère concerné sur une question dont la Cour n'est pas encore saisie, et qui n'est pas pertinente aux décisions concernant le certificat sur lequel la Cour doit se prononcer.

[35] Bien qu'elle ait conclu qu'il y a abus de procédure dans le retard à rendre une décision sur la demande de protection présentée par M. Jaballah, la Cour n'approuve pas la requête du défendeur selon laquelle, au vu de cet abus, le certificat des ministres devrait maintenant être annulé. En fait, la Cour reprend l'instance ayant trait au certificat et entreprend maintenant de traiter de cette question. En outre, je n'accepte pas la demande de libération de M. Jaballah puisqu'il est détenu sur l'ordre des ministres. Sa libération pourra être traitée au moment d'une révision des motifs de sa détention aux termes de la LIPR.

[36] Avant d'énoncer les considérations ayant trait à la procédure à suivre pour évaluer le certificat des ministres, le contexte de cette évaluation est étayé d'un bref examen de la situation du défendeur en matière d'immigration.

3. LA SITUATION DU DÉFENDEUR EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

[37] M. Jaballah est arrivé au Canada en 1996 et son épouse, ses quatre enfants et lui-même y ont revendiqué

family originated in Egypt where Mr. Jaballah, his wife and at least his elder children are citizens. The family, then fewer in number, left Egypt in 1991 on a religious pilgrimage and did not return because of concern about the treatment by Egyptian authorities, of Mr. Jaballah, who alleges he had faced recurring arrests, detention and torture, and of his wife who had been detained, and so mistreated on one occasion that she had a miscarriage. From 1991 the family lived for three months in Saudi Arabia, then moved to Pakistan. Mr. Jaballah lived in 1994-95 in Yemen and Azerbaijan, apart from his family who remained in Pakistan. He rejoined them in 1996 and he and his family travelled through Turkey and Germany to Canada. On their arrival here in May 1996, Mr. Jaballah, who travelled using a false Saudi Arabian passport, his wife and four children, claimed Convention refugee status. Since their arrival in Canada two other children have been born to Mr. Jaballah and his wife.

[38] On March 4, 1999, the Convention Refugee Determination Division (the CRDD) of the Immigration and Refugee Board decided that Mr. Jaballah and his family born abroad were not Convention refugees. That decision was then the subject of an application for leave and for judicial review.

[39] Meanwhile, on March 31, 1999 Mr. Jaballah had been arrested on the first security certificate issued against him by the applicants. That certificate was referred to this Court and, as noted, after hearings it was quashed by order of Mr. Justice Cullen in November 1999.

[40] Later, leave having been granted for judicial review of the negative CRDD decision which rejected the family's refugee application, that decision was set aside on September 28, 2000, and it was referred back for reconsideration by a differently constituted panel (see: *Jaballah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 175 (F.C.T.D.)). Thereafter the rehearing of Mr. Jaballah's refugee claim by the CRDD was scheduled for August 16, 2001.

le statut de réfugié. La famille arrivait d'Égypte dont M. Jaballah, son épouse et au moins les plus vieux de ses enfants sont citoyens. La famille, qui comptait alors moins de membres, a quitté l'Égypte en 1991 pour faire un pèlerinage religieux et n'y est pas retournée à cause d'inquiétudes concernant le traitement que les autorités égyptiennes réservaient à M. Jaballah, qui allègue avoir fait l'objet de plusieurs arrestations, détentions et tortures, ainsi qu'à son épouse qui a été détenue et tellement maltraitée à une reprise qu'elle a fait une fausse couche. À compter de 1991, la famille a vécu pendant trois mois en Arabie saoudite puis elle a déménagé au Pakistan. M. Jaballah a vécu en 1994 et 1995 au Yémen et en Azerbaïdjan, éloigné de sa famille qui était demeurée au Pakistan. Il l'a rejointe en 1996 et sa famille et lui-même ont voyagé en Turquie et en Allemagne avant d'arriver au Canada. Dès leur arrivée en 1996, M. Jaballah, qui avait voyagé sous un faux passeport saoudien, son épouse et ses quatre enfants ont revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention. Depuis leur arrivée au Canada, M. Jaballah et son épouse ont eu deux autres enfants.

[38] Le 4 mars 1999, la section du statut de réfugié au sens de la Convention (la section du statut) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a décidé que M. Jaballah et les membres de sa famille qui étaient nés à l'étranger n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention. Cette décision a alors fait l'objet d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

[39] Entre-temps, le 31 mars 1999, M. Jaballah a été arrêté aux termes de la première attestation relative à la sécurité délivrée contre lui par les demandeurs. Cette attestation a été transmise à la présente Cour et, après audition comme on l'a déjà noté, elle a été annulée sur ordre du juge Cullen en novembre 1999.

[40] Par la suite, comme l'autorisation présentée en vue d'un contrôle judiciaire de la décision négative de la section du statut, qui a refusé la demande de réfugié au sens de la Convention présentée par la famille, avait été accordée, cette décision a été annulée le 28 septembre 2000, et elle a été renvoyée à une formation différente pour nouvel examen (voir: *Jaballah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 196 F.T.R. 175 (C.F. 1^{re} inst.)). La réaudition de la

[41] Rehearing of the refugee claim so far as it concerns his wife and children, was finally completed, after a long delay on April 9, 2003. As we have seen on August 15, 2001, the certificate giving rise to this proceeding was referred by the Ministers to the Court, and to me as the Judge designated pursuant to subsection 40.1(4) of the 1985 Act (now sections 76 and 78 of the IRPA). On August 14, 2001, the second certificate under section 40.1 of the 1985 Act having been issued by the applicant Ministers, Mr. Jaballah was arrested, and he has since been detained in solitary confinement.

PART II

4. PROCEEDINGS REGARDING THE MINISTERS' CERTIFICATE PRELIMINARY MATTERS

[42] Preliminary proceedings in relation to the Ministers' certificate, including preliminary motions argued at hearings on October 31 and November 1, 2001, are reviewed in earlier reasons (see: *Jaballah (Re)*, 2001 FCT 1287, *supra*). In those reasons and by accompanying orders I dealt with preliminary motions of the parties, including the striking of *subpoenas duces tecum* issued on behalf of the respondent to the applicant Ministers. In response to the respondent's motion to stay proceedings, counsel for the applicants acknowledged that the principles of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process might be applicable in situations where a second certificate is issued under section 40.1 of the 1985 Act, but they urged that these principles were not applicable in this case because there is new evidence before the Court, not presented in *Jaballah No. 1*. I dismissed the respondent's motion that the proceedings be stayed on one or more of those principles at the preliminary stage, without prejudice to the respondent's returning to argue the application of those principles after evidence had been heard in this matter.

revendication du statut de réfugié de M. Jaballah par la section du statut avait été prévue pour le 16 août 2001.

[41] La réaudition de la revendication du statut de réfugié concernant son épouse et ses enfants a finalement été effectuée et terminée, après un long retard, le 9 avril 2003. Comme nous l'avons vu, le 15 août 2001, le certificat qui est à l'origine de la présente instance a été transmis par les ministres à la Cour, et ensuite à moi, à titre de juge désigné aux termes du paragraphe 40.1(4) de la Loi de 1985 (maintenant les articles 76 et 78 de la LIPR). Le 14 août 2001, le deuxième certificat ayant été délivré aux termes de l'article 40.1 de la Loi de 1985 par les ministres demandeurs, M. Jaballah a été arrêté et il est depuis détenu en isolement cellulaire.

PARTIE II

4. L'INSTANCE CONCERNANT LE CERTIFICAT DES MINISTRES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

[42] Les procédures préliminaires ayant trait au certificat des ministres, y compris les requêtes préliminaires débattues au cours des audiences du 31 octobre et du 1^{er} novembre 2001, sont examinées dans des motifs déjà publiés (voir: *Jaballah (Re)*, 2001 CFPI 1287, précité). Dans ces motifs et dans les ordonnances qui les accompagnaient, j'ai traité des requêtes préliminaires des parties, y compris de la radiation des *subpoenas duces tecum* délivrés au nom du défendeur aux ministres demandeurs. En réponse à la requête du défendeur en vue de suspendre l'instance, les avocats des demandeurs ont reconnu que les principes de l'autorité de la chose jugée, de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige et de l'abus de procédure pourraient s'appliquer dans des situations où un deuxième certificat est délivré en vertu de l'article 40.1 de la Loi de 1985, mais ils ont instamment fait valoir que ces principes n'étaient pas applicables à l'espèce parce que la Cour est saisie de nouveaux éléments de preuve qui n'ont pas été présentés dans l'affaire *Jaballah n° 1*. J'ai rejeté la requête du défendeur demandant la suspension de l'instance pour l'un ou plusieurs de ces principes à l'étape préliminaire, en lui conservant le droit de revenir pour débattre de l'application de ces principes après que la preuve aura été entendue sur cette question.

[43] My earlier reasons record that pursuant to paragraphs 40.1(4)(a) and (b) and subsection 40.1(5.1) of the 1985 Act the Court had considered evidence submitted on behalf of the applicant Ministers, *in camera* and *ex parte*, with counsel for the Ministers present, but in the absence of Mr. Jaballah or counsel on his behalf. I then approved a summary statement of the information before me, to be provided to Mr. Jaballah, omitting from that statement any information that, if disclosed, in my opinion would be injurious to national security or the safety of persons. With that summary the respondent was also provided with six binders of copies of documents, the binders being identified as A1, A2, A3, A4, A5 and B. That collection of documents released to Mr. Jaballah comprises some of the documentary information before the Ministers and submitted to the Court. It excludes any relevant documents withheld on grounds of national security or of potential injury to the safety of persons.

[44] The earlier reasons also dealt with two other matters raised by the respondent which are worth recording here. I indicated that constitutional issues raised, so far as they were similar to those raised before Mr. Justice Nadon in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub* (2001), 31 C.R.R. (2d) 350 (F.C.T.D.), if argued herein, would be dealt with as Nadon J. had done, unless this Court could be persuaded that he was clearly wrong. That included his determination that a judge considering a certificate issued under section 40.1 of the 1985 Act has no authority to consider arguments about the constitutionality of that statutory provision, which has been found not to infringe sections 7, 9, or paragraph 10(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] (see: *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.), appeal dismissed (1996), 37 C.R.C. (2d) 181 (F.C.A.), leave to appeal refused [1997] 2 S.C.R. v). While there was no further argument of constitutional issues before me, I note for the record that they were raised.

[43] Mes précédents motifs indiquent que, aux termes des alinéas 40.1(4)a) et b) et du paragraphe 40.1(5.1) de la Loi de 1985, la Cour a examiné une preuve présentée au nom des ministres demandeurs, à huis clos et *ex parte*, en présence des avocats des ministres, mais en l'absence de M. Jaballah et de l'avocat qui le représentait. J'ai ensuite approuvé un résumé des renseignements dont j'étais saisi, résumé qui devait être fourni à M. Jaballah, en omettant tous les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, pourraient à mon avis porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Le défendeur a reçu en même temps que ce résumé six classeurs de copies de documents, les classeurs étant identifiés de la manière suivante: A1, A2, A3, A4, A5 et B. Ces documents remis à M. Jaballah comprennent une partie de la preuve documentaire dont étaient saisis les ministres et qui a été présentée à la Cour. Elle exclut tous les documents pertinents retenus pour des motifs de sécurité nationale ou de préjudice potentiel à la sécurité d'autrui.

[44] Mes précédents motifs traitaient également de deux autres questions soulevées par le défendeur qu'il est utile de rappeler ici. J'ai indiqué que les questions constitutionnelles soulevées, dans la mesure où elles étaient semblables à celles qui ont été soulevées devant le juge Nadon dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub* (2001), 81 C.P.R. (2d) 350 (C.F. 1^{re} inst.), si elles étaient débattues en l'espèce, le seraient de la même façon dont elles l'ont été par le juge Nadon, à moins que la présente Cour ne soit convaincue qu'il était manifestement dans l'erreur. Cela incluait sa décision selon laquelle un juge qui examine une attestation rendue en vertu de l'article 40.1 de la Loi de 1985 n'a pas le pouvoir d'entendre les arguments concernant la constitutionnalité de cette disposition législative, à l'égard de laquelle on a conclu qu'elle ne contrevenait pas aux articles 7 et 9, ou à l'alinéa 10c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ni à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] (voir: *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1^{re} inst.), appel rejeté (1996), 37 C.R.C. (2d) 187 (C.A.F.), et autorisation d'appel refusée [1997] 2 R.C.S. v). Bien qu'il n'y ait pas eu d'autres arguments concernant les questions constitutionnelles dont je suis saisi, je note pour le dossier qu'elles ont été soulevées.

[45] The final matter raised in preliminary motions of the respondent concerned issues of disclosure of more than the summary statement of evidence and the documents released to Mr. Jaballah. I directed that he be provided with names of one or more CSIS officers knowledgeable about the summary public statements issued in *Jaballah No. 1* and in this case, and a list of all officers of CSIS, the RCMP or other public servants who have interviewed Mr. Jaballah, together with information about those interviews. Subsequently, I directed that the applicants produce an officer of CSIS, knowledgeable about the evidence in *Jaballah No. 1* and in this case, to testify about the differences in the evidence and information as set out in the public summary statements issued and the documents released to Mr. Jaballah in the two cases.

[46] In mid-December 2001, a representative of CSIS, identified only as “Mike” for purposes of the hearing, was called as a witness by counsel for the Ministers. He was examined and then cross-examined, with regard to what new information, not adduced in *Jaballah No. 1*, was before this Court, especially in the public summary statement issued to the respondent. His evidence was given with particular attention to a document entitled “Comparison of Summaries, Jaballah No. 1 (February 5, 1999) and Jaballah No. 2 (August 14, 2001)” prepared by counsel for the Ministers. I will examine in some detail the information which Mike testified was new in this case, after first completing the description of these proceedings.

[47] It is useful to refer briefly to the summary statements released to Mr. Jaballah in *Jaballah No. 1* in 1999 and in this case. Each sets forth the information made public that is the basis for the respective opinion of the Ministers. The opinion certified in 2001 is the same as that certified in 1999, i.e., that Mr. Jaballah is considered inadmissible to Canada pursuant to the classifications set out in the same paragraphs of section 19 of the 1985 Act. Much of the public information included in the summary statement on which the current opinion is said to be based is the same as that which was before Mr. Justice Cullen. Some information now relied

[45] La dernière question soulevée dans les requêtes préliminaires du défendeur concernait des questions de communication de la preuve s'étendant au-delà du résumé de la preuve et des documents qui ont été remis à M. Jaballah. J'ai ordonné qu'on lui fournisse les noms d'un ou de plusieurs agents du SCRS au courant des résumés publics délivrés dans l'affaire *Jaballah n° 1* et en l'espèce, ainsi qu'une liste de tous les agents du SCRS, de la GRC ou d'autres fonctionnaires qui ont interrogé M. Jaballah, de même que des renseignements concernant ces entrevues. Par la suite, j'ai ordonné aux demandeurs qu'ils nomment un agent du SCRS, au courant de la preuve présentée dans l'affaire *Jaballah n° 1* et en l'espèce, pour qu'il vienne témoigner au sujet des différences dans la preuve et dans les renseignements énoncés dans des résumés publics et dans les documents remis à M. Jaballah dans les deux cas.

[46] À la mi-décembre 2001, un représentant du SCRS, identifié seulement sous le prénom de «Mike» pour les fins de l'audience, a été appelé à la barre des témoins par les avocats des ministres. Il a été interrogé et contre-interrogé afin de préciser quels étaient les nouveaux renseignements, qui n'avaient pas été produits dans l'affaire *Jaballah n° 1*, dont la présente Cour était saisie, plus précisément dans le résumé public remis au défendeur. Dans son témoignage, il a porté une attention particulière à un document intitulé [TRADUCTION] «Comparaison des résumés, Jaballah n° 1 (5 février 1999) et Jaballah n° 2 (14 août 2001)» préparé par les avocats des ministres. J'examinerai en détail les renseignements qui, selon la déposition de Mike, étaient nouveaux en l'espèce, après avoir tout d'abord terminé la description de la présente instance.

[47] Il est utile de revenir brièvement sur les résumés remis à M. Jaballah dans l'affaire *Jaballah n° 1* en 1999 et en l'espèce. Chacun de ces résumés énonce les renseignements qui ont été rendus publics et qui constituent le fondement des avis respectifs des ministres. L'avis certifié en 2001 est le même que celui qui a été certifié en 1999, c'est-à-dire que M. Jaballah est considéré comme une personne non admissible au Canada aux termes des catégories établies dans les mêmes paragraphes de l'article 19 de la Loi de 1985. Une bonne partie des renseignements publics inclus dans le résumé sur lequel l'avis actuel serait fondé sont les

upon which was not available to the Ministers when the first certificate was issued, comes from Mr. Jaballah himself by his own evidence or testimony in his CRDD refugee application and hearing, or in his testimony adduced in *Jaballah No.1*. It is the use of that latter evidence which led counsel for the respondent to allege misuse of the Court process by CSIS and by the applicant Ministers who now argue, in part at least in reliance on Mr. Jaballah's testimony in *Jaballah No. 1*, that the certificate now before the Court is reasonable.

[48] I note for the record that the summary statement provided to Mr. Jaballah in this matter, and the documents released to him, were prepared and compiled before mid-August 2001, more than a month before the terrible events in New York and elsewhere in the United States on September 11, 2001, and well before the subsequent events in Afghanistan and more recently in Iraq and elsewhere in the world. While in his testimony in mid-December 2001, Mike referred to recent information received since September 11 without specifying its substance, no other information originating or reported after that September date was filed with the Court at any time, except for the exhibits introduced through Mike's testimony.

[49] Those exhibits include copies of judgment/orders of United States Federal Court indictments and convictions, and diagrams to demonstrate CSIS' perceptions of communication links between cells of the Al Jihad/Al Qaida network, particularly in or about August 1998, when the United States embassies in Nairobi and in Dar es Salaam were targets of lethal car bombs on the same day, resulting in substantial loss of life. The latter exhibits are interesting and they depict communication links between Mr. Jaballah in Toronto and certain known Al Qaida operatives or centres, and between those centres in various countries. At least in part, those exhibits are said to be based on indictments in proceedings in United States courts in regard to the 1998

mêmes que l'information dont le juge Cullen était saisi. Une certaine partie des renseignements sur lesquels on s'appuie maintenant et qui n'étaient pas à la disposition des ministres quand la première attestation a été délivrée provient de M. Jaballah lui-même, c'est-à-dire du témoignage qu'il a donné dans le cadre de sa revendication du statut de réfugié présentée à la section du statut et à l'audition de cette revendication, ou du témoignage qu'il a donné dans l'affaire *Jaballah n° 1*. C'est l'utilisation de cette dernière preuve qui a mené l'avocat du défendeur à alléguer qu'il y avait eu abus de la procédure de la Cour par le SCRS et par les ministres demandeurs qui font maintenant valoir, en s'appuyant en partie du moins sur le témoignage de M. Jaballah dans l'affaire *Jaballah n° 1*, que le certificat dont la Cour est maintenant saisie est raisonnable.

[48] Je note pour le dossier que le résumé remis à M. Jaballah dans la présente affaire, et les documents qui lui ont été communiqués, ont été préparés et compilés avant la mi-août 2001, soit plus d'un mois avant les terribles événements qui se sont déroulés à New York et ailleurs aux États-Unis en septembre 2001, et bien avant les événements subséquents en Afghanistan et plus récemment en Irak et ailleurs dans le monde. Bien que, dans son témoignage donné à la mi-décembre 2001, Mike fasse référence à des renseignements récents reçus depuis le 11 septembre sans en préciser le contenu, aucun autre renseignement signalé après cette date du mois de septembre n'a été déposé à la Cour à aucun moment, à l'exception des pièces déposées au cours du témoignage de Mike.

[49] Ces pièces incluent des copies de jugements et d'ordonnances de mises en accusation et de condamnations par la Cour fédérale des États-Unis, et de diagrammes démontrant les perceptions du SCRS concernant les liens de communication entre les cellules du Al Jihad (AJ) et le réseau Al-Qaïda, particulièrement aux environs du mois d'août 1998, quand les ambassades des États-Unis à Nairobi et à Dar es Salaam ont été les cibles de bombes mortelles placées dans des automobiles ce même jour et qui ont entraîné de nombreuses pertes de vie. Ces dernières pièces sont intéressantes et elles dépeignent les liens de communication entre M. Jaballah à Toronto et certains agents secrets ou centres connus d'Al-Qaïda et entre ces centres dans plusieurs pays. Ces

embassy bombings. I note that the judgment/orders resulting from those indictments, which were introduced in these proceedings through testimony of Mike for the Ministers, do not include reference to, or support allegations specifically relating to Mr. Jaballah. There is no reference to these perceived communication links in the summary of the Ministers' case, either the original or the supplementary summary referred to in these reasons. The diagrams in themselves are of no weight as evidence and in so far as they are based on information available to the Ministers before November 1, 1999, they are not based on "new" information, not available or provided in *Jaballah No. 1*.

5. EFFORTS TO IDENTIFY "NEW" INFORMATION

[50] When the two summary statements, issued in *Jaballah No. 1* and in this case, were compared by counsel for Mr. Jaballah, he urged that there is relatively little different information provided to support the same opinion of the Ministers on this second occasion. Indeed, for Mr. Jaballah it is said that there is no significant new evidence that could warrant a different determination from that reached in *Jaballah No. 1*.

[51] That position was urged upon the Court following the testimony and cross-examination of Mike in December 2001. Counsel for the respondent had earlier asked a series of questions in cross-examination that led to confirmation by Mike that any allegations of involvement of Mr. Jaballah, and of his perceived relationships with others, were in essence similar to those alleged by the Ministers as the basis for their certified opinion in *Jaballah No. 1*. In re-examination counsel for the Ministers asked a closing question which led to questions by the Court and by counsel for Mr. Jaballah in further cross-examination, as follows (transcript,

pièces, du moins en partie, seraient fondées sur des mises en accusation dans des procédures engagées devant les tribunaux des États-Unis relativement aux attentats à la bombe dans les ambassades en 1998. Je note que les jugements ou les ordonnances qui ont découlé de ces mises en accusation, qui ont été déposés dans la présente instance par l'entremise du témoignage de Mike pour le compte des ministres, ne font pas référence à des allégations ayant précisément trait à M. Jaballah ou ne les appuient pas. Il n'y a aucune référence à ces liens de communication allégués dans le résumé de la thèse des ministres, ni dans le premier résumé ou le résumé supplémentaire dont il est question dans les présents motifs. Les diagrammes en eux-mêmes n'ont aucun poids en tant que preuve et dans la mesure où ils se fondent sur des renseignements qui étaient à la disposition des ministres avant le 1^{er} novembre 1999, ils ne sont pas fondés sur de «nouveaux» renseignements, qui n'étaient pas disponibles ou qui n'ont pas été communiqués dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

5. LES EFFORTS POUR IDENTIFIER LES «NOUVEAUX» RENSEIGNEMENTS

[50] Quand les deux résumés, remis dans l'affaire *Jaballah n° 1* et en l'espèce ont été comparés par l'avocat de M. Jaballah, celui-ci a instamment fait valoir qu'il y avait relativement peu de renseignements différents qui avaient été fournis pour appuyer le même avis des ministres en cette deuxième occasion. En fait, il prétend, pour le compte de M. Jaballah, qu'il n'y a pas de nouveaux éléments de preuve importants qui pourraient justifier une décision différente de celle qui a été prise dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

[51] Cette position a été présentée à la Cour après le témoignage et le contre-interrogatoire de Mike en décembre 2001. L'avocat du défendeur avait auparavant posé une série de questions en contre-interrogatoire qui avait amené Mike à confirmer que toutes les allégations concernant la participation de M. Jaballah, et ses relations perçues avec d'autres personnes, étaient essentiellement semblables à celles qui avaient été alléguées par les ministres comme fondement de leur avis certifié dans l'affaire *Jaballah n° 1*. En réinterrogatoire, les avocats des ministres ont posé une dernière question qui a amené la Cour à poser des

December 18, 2001, at pages 662-667):

Mr. Batt [for the Ministers]:

Q. Mike, I take it that in relation to the overall responses that you have given your position is that there is new information and that new information casts a different light on the old information. Would that be a correct summation of what you have been saying for the last two days?

A. That would be correct, yes.

The Court: . . . I am not sure what the implications of that answer are, and it may be that I should not be asking you but should be awaiting counsel's submissions on it.

I want to be fairly clear in my own mind that the view taken relates to new information to which Mr. Jaballah might be expected to respond. I am not sure whether that arises from your response which says that it is new light on old information. That may not be what you said but, if it is, then it is troubling. What do you mean by "new light?"

The Witness: The allegations, my lord, certainly remain the same. The activities of the individuals that Mr. Jaballah was in contact with and was associated with—we did not have all the information of those individuals and their activities and the meaning of their contact with Mr. Jaballah. With the recent investigations that have been carried out additional information has come up on those individuals and what they were actually involved in.

The Court: But they are not here.

The Witness: I am trying to think of how else I can phrase it.

The different terrorist incidences that have taken place, mainly the one that took place in East Africa in 1998—there is additional information that has since surfaced on which individuals were

questions et l'avocat de M. Jaballah à faire un nouveau contre-interrogatoire, qui est reproduit ci-dessous (transcription, le 18 décembre 2001, aux pages 662 à 667):

M. Batt [pour les ministres]:

Q. Mike, d'après l'ensemble des réponses que vous avez données, je crois comprendre que vous êtes d'avis qu'il existe de nouveaux renseignements et que ceux-ci jettent un éclairage différent sur les anciens renseignements. Cela vous paraît-il un résumé exact de ce que vous avez dit depuis deux jours?

R. C'est exact, oui.

La Cour: [...] je ne suis pas certain de ce que cette réponse implique, et peut-être ne devrais-je pas vous poser cette question, mais vous devriez vous attendre à ce que l'avocat fasse des observations à ce sujet.

Je voudrais qu'il soit tout à fait clair dans mon esprit que l'opinion adoptée a trait à de nouveaux renseignements auxquels on peut s'attendre que M. Jaballah réponde. Je ne suis pas certain si cela découle de la réponse dans laquelle vous dites que cela jette un nouvel éclairage sur d'anciens renseignements. Ce n'est peut-être pas ce que vous avez dit, mais, si c'est ce que vous avez dit, alors c'est inquiétant. Qu'entendez-vous par «nouvel éclairage»?

Le témoin: Monsieur le juge, les allégations demeurent certainement les mêmes. Les activités des personnes avec lesquelles M. Jaballah était en contact et avait des relations—nous ne disposions pas de tous les renseignements sur ces personnes et leurs activités et le sens des contacts qu'elles ont eus avec M. Jaballah. Depuis les récentes enquêtes qui ont été effectuées, des renseignements supplémentaires ont été découverts sur ces personnes et sur les activités auxquelles elles participaient réellement.

La Cour: Mais elles ne sont pas ici.

Le témoin: J'essaie de penser comment je pourrais m'exprimer autrement.

Les actes terroristes différents qui ont eu lieu, principalement celui qui a eu lieu en Afrique de l'Est en 1998—des renseignements supplémentaires ont depuis fait surface sur les personnes qui

involved and to what extent they were involved and how they were interconnected with each other. It is that information, my lord, that has given a clearer focus as to what actually took place in these operations, who was responsible for what, how the communications between those different cells actually took place, and who was involved in those communications.

The Court: Thank you. Each of you has an opportunity to comment or to question Mike if you wish arising out of my question.

Mr. Galati [for Mr. Jaballah]:

Q. I just have one question, my lord.

FURTHER CROSS-EXAMINATION

...

Mr. Galati [for Mr. Jaballah]:

Q. The answers you gave during your cross-examination with me with respect to nothing new about the allegations or no allegation or direct link to those activities of those other members to Mr. Jaballah still hold. Right?

A. Mr. Jaballah had contact with those individuals at the time that they were operationally active.

Q. I understand that. That was dealt with in 1999. My question is: Given your answer to Mr. Justice MacKay, your answers still hold, for instance, that he is not alleged to have been linked to the USS Cole and the other activities or the structure of the Al Jihad which you now set out as new.

A. Not to the USS Cole, no.

Q. What I am saying is that your answers of today still stand where I pointed you to no new allegations or no direct link or no mention in the transcripts in the U.S. or the U.K. Correct?

A. On the direct link issue, it is the association that Mr. Jaballah had with these different individuals. The role that he played with those individuals is basically the focus of what we are interested in.

ont participé à ces actes, leur degré de participation et la manière dont elles étaient reliées les unes aux autres. Ce sont ces renseignements, Monsieur le juge, qui ont permis de préciser ce qui s'est réellement produit au cours de ces opérations, qui était responsable de quoi, la façon dont les communications entre ces différentes cellules s'effectuaient réellement et les personnes qui ont participé à ces communications.

La Cour: Merci. Chacun de vous a la possibilité de faire des observations ou de questionner Mike, si vous le souhaitez, sur ce qui découle de ma question.

M. Galati [pour M. Jaballah]:

Q. J'ai une seule question, Monsieur le juge.

NOUVEAU CONTRE-INTERROGATOIRE

[...]

M. Galati [pour M. Jaballah]:

Q. Les réponses que vous avez données au cours du contre-interrogatoire que je vous ai fait subir concernant le fait qu'il n'y a rien de nouveau au sujet des allégations ni aucune allégation ou lien direct avec ces activités de ces autres membres et M. Jaballah tiennent toujours. Exact?

R. M. Jaballah a eu des contacts avec ces personnes au moment où elles étaient opérationnelles.

Q. Je comprends cela. On a traité de cela en 1999. Ma question est la suivante: compte tenu de votre réponse à M. le juge MacKay, vos réponses tiennent toujours, par exemple, concernant le fait qu'il n'est pas allégué que mon client a été lié au USS Cole et aux autres activités ou à la structure du Al Jihad, ce qui d'après vous serait maintenant nouveau.

R. Pas le USS Cole, non.

Q. Ce que je dis, c'est que les réponses que vous donnez aujourd'hui valent toujours au sujet du fait que je vous ai signalé qu'il n'y avait pas de nouvelles allégations, qu'il n'y avait pas de lien direct, qu'il n'y avait pas de mention dans les transcriptions aux États-Unis ou au Royaume-Unis. Exact?

R. Sur la question du lien direct, c'est l'association qui existait entre M. Jaballah et ces différentes personnes. Le rôle qu'il a joué avec ces personnes est fondamentalement ce qui nous intéresse.

- Q. But my point is that it is the same contact and role that Mr. Justice Cullen reviewed. It is not a new role that you are alleging post 1999. Correct?
- A. We were aware of the contacts. We were not aware of the content of those contacts.
- Q. What I am saying is that you are not alleging new contacts 1999 to 2001.
- A. I think there is just the one that we mention there.
- Q. You are only suggesting Mahjoub.
- A. No, there was also the issue of Mr. Al Deek. That is new information. It is sort of on a separate issue.
- Q. My point is: But not with respect to the London people.
- A. The new information on the London people came out of the investigation on the activities of those individuals.
- Q. I understand that, but you are not suggesting that there is new information that shows Mr. Jaballah in 2000 and 2001 renewing contacts with the London people.
- A. That would be correct.
- Q. There is no such information.
- A. That is correct.
- Q. All the information with respect to the London people is old stuff.
- A. The contact with them, yes.
- Q. Mais ce que je veux dire, c'est qu'il s'agit des mêmes contacts et du même rôle que ce dont il a été question devant le juge Cullen. Il ne s'agit pas d'un nouveau rôle qui, d'après vos allégations, aurait été tenu après 1999. Exact?
- R. Nous étions au courant des contacts. Nous n'étions pas au courant du contenu de ces contacts.
- Q. Ce que je dis c'est que vous n'alléguiez pas qu'il y a eu de nouveaux contacts entre 1999 et 2001.
- R. Je pense qu'il n'y a que celui que nous mentionnons ici.
- Q. Vous ne laissez entendre que Mahjoub.
- R. Non, il y avait également la question au sujet de M. Al Deek. Ce sont de nouveaux renseignements. C'est en quelque sorte une question distincte.
- Q. Ma question est la suivante: mais cela n'a pas de rapport avec les personnes de Londres.
- R. Les nouveaux renseignements sur les membres de Londres sont ressortis de l'enquête menée sur les activités de ces personnes.
- Q. Je comprends cela, mais vous ne laissez pas entendre qu'il y a de nouveaux renseignements qui démontrent que M. Jaballah en 2000 et en 2001 a renoué des contacts avec les membres de Londres.
- R. Ce serait exact.
- Q. Il n'y a pas de tel renseignement.
- R. C'est exact.
- Q. Tous les renseignements ayant trait aux membres de Londres sont de vieux renseignements.
- R. Les contacts avec eux, oui.

[52] At the conclusion of the examination of Mike on December 18, 2001, the Court adjourned, to meet again on January 8, 2002 for submissions of the parties concerning that evidence, which completed the case for the Ministers. On the latter day, counsel for the applicants addressed eight matters raised by the evidence of Mike which were characterized as new information upon which the certificate of the Ministers was based in this case, which information was not before Mr. Justice Cullen in 1999. Counsel for the respondent again urged that he could not properly assist or advise his client unless the information claimed to be new before this Court could be better identified than was provided by the

[52] À l'issue de l'interrogatoire de Mike le 18 décembre 2001, la Cour a ajourné, pour se réunir de nouveau le 8 janvier 2002 afin d'entendre les observations des parties concernant cette preuve, ce qui a clos la preuve des ministres. Le lendemain, les avocats des demandeurs ont mentionné huit points qui avaient été soulevés par le témoignage de Mike et qu'ils ont qualifié de nouveaux renseignements sur lesquels l'avis des ministres est fondé en l'espèce, renseignements dont ne disposait pas le juge Cullen en 1999. L'avocat du défendeur a de nouveau fait valoir qu'il ne pouvait adéquatement aider ou conseiller son client à moins que les renseignements prétendus nouveaux devant la

testimony of Mike and the Ministers' submissions relating to that testimony.

[53] Thereafter, in January and early February 2002, I again convened hearings *in camera* and *ex parte* with counsel and a representative of CSIS, on five occasions, (January 10, 15, 25, 31 and February 4, 2002), all to direct the production of a further summary statement concerning the basis of the certified opinion of the Ministers which was intended, by emphasis in the text, to indicate clearly the information now available that was said to be new in that it was not before Mr. Justice Cullen, and was not withheld for security reasons. Further, I reviewed all documents filed with the Court, both those in the public record which were released to Mr. Jaballah in six binders in August 2001, and the classified documents not released, to identify which of those were considered to be new by the Ministers. A list of "new" documents among those in the public record in this case, which were not provided in *Jaballah No. 1*, was provided to counsel. I considered again those documents not previously released on national security grounds and confirmed for myself that these should continue to be held without disclosure to Mr. Jaballah, in accord with paragraph 40.1(5.1)(d) of the 1985 Act. By telephone conferences with counsel for both parties on January 15, 31 and February 8, I sought to keep counsel for the respondent informed of progress and involved in scheduling further hearings.

[54] As a result of those *in camera* hearings I issued directions dated February 5, 2002. Those directions provided for a further statement entitled "Unclassified Supplementary Summary of Information Relating to Mahmoud Jaballah (Jaballah No. 2), February 4, 2002", which highlighted information on the public record which is considered by the Ministers to be new. The directions also listed documents provided to the respondent that were not before the Court in *Jaballah No. 1*. Arrangements were then made for public hearings to resume on March 11 and continue, to ensure, in

présente Cour soient mieux identifiés que dans le témoignage de Mike et les observations des ministres ayant trait à ce témoignage.

[53] Par la suite, en janvier et au début de février 2002, j'ai de nouveau convoqué des audiences à huis clos et *ex parte* en présence d'un avocat et d'un représentant du SCRS, à cinq reprises (les 10, 15, 25, 31 janvier et le 4 février 2002), qui avaient toutes pour objet d'ordonner la production d'un autre résumé concernant le fondement de l'avis certifié des ministres, résumé ayant pour but d'indiquer clairement, au moyen d'une mise en évidence dans le texte, les renseignements qui sont maintenant connus et que l'on prétend nouveaux du fait que le juge Cullen n'en était pas saisi, et qui n'ont pas été retenus pour des raisons de sécurité. En outre, j'ai revu tous les documents déposés à la Cour, tant ceux qui font partie du dossier public et qui ont été communiqués à M. Jaballah dans les six classeurs en août 2001, que les documents confidentiels non divulgués, afin d'identifier ceux qui étaient considérés comme nouveaux par les ministres. Une liste des «nouveaux» documents parmi ceux figurant dans le dossier public en l'espèce, qui n'avaient pas été fournis dans l'affaire *Jaballah n° 1*, a été remise aux avocats. J'ai de nouveau examiné ces documents qui n'avaient pas été communiqués auparavant pour des motifs de sécurité nationale afin d'avoir la certitude qu'ils ne doivent toujours pas être communiqués à M. Jaballah, conformément à l'alinéa 40.1(5.1)d) de la Loi de 1985. Au cours des conférences téléphoniques avec les avocats des deux parties les 15 et 31 janvier et le 8 février, je me suis efforcé de faire en sorte que l'avocat du défendeur soit informé des progrès accomplis et qu'il participe à l'établissement des dates des nouvelles audiences.

[54] À l'issue de ces audiences à huis clos, j'ai donné des instructions le 5 février 2002. Celles-ci prévoyaient la communication d'un nouveau résumé intitulé [TRADUCTION] «Résumé supplémentaire non confidentiel des renseignements ayant trait à Mahmoud Jaballah (Jaballah n° 2), le 4 février 2002», qui mettait en évidence les renseignements contenus dans le dossier public que les ministres considèrent comme nouveaux. Mes instructions dressaient également la liste des documents fournis au défendeur et dont la Cour n'était pas saisie dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Des mesures ont

accord with paragraph 40.1(4)(c) of the 1985 Act, that Mr. Jaballah had a reasonable opportunity to be heard, before assessing the reasonableness of the certificate issued by the applicant Ministers on the basis of the evidence and information available to the Court.

6. WITHDRAWAL OF COUNSEL FOR THE RESPONDENT

[55] When the hearing resumed on March 11, as counsel for the parties had agreed and the Court had directed, for the purpose of hearing any evidence or submissions the respondent Mr. Jaballah might make in response to the information provided to him, his counsel requested the opportunity to address the Court on a preliminary matter. Counsel then advised that, having consulted with his client Mr. Jaballah, having sought advice from other experienced counsel, and having reviewed these proceedings up to that time, he had come to the conclusion that he then described as follows (transcript, March 11, 2002, pages 879-883):

This backdrop, my lord, leads me to my dilemma on which I have sought various—if I could add them all up, maybe 80 to 120 years of experience of barristers who all agree with me that I have no choice but to advise you that, when I took my barrister’s oath in the Province of Ontario, apart from swearing allegiance to Her Majesty the Queen on my barrister’s oath as an officer of this Court and all the other courts, by my oath as a barrister I am also required to “not pervert the law but in all things to conduct myself truly and with integrity” and further “to maintain the Queen’s interest and interests of the citizens and uphold and maintain them according to the Constitution and law of this province.”

My rules of professional conduct and ethics in Ontario further require that I “not engage in conduct involving dishonesty, not engage in conduct that is prejudicial to the administration of justice” and “not knowingly assist a judge or judicial officer in conduct that is in violation of applicable rules of judicial conduct or other law,” which we all understand in the province to include the Constitution and binding international treaties.

ensuite été prises pour que les audiences publiques reprennent le 11 mars et qu’elles se poursuivent afin de s’assurer, conformément à l’alinéa 40.1(4)c) de la Loi de 1985, que M. Jaballah avait eu une possibilité raisonnable d’être entendu, avant que soit évalué le caractère raisonnable du certificat délivré par les ministres demandeurs sur la base de la preuve et des renseignements dont la Cour est saisie.

6. DESSAISISSEMENT DE L’AVOCAT DU DÉFENDEUR

[55] Quand l’audience a repris le 11 mars, comme en étaient convenus les avocats des parties et sur ordre de la Cour, pour les fins d’entendre les observations que le défendeur M. Jaballah souhaitait apporter en réponse aux renseignements qui lui avaient été fournis, son avocat a demandé la permission de porter à l’attention de la Cour une question préliminaire. L’avocat a alors informé la Cour qu’après avoir consulté son client M. Jaballah, après avoir demandé l’avis d’autres avocats expérimentés, et après avoir passé en revue les étapes de l’instance jusqu’à cette date, il en était venu à la conclusion suivante (transcription, 11 mars 2002, pages 879 à 883):

[TRADUCTION] Monsieur le juge, cette situation m’a conduit dans un dilemme au sujet duquel j’ai demandé plusieurs avis—si je pouvais en faire la somme, peut-être 80 à 120 années d’expérience d’avocats qui ont tous convenu avec moi que je n’ai d’autre choix que de vous informer que, à l’époque où j’ai prêté mon serment d’avocat dans la province d’Ontario, en plus de faire serment d’allégeance à Sa Majesté la Reine au moment où je prêtais serment à titre d’avocat en tant qu’auxiliaire de la présente Cour et de tous les autres tribunaux, par mon serment d’avocat je suis également tenu «de ne pas dénaturer le droit et de me conduire en toute chose avec honnêteté et intégrité» et en outre «de défendre l’intérêt de la Reine ainsi que les intérêts des citoyens et de les soutenir conformément à la Constitution et au droit de cette province».

Mes règles d’éthique et de conduite professionnelle en Ontario exigent en outre que je m’abstienne «d’adopter une conduite entachée de malhonnêteté, ou qui puisse porter préjudice à l’administration de la justice» et que je m’abstienne «d’aider sciemment un juge ou un auxiliaire de la justice dont la conduite contrevient aux règles applicables à la déontologie judiciaire ou à toute autre loi», ce qui, dans la province, inclut la Constitution ainsi que les traités internationaux ayant force obligatoire.

In essence, my lord, it is my view as a barrister that it would breach the essence of my oath as a barrister, as historically and statutorily understood, as well as the rules of professional conduct to participate any further as a barrister and officer of Her Majesty's Court in this process for the following reasons:

1. The proceedings against Jaballah in total, if you look at Jaballah No. 1 and the present proceeding, clearly manifest the fact that the court room has turned into the police station. The proceedings in Jaballah No. 1 were an investigative, interrogatory and evidentiary basis for Jaballah No. 2.

2. While my presence here would lend to the decorum of a fair and independent judicial review in fact and in substance, in my review of my own barrister's oath, I sincerely and honestly conclude that my presence here would be a sham and a detriment to my client and a complete breach of my oath and rules of professional conduct.

While CSIS and the Solicitor General can jump up and down and pretend all they want about the soundness of the procedure here, the preliminary issues, the process and the invocation of national security as a bar to revealing the case against Jaballah and the case which Jaballah must meet has never been balanced or articulated by this Court or any other court and never adjudicated by this Court nor by the Supreme Court of Canada. We have been blindly accepting the word and procedure invoked by CSIS and the security forces despite the fact that there is no clear statutory outline of that process.

While this in camera, secret procedure without any judicial balance or articulation may be acceptable to the Court, constitutional and international norms of natural justice apply equally to this Court and procedure and, more important for myself, to my oath as a barrister, as I historically understand it from the Magna Carta to the present day.

Because they are embarrassingly absent, I as a barrister with an independent oath to keep and maintain refuse to participate in these proceedings any further. My oath would not forgive me; my conscience would not forgive me; and history would not forgive me.

It is my humble view, my lord, that Nuremberg principles apply equally to Canada and the Canadian judicial systems as

Essentiellement, Monsieur le juge, je suis d'avis en tant qu'avocat que j'irais à l'encontre du fondement même de mon serment d'avocat, tel qu'il a été interprété historiquement et législativement, de même qu'à l'encontre des règles de conduite professionnelle en participant davantage en tant qu'avocat et auxiliaire de la Cour de Sa Majesté à cette procédure pour les raisons suivantes:

1. Les procédures engagées contre Jaballah en général, si vous examinez l'affaire Jaballah n° 1 et la présente instance, démontrent clairement que la salle d'audience a été transformée en poste de police. La procédure dans l'affaire Jaballah n° 1 a fourni de base d'enquêtes, d'interrogatoires et de preuves à l'affaire Jaballah n° 2.

2. Bien que ma présence dans cette salle puisse faire croire que les règles d'un contrôle judiciaire équitable et indépendant sont respectées dans les faits et sur le fond, en relisant mon serment d'avocat, je conclus sincèrement et honnêtement que ma présence dans cette salle serait une imposture et irait à l'encontre des intérêts de mon client et constituerait une violation totale de mon serment et des règles de conduite professionnelle.

Même si le SCRS et le Solliciteur général poussent les hauts cris et essaient de prétendre tant qu'ils le peuvent que la procédure en l'espèce est tout à fait impartiale, les questions préliminaires, les formalités suivies et les motifs de sécurité nationale invoqués pour faire obstacle à la divulgation de la preuve réunie contre Jaballah et cette preuve que Jaballah doit réfuter n'ont jamais été mises en balance ni formulées par la présente Cour ni aucun autre tribunal et n'ont jamais fait l'objet d'une décision de la présente Cour ou de la Cour suprême du Canada. Nous avons aveuglément accepté la parole et la procédure invoquée par le SCRS et les forces de sécurité malgré le fait que cette procédure ne s'appuie sur aucun fondement législatif.

Bien que cette procédure secrète tenue à huis clos sans aucune mise en balance ou formulation judiciaire puisse être acceptable à la Cour, les normes constitutionnelles et internationales de justice naturelle s'appliquent également à la présente Cour et à sa procédure et, ce qui est encore plus important pour moi, à mon serment d'avocat, selon l'interprétation historique que j'en donne depuis l'adoption de la Grande Charte jusqu'à ce jour.

En raison de l'absence troublante de ces normes, je refuse en tant qu'avocat ayant prêté le serment indépendant de les respecter de participer plus longtemps à cette instance. Mon serment ne me le pardonnerait pas; ma conscience ne me le pardonnerait pas; et l'histoire ne me le pardonnerait pas.

À mon humble avis, Monsieur le juge, les principes de Nuremberg s'appliquent également au Canada et au système

they do anywhere else. Japanese and Italo-Canadians were victims of what in my view were crimes against humanity during the Second World War. I will not participate or be complicit in what in my view is a similar injustice against the Muslims and Arabs by participating in this proceeding as structured.

Mr. Jaballah and his family have filed suit in the Ontario court. I will pursue their rights from this Court's determination in other fora, but I am taking my leave from these proceedings, and Mr. Jaballah stands silent in the capable, but secret, hands of your lordship and CSIS counsel.

I cannot proceed any further, my lord. It is as simple as that. I refuse to.

[56] After further brief discussion with the Court, counsel for Mr. Jaballah, and counsel's legal advisor for that day, withdrew from the courtroom.

7. ENSURING OPPORTUNITY FOR THE RESPONDENT TO BE HEARD

[57] The Court then called Mr. Jaballah to respond for himself, with the aid of an interpreter, to questions intended to assess his understanding of his position at that stage. The transcript records the pertinent portions of that process, as follows (transcript, March 11, 2002, pages 888-893):

THE COURT: Mr. Jaballah, we do need to know whether you wish to be represented by counsel. If you wish to take a little time to think about where you may go at this stage of the game, I will give you some time, but not very much. All I mean by that is that, if you want to represent yourself, you will need some time to do that. If you decide that you want to be represented by other counsel, then you will need to take some time to arrange for that.

I need to know by 12 noon whether or not you wish to proceed on your own behalf or whether you wish to try to retain other counsel. I am assuming—and you do not need to answer this question. I am assuming that Mr. Galati as your counsel may have advised you in advance of what he was going to do this morning, but who knows. I am not asking you to answer that.

Would you like to take a little time? Would you like to take the stand?

judiciaire canadien comme partout ailleurs. Les Canadiens japonais et italiens ont été victimes de ce qui constitue à mon avis des crimes contre l'humanité au cours de la Seconde Guerre mondiale. Je ne participerai pas à ce qui constitue à mon avis une injustice semblable contre les Musulmans et les Arabes et je ne serai pas complice de cette procédure telle qu'elle se présente.

M. Jaballah et sa famille se sont pourvus en justice devant les tribunaux de l'Ontario. Je continuerai de défendre leurs droits contre la décision de la présente Cour devant d'autres tribunaux, mais je me retire de la présente instance et M. Jaballah reste silencieux dans les mains puissantes, mais secrètes, de l'avocat du SCRS et les vôtres, Monsieur le juge.

Je ne peux continuer davantage, Monsieur le juge, c'est aussi simple que cela. Je me refuse à cela.

[56] Après une brève discussion avec la Cour, l'avocat de M. Jaballah et son conseiller juridique retenu pour l'occasion ont quitté la salle d'audience.

7. L'ASSURANCE QUE LE DÉFENDEUR A EU LA POSSIBILITÉ D'ÊTRE ENTENDU

[57] La Cour a alors appelé M. Jaballah à la barre pour qu'il réponde lui-même, avec l'aide d'un interprète, à des questions dont le but était de déterminer s'il comprenait bien sa situation à cette étape. La transcription suivante reprend les parties pertinentes de cet interrogatoire (transcription, 11 mars 2002, pages 888 à 893):

[TRADUCTION]LA COUR: M. Jaballah, il nous faut savoir si vous souhaitez être représenté par un avocat. Si vous souhaitez prendre un peu de temps pour réfléchir à ce que vous pouvez faire à cette étape de l'instance, je vous donnerai du temps, mais pas beaucoup. Tout ce que je veux dire par là c'est que, si vous voulez vous représenter vous-même, vous aurez besoin de temps pour vous préparer. Si vous décidez que vous voulez être représenté par un autre avocat, alors vous aurez aussi besoin de temps pour retenir les services de cet avocat.

Je dois savoir au plus tard à midi si vous souhaitez ou non vous représenter vous-même ou essayer de retenir les services d'un autre avocat. Je présume—et il n'est pas nécessaire que vous répondiez à cette question, je présume que M. Galati, quand il était votre avocat, vous a peut-être informé à l'avance de ce qu'il allait faire ce matin, mais qui sait. Je ne vous demande pas de répondre à cette question.

Aimeriez-vous avoir un peu de temps? Voulez-vous vous représenter vous-même?

MR. JABALLAH (Through interpreter): Mr. Galati is my counsel, my lawyer, and I would like to follow his instructions. I agree to his position. I agree to the position that my lawyer took this morning, and whatever he says represents what I believe with regard to the evidence that was presented to the Court.

The same evidence that was presented in these proceedings is the same as what was presented two years ago. I did not see anything that I could answer or give my response to.

There were two issues, one with regard to the mailing box and the other one with regard to the telephone number that was found on Mr. Mahjoub. On these two issues I have nothing to answer.

THE COURT: I want to be sure that I understand Mr. Jaballah's position. He says that Mr. Galati is his counsel and he wishes to act in accordance with his advice.

MR. JABALLAH (Through Interpreter): Yes.

THE COURT: My question is: Does he want advice from Mr. Galati now?

MR. JABALLAH (Through Interpreter): He advised me earlier, and I agreed to what he said, and I am following his advice. He is an expert in law. I have nothing else to say.

THE COURT: Do I understand that Mr. Jaballah is aware that Mr. Galati has been advised that there is a significant number—and I don't have the total in my head—of new documents which were not before the Court in Jaballah No. 1?

MR. JABALLAH (Through Interpreter): Yes, and Mr. Galati reviewed these new pieces of evidence, and he reviewed this with me. He said that there was nothing new in these pieces of evidence. He also reviewed this evidence with me, and we both agreed that the only new evidence refers to the telephone number that was found on Mahjoub, of which I have nothing to say, and the mailing box which was in fact not used, and that was evidence in the first hearing.

Everything the lawyer reviewed is the subject of my testimony in the first hearing. I don't know of anything new that I can say in this proceeding.

THE COURT: Mr. Batt, do you have any questions, not about anything other than the position of Mr. Jaballah at this stage? Do you have any questions about that and nothing else?

MR. BATT: I just want to be sure that he understands that this is his reasonable opportunity to be heard. He has a right to state his position if he wishes to do so. As I understand it, if he

M. JABALLAH (par son interprète): M. Galati est mon avocat et j'aimerais suivre ses instructions. Je suis d'accord avec sa position. Je suis d'accord avec la position que mon avocat a adoptée ce matin, et tout ce qu'il a dit représente ce que je crois à l'égard de la preuve qui a été présentée à la Cour.

La preuve qui a été présentée dans la présente instance est la même que celle qui a été présentée il y a deux ans. Je n'ai entendu aucun élément de preuve auquel je pourrais répondre.

Il y avait deux questions, l'une concernant la case postale et l'autre concernant le numéro de téléphone qui a été trouvé en possession de M. Mahjoub. Sur ces deux points, je n'ai rien à répondre.

LA COUR: Je veux être sûr de bien comprendre la position de M. Jaballah. Il dit que M. Galati est son avocat et il souhaite agir conformément à son avis.

M. JABALLAH (par son interprète): Oui.

LA COUR: Ma question est la suivante: Veut-il maintenant l'avis de M. Galati?

M. JABALLAH (par son interprète): Il m'a déjà donné son avis et je suis d'accord avec ce qu'il a dit, et je suis son avis. C'est un expert en droit. Je n'ai rien d'autre à dire.

LA COUR: Est-ce que je comprends que M. Jaballah est au courant que M. Galati a été informé qu'il y a un nombre important—et je n'ai pas le chiffre exact en tête—de nouveaux documents dont la Cour n'était pas saisie dans l'affaire Jaballah n° 1?

M. JABALLAH (par son interprète): Oui, et M. Galati a examiné ces nouveaux éléments de preuve, et il les a revus avec moi. Il a dit qu'il n'y avait rien de nouveau dans ces éléments de preuve. Il a également examiné la preuve avec moi, et nous sommes tous les deux d'accord pour dire que la seule nouvelle preuve a trait au numéro de téléphone qui a été trouvé en possession de Mahjoub, au sujet duquel je n'ai rien à dire, et la case postale qui n'était en fait pas utilisée, et cela faisait déjà partie de la preuve dans la première affaire.

Tout ce que mon avocat a examiné fait l'objet du témoignage que j'ai donné dans la première instance. Je ne sais pas ce que je pourrais ajouter de nouveau maintenant.

LA COUR: M. Batt, avez-vous des questions, uniquement au sujet de la position de M. Jaballah à cette étape? Avez-vous des questions à ce sujet et rien d'autre?

M. BATT: Je veux seulement m'assurer qu'il comprend qu'il s'agit là d'une possibilité raisonnable qui lui est donnée d'être entendu. Il a le droit d'exposer sa position s'il souhaite

does not, then we can move to ask your lordship to uphold the certificate as being reasonable and that deportation proceedings may follow. As long as he understands that, I think that is the key.

MR. JABALLAH (Through Interpreter): The lawyer is my counsel, and I follow his instructions as long as he is the one who is expert on the law. I am not an expert on the law. It is my lawyer who says that this is what should take place. That is his opinion, and I agree.

MR. BATT: My lord, the concern that I have is that, from my perception, the statement that Mr. Galati made this morning was a statement pertaining to Mr. Galati's personal position in light of these proceedings. That does not necessarily pertain to Mr. Jaballah's best interests. It may well be that he should have some advice from a different counsel who has a different perception of the proceedings than Mr. Galati who has basically stepped away from the legislation, as far as I can see.

MR. JABALLAH (Through Interpreter): Again, my position is that I follow my lawyer's instructions. He is the expert on the law and, as he sees it, there is nothing new in the evidence. I am following his instructions and his advice.

THE COURT: Thank you. I do want to ask just once more—Mr. Jaballah may not want advice from anyone else. Does he wish to respond to anything on his own behalf?

MR. JABALLAH (Through Interpreter): I cannot represent myself in this proceeding. I have my lawyer and I follow his advice and instructions.

THE COURT: Mr. Batt, if you have any further submissions—I have no further questions of Mr. Jaballah. Do you have any further questions or submissions you wish to make?

MR. BATT: In relation to Mr. Jaballah's status?

THE COURT: No. I understand that Mr. Jaballah does not wish to retain other counsel, that he has decided to accept the advice of previous counsel to make no representations on his own behalf, and that he accepts that this has been his opportunity under the statute to respond to the position of the Ministers.

[58] I find that Mr. Jaballah declined the opportunity to seek services of another counsel. I also find that he declined the opportunity to make any submissions on his own behalf, except that he acknowledged there was information described as new by the Ministers that had not been before the Court in *Jaballah No. 1* in respect of

le faire. D'après ce que je comprends, s'il ne le fait pas, alors nous pouvons vous demander de déclarer que le certificat est raisonnable et la procédure d'expulsion pourra suivre son cours. S'il comprend cela, je pense que c'est l'essentiel.

M. JABALLAH (par son interprète): L'avocat est mon conseiller, je suis ses instructions tant et aussi longtemps que c'est lui qui est l'expert en droit. Je ne suis pas un expert en droit. C'est mon avocat qui dit que c'est ce qui devrait se passer. C'est son opinion et je suis d'accord avec lui.

M. BATT: Monsieur le juge, mon inquiétude c'est que, d'après ma perception, la déclaration que M. Galati a faite ce matin était une déclaration portant sur sa position personnelle dans le cadre de cette instance. Cela ne correspond pas nécessairement aux meilleurs intérêts de M. Jaballah. Il se peut fort bien qu'il doive avoir l'avis d'un autre avocat qui a une perception de l'instance différente de celle de M. Galati qui s'est essentiellement dissocié de la loi, d'après ce que je vois.

M. JABALLAH (par son interprète): Encore une fois, ma position est que je suis les instructions de mon avocat. C'est lui l'expert en droit et, à son avis, il n'y a rien de nouveau dans la preuve. Je suis ses instructions et son conseil.

LA COUR: Merci. Je veux vous demander juste une dernière fois—M. Jaballah ne veut d'avis de personne d'autre. Est-ce qu'il souhaite répondre à toute autre question en son propre nom?

M. JABALLAH (par son interprète): Je ne peux pas me représenter moi-même dans cette instance. J'ai mon avocat et je suis ses conseils et ses instructions.

LA COUR: M. Batt, si vous avez d'autres observations—je n'ai pas d'autres questions pour M. Jaballah. Souhaitez-vous poser d'autres questions ou faire d'autres observations?

M. BATT: Pour ce qui a trait au statut de M. Jaballah?

LA COUR: Non. D'après ce que je comprends, M. Jaballah ne souhaite pas retenir les services d'un autre avocat, il a décidé d'accepter l'avis de son ancien avocat de ne faire aucune observation en son propre nom, et il accepte que cela constitue, en vertu de la loi, la possibilité de répondre à la position des ministres.

[58] Je conclus que M. Jaballah a refusé la possibilité qui lui était donnée de demander les services d'un autre avocat. Je conclus également qu'il a refusé la possibilité qui lui était donnée de présenter des observations en son propre nom, à l'exception du fait qu'il a reconnu qu'il y avait des renseignements que les ministres ont qualifié de

two matters. The first, of which he said he knew nothing, was information that his Toronto telephone number was found on a paper in possession of one Mahjoub, a person also certified under section 40.1 of the 1985 Act by the applicant Ministers as inadmissible to Canada. In that case, the certificate was found reasonable by Mr. Justice Nadon in October 2001 (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mahjoub*, [2001] 4 F.C. 664 (T.D.)). The second, concerned Mr. Jaballah's rental of a postal box, a matter he had testified about in *Jaballah No. 1*, which box he professed, as he had in 1999, not to have used. In all other respects the information considered by the Ministers to be new, was not new in Mr. Jaballah's view since that information was before the Court in *Jaballah No. 1*, a view reached after consultation with his counsel, who had now withdrawn.

[59] I am satisfied that Mr. Jaballah understood that this was his opportunity to be heard with respect to the opinion of the Ministers and to the information on which that opinion was based, so far as that information was made known to him, in accord with paragraph 40.1(4)(c) of the 1985 Act, now paragraph 78(i) of the IRPA. That information was initially provided by the summary statement and documents provided in August 2001. Thereafter, the testimony and cross-examination of Mike in December 2001, submissions of the Ministers related to Mike's testimony in January 2002, and the Court's directions in February 2002, were all for the purpose of disclosing to Mr. Jaballah the information, on which the Ministers' opinion is based, that is said by them to be new in the sense that it was not before Mr. Justice Cullen in 1999 in *Jaballah No. 1*.

[60] I find that Mr. Jaballah was provided with an opportunity to be heard regarding the issue of his inadmissibility and the information on the public record upon which the certified opinion of the Ministers is

nouveaux dont la Cour n'était pas saisie dans l'affaire *Jaballah n° 1*, au sujet de deux questions. La première, au sujet de laquelle il dit qu'il ne sait rien, portait sur des renseignements indiquant que son numéro de téléphone à Toronto avait été trouvé sur un papier en possession d'un certain Mahjoub, une personne ayant également fait l'objet d'une attestation en vertu de l'article 40.1 de la Loi de 1985 par les ministres demandeurs comme étant une personne non admissible au Canada. Dans ce cas, le juge Nadon a jugé l'attestation raisonnable en octobre 2001 (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mahjoub*, [2001] 4 C.F. 664 (1^{re} inst.)). La deuxième question concernait la location par M. Jaballah d'une case postale, un point sur lequel il a témoigné dans l'affaire *Jaballah n° 1*, case qu'il disait, comme il l'a fait en 1999, ne pas avoir utilisée. À tous les autres égards, les renseignements considérés par les ministres comme nouveaux, n'étaient pas nouveaux de l'avis de M. Jaballah, puisque ces renseignements étaient déjà en possession de la Cour dans l'affaire *Jaballah n° 1*, une opinion qu'il a adoptée après avoir consulté son avocat, qui ne s'était pas encore retiré de l'instance.

[59] Je suis convaincu que M. Jaballah a compris qu'il s'agissait là d'une possibilité qui lui était donnée d'être entendu au sujet de l'avis des ministres et des renseignements sur lesquels cet avis était fondé, dans la mesure où ces renseignements lui ont été communiqués, conformément à l'alinéa 40.1(4)c) de la Loi de 1985, qui est maintenant l'alinéa 78(i) de la LIPR. Ces renseignements lui ont d'abord été fournis dans le résumé et les documents qui lui ont été remis en août 2001. Par la suite, le témoignage et le contre-interrogatoire de Mike en décembre 2001, les observations des ministres ayant trait au témoignage de Mike en janvier 2002, et les instructions de la Cour en février 2002 avaient tous pour but de communiquer à M. Jaballah des renseignements, sur lesquels l'avis des ministres se fonde, et qui selon eux sont nouveaux puisque le juge Cullen n'en n'était pas saisi en 1999 dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

[60] Je conclus que M. Jaballah a eu la possibilité d'être entendu concernant la question de sa non-admissibilité et des renseignements figurant dans le dossier public sur lesquels l'avis certifié des ministres se

based, in accord with paragraph 78(i) of the IRPA. I find also that he declined to exercise his right to use that opportunity. He did not respond in any detailed or significant manner to the information and evidence before the Court.

8. REVIEWING INFORMATION AND EVIDENCE, 1999 AND 2001

[61] Following the Court's questioning of Mr. Jaballah at the hearing on March 11, 2002, counsel for the Ministers, by oral motion, proposed that the Court find the certificate signed by the Ministers on August 13, 2001, is reasonable, following decisions of the Court in *Al Sayegh (Re)* (1997), 131 F.T.R. 7 (F.C.T.D.) and *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (F.C.T.D.). In each of those cases the judge concerned found the certificate at issue to be reasonable, after the person concerned declined to exercise the opportunity to explain or respond to the information provided and to the Ministers' opinion.

[62] I declined to allow the Crown's motion at that stage since, in my view this case required the Court to determine whether there is new information, not available or before the Court in *Jaballah No. 1*, that supports a different conclusion about the opinion of the Ministers in this case than was reached by Cullen J. in that earlier decision. I had made no determination of this matter prior to the March 11 hearing, and the directions of February 5 specified only what the applicant Ministers, not the Court, considered to be new information. At the hearing on March 11, I noted that I must assess the information which has been provided to Mr. Jaballah, and the information which is not public, in order to assess whether the opinion certified by the Ministers is reasonable. To do so, in view of the principles of *res judicata* and abuse of process, and the opinion expressed for him and by Mr. Jaballah himself, I must determine whether there is information before the Court that was not before the Court in *Jaballah No. 1*, which supports the opinion of the applicants certified in August 2001.

fonde, conformément à l'alinéa 78i) de la LIPR. Je conclus également qu'il a refusé d'exercer son droit d'utiliser cette possibilité. Il n'a pas répondu d'une façon détaillée ou significative aux renseignements et à la preuve dont était saisie la Cour.

8. L'EXAMEN DES RENSEIGNEMENTS ET DE LA PREUVE, 1999 ET 2001

[61] Après l'interrogatoire de M. Jaballah par la Cour à l'audience du 11 mars 2002, les avocats des ministres, dans une requête verbale, ont proposé que la Cour statue que le certificat signé par les ministres le 13 août 2001, est raisonnable, suivant les décisions de la Cour dans *Al Sayegh (Re)* (1997), 131 F.T.R. 7 (C.F. 1^{re} inst.) et *Almrei (Re)* (2001), 19 Imm. L.R. (3d) 297 (C.F. 1^{re} inst.). Dans chacune de ces affaires, le juge a estimé que le certificat en question était raisonnable, après que la personne concernée eut refusé d'exercer la possibilité qui lui était donnée de répondre aux renseignements fournis et à l'avis des ministres.

[62] J'ai refusé d'accueillir la requête de la Couronne à cette étape puisque, à mon avis, la Cour doit en l'espèce déterminer s'il y a de nouveaux renseignements, dont la Cour n'était pas saisie ou qui n'étaient pas disponibles dans l'affaire *Jaballah n° 1*, susceptibles d'appuyer, au sujet de l'avis des ministres dans la présente espèce, une conclusion différente de celle à laquelle est parvenu le juge Cullen dans la première décision. Je n'avais pris aucune décision sur cette question avant l'audience du 11 mars, et mes instructions du 5 février précisaient seulement que les ministres demandeurs, et non pas la Cour, considéraient qu'il s'agissait de nouveaux renseignements. À l'audience du 11 mars, j'ai noté que je dois évaluer les renseignements qui ont été communiqués à M. Jaballah, et les renseignements qui ne sont pas publics, afin de déterminer si l'avis certifié des ministres est raisonnable. Pour ce faire, au vu des principes de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure, et de l'avis exprimé pour lui et par M. Jaballah lui-même, je dois décider si la Cour est saisie de renseignements qui n'étaient pas à la disposition de la Cour dans l'affaire *Jaballah n° 1*, et qui appuient l'avis des demandeurs qui a été certifié en août 2001.

9. DELAY IN DETERMINING REASONABLENESS OF CERTIFICATE

[63] As designated judge I regret that determining the ultimate issue has been delayed. On my part, it simply required more time than I anticipated to fully compare the information that was before Mr. Justice Cullen in *Jaballah No. 1* and the information that is before the Court in this proceeding. Until that task was completed, I could not fairly conclude whether there was new information before the Court, different from that in *Jaballah No. 1*, and that Mr. Jaballah's interests have been taken into account as fully and fairly as could be done in light of the general submission of his counsel, before he withdrew, and subsequently of Mr. Jaballah himself, that, in effect, no new evidence of significance is before the Court in this proceeding. No specific submissions were made by the respondent in relation to the information before the Court apart from the general response that it is not new.

[64] As my review of the information filed in relation to both the 1999 and 2001 certificates, and my review of the record and submissions made in this case was about completed, and these reasons were in an advanced draft, counsel for Mr. Jaballah, who had withdrawn from these proceedings on March 11, 2002, wrote to the Court on July 1, 2002, to request suspension of these proceedings pursuant to subsection 79(1) of the IRPA, which Act came into force on June 28, 2002 (SI/2002-97). As earlier referred to, the proceedings were suspended, and subsequent developments were reviewed in *Jaballah (Re)*, [2003] 3 F.C. 73 (T.D.) and in Part I of these reasons. The result of those developments is the Court's determination to resume the proceedings and to consider its original and primary responsibility to assess the reasonableness of the Ministers' certificate dated August 2001.

10. THE PROCESS CONDEMNED BY COUNSEL FOR MR. JABALLAH

[65] Before turning to the issues following notice of the Minister's decision on the application for protection

9. LE RETARD À DÉTERMINER LE CARACTÈRE RAISONNABLE DU CERTIFICAT

[63] En tant que juge désigné, je regrette que la décision sur la question ultime ait été retardée. Pour ma part, il m'a simplement fallu plus de temps que je ne le prévoyais pour comparer complètement les renseignements dont était saisi le juge Cullen dans l'affaire *Jaballah n° 1* et les renseignements dont la Cour est saisie dans la présente instance. Tant que cette tâche n'a pas été terminée, je ne pouvais conclure en toute équité que la Cour était saisie de nouveaux renseignements, différents de ceux dans l'affaire *Jaballah n° 1*, et que les intérêts de M. Jaballah avaient été pris en compte de façon aussi complète et équitable que possible à la lumière de l'observation générale de son avocat, avant qu'il se retire de l'instance, et par la suite de M. Jaballah lui-même selon laquelle, en fait, la Cour n'est saisie dans la présente instance d'aucune nouvelle preuve d'importance. Aucune observation précise n'a été faite par le défendeur relativement aux renseignements dont la Cour est saisie à l'exception de sa réponse générale indiquant que ces renseignements ne sont pas nouveaux.

[64] Étant donné que mon examen des renseignements déposés en rapport avec les certificats de 1999 et de 2001, et mon examen du dossier et des observations faites en l'espèce sont à peu près terminés, et que la version préliminaire des présents motifs a été écrite à l'avance, l'avocat de M. Jaballah, qui s'est retiré de cette instance le 11 mars 2002, a écrit à la Cour le 1^{er} juillet 2002, pour demander la suspension des procédures aux termes du paragraphe 79(1) de la LIPR, Loi qui est entrée en vigueur le 28 juin 2002 (TR/2002-97). Comme il en a été question plus tôt, l'instance a été suspendue, et les faits nouveaux ont été examinés dans *Jaballah (Re)*, [2003] 3 C.F. 73 (1^{re} inst.), précité, et dans la première partie des présents motifs. Ces faits nouveaux ont amené la Cour à décider de reprendre l'instance et d'assumer sa responsabilité première qui est d'évaluer le caractère raisonnable du certificat des ministres en date d'août 2001.

10. LA PROCÉDURE CONDAMNÉE PAR L'AVOCAT DE M. JABALLAH

[65] Avant d'aborder les questions consécutives à l'avis de la décision du ministre concernant la demande

I deal with one other matter of concern, that is, the condemnation of the process herein by counsel for Mr. Jaballah before he withdrew from the proceedings on March 11, 2002.

[66] At that time I asked counsel for Mr. Jaballah for further explanation since he had earlier agreed to the date for resumption of hearings, for the presentation of testimony or evidence in response to the opinion of the Ministers.

[67] In essence, counsel said he did not know the case to be met and could not advise his client. In his words (transcript, March 11, 2002, pages 883-886):

... I don't know what the case is to meet. I am sure you do and I am sure my friend does, because you have seen everything. I am in the dark. Quite frankly, as I see my barrister's oath and I see the judicial system historically as it has evolved, we have, in my humble view, without any disrespect intended—judges in Germany did it; judges and the lawyers in other places did it. Historically, they thought they were doing the right thing. In reviewing my oath in these proceedings, I think this is an abomination and a breach of natural justice, and we have crossed the line to the point where the Court is being used as an investigative tool by the security forces without a judicial balance and fairness to the person in front of the Court.

...

I am at a complete loss to know what I would do for him except to lend credence to the notion that this is a fair and independent adjudication of the allegations against him, which as a barrister under my oath I cannot conclude in all fairness.

I have my own oath to live with as a barrister.

We often use the term "officer of the court," and it usually is meaningless. However, in this case it means something to me. I took an oath —

...

... I am saying that the process that the Court is providing has been invented by CSIS in flagrant, common-sense opposition to the statutory scheme. ...

de protection, je traiterai d'une autre question d'importance, c'est-à-dire la condamnation de la procédure suivie en l'espèce par l'avocat de M. Jaballah avant son dessaisissement le 11 mars 2002.

[66] À cette date, j'ai demandé d'autres explications à l'avocat de M. Jaballah puisqu'il avait auparavant accepté la date de la reprise des audiences, pour la présentation des témoignages ou de la preuve en réponse à l'avis des ministres.

[67] Essentiellement, l'avocat a dit qu'il ne savait pas quelle preuve il devait réfuter et qu'il ne pouvait conseiller son client. Ses mots sont les suivants (transcription, 11 mars 2002, pages 883 à 886):

[TRADUCTION] [...] je ne sais pas quelle est la preuve à réfuter. Je suis sûr que vous le savez, je suis sûr que mon collègue le sait, parce que vous avez tout vu. Je suis dans le noir. Franchement, de la façon dont je considère mon serment d'avocat et l'interprétation historique que je donne du système judiciaire, en fonction de son évolution, nous avons, à mon humble avis, et sans avoir l'intention de manquer de respect [...] les juges en Allemagne l'ont fait; les juges et les avocats ailleurs l'ont fait. Historiquement, ils ont pensé qu'ils agissaient correctement. En examinant mon serment d'avocat au regard de cette procédure, je pense que c'est une abomination et une contravention des règles de justice naturelle, et que nous avons franchi la ligne au point où la Cour est utilisée en tant qu'outil d'enquête par les forces de sécurité, sans qu'il y ait une mise en balance des différents éléments par la Cour et sans équité pour la personne qui comparait devant elle.

[...]

Je ne sais absolument pas ce que je pourrais faire pour lui, sauf lui faire croire qu'il s'agit ici d'une analyse équitable et indépendante des allégations portées contre lui, ce à quoi, en vertu de mon serment d'avocat, je ne peux me résigner en toute équité.

En tant qu'avocat, je dois respecter mon propre serment.

Nous utilisons souvent l'expression «auxiliaire de la Cour», et cela n'a habituellement pas de sens. Toutefois, en l'espèce, cela signifie quelque chose pour moi. J'ai prêté serment —

[...]

[...] je dis que la procédure suivie en l'espèce par la Cour a été inventée par le SCRS en opposition flagrante avec le bon sens et le régime législatif.

...

[. . .]

I don't see where there is not a judicial balancing act on the pieces of evidence that are supposed to be withheld. There is a presumption in the *Act* that disclosure will flow unless it is injurious to national security or others.

The Supreme Court of Canada has made it very clear what the test for that is. I have not been a participant in that test on any of the some 200 documents that are being withheld. I don't know how that is balanced. To balance that in secret and for me to pretend and second-guess and try to guess what the balance was and what the evidence is, I am not acting as a barrister. I am acting as decorum.

[68] Those comments of counsel did little to assist the Court other than to indicate his frustration. I have described the process followed in this case in considerable detail for the record. I believe this Court consistently followed the process provided by Parliament in paragraphs 40.1(4)(a), (b) and (c), and paragraphs 40.1(5.1)(b) and (d) of the 1985 Act as it then applied, a process now provided essentially by section 78 of the IRPA. In addition, the Court directed and heard testimony and cross-examination of Mike, as a representative of CSIS, and submissions related to that, and it issued directions including a highlighted supplementary summary and a list of "new" documents, all intended to clarify for Mr. Jaballah and his counsel, information upon which the opinion of the Ministers is based that they consider to be new in the sense that it was not before the Court in *Jaballah No. 1*. These proceedings, until March 2002, were concerned, apart from other preliminary issues, to clarify what information before the Court is said by the Ministers to be new and to ensure that Mr. Jaballah, as the person named in the Ministers' certificate, would have a reasonable opportunity to be heard in relation to their opinion and the information on which it is based.

[69] In the circumstances, I do not accept counsel's description that this Court has been used by CSIS as an investigative tool, or that reference by the Ministers in this case to information adduced in *Jaballah No. 1*

Je ne vois pas qu'il n'y ait une pondération judiciaire d'après les éléments de preuve qui sont censés être retenus. Il y a une présomption dans la loi selon laquelle la preuve doit être communiquée à moins qu'elle ne porte préjudice à la sécurité nationale ou à des personnes.

La Cour suprême du Canada a indiqué très clairement quel était le critère à cet égard. Je n'ai pas participé à l'application de ce critère pour l'un ou l'autre des quelque 200 documents qui sont retenus. Je ne sais pas comment cela a été pondéré. Les pondérer en secret et me demander de prétendre et d'essayer de deviner comment s'est faite cette pondération et quelle était la preuve, équivaut à me demander de ne pas agir comme un avocat, mais bien pour le décorum.

[68] Ces observations de l'avocat n'ont pas beaucoup aidé la Cour, sauf pour lui indiquer sa frustration. J'ai décrit la procédure suivie en l'espèce avec force détails pour les fins du dossier. Je crois que la présente Cour n'a jamais cessé de suivre la procédure prévue par le législateur aux alinéas 40.1(4)a, b) et c) ainsi qu'aux alinéas 40.1(5.1)b) et d) de la Loi de 1985, qui s'appliquait à l'époque, procédure qui est maintenant énoncée essentiellement à l'article 78 de la LIPR. En outre, la Cour a ordonné et entendu le témoignage et le contre-interrogatoire de Mike, représentant du SCRS, ainsi que les observations qui s'y rapportaient, et elle a donné des instructions, notamment un résumé supplémentaire avec des passages mis en évidence et une liste de «nouveaux documents», qui avaient tous pour but de préciser pour le compte de M. Jaballah et son avocat les renseignements sur lesquels l'avis des ministres se fonde et qu'ils considéraient comme nouveaux puisque la Cour n'en était pas saisie dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Jusqu'en mars 2002, la présente instance avait pour but, outre d'autres questions préliminaires, de préciser quels étaient les renseignements dont était saisie la Cour et que les ministres disaient nouveaux et de s'assurer que M. Jaballah, personne nommée dans le certificat des ministres, puisse avoir une possibilité raisonnable d'être entendu en rapport avec leur avis et les renseignements sur lesquels cet avis se fondait.

[69] Dans les circonstances, je n'accepte pas la position de l'avocat selon laquelle la présente Cour a été utilisée par le SCRS comme un outil d'enquête, ni que la référence en l'espèce par les ministres à des

indicates that the earlier proceedings before Cullen J. were simply an investigation leading to this proceeding. As for counsel's concern about disclosure, as I read the applicable legislation there is a clear exception to the principle that information provided to the Court by the Ministers is to be disclosed to the person concerned, and that is where the Court, pursuant to paragraphs 40.1(4)(a) and (b) or subsection 40.1(5.1) of the 1985 Act, now paragraph 78(g) of the IRPA, determines, in the absence of the person named in the certificate and his or her counsel, that the information should not be disclosed on the grounds that disclosure would be injurious to national security or to the safety of persons. Having followed the statutory provisions and taken special steps with assistance of counsel for the Ministers, to identify what the applicants consider to be new information, this Court does not accept the condemnation of these proceedings by Mr. Jaballah's counsel. I do acknowledge that under the IRPA a person who is the subject of the Ministers' certificate and his or her counsel may not see the information relied upon by the Ministers, an invidious position but one provided by Act of Parliament.

renseignements produits dans l'affaire *Jaballah n° 1* indique que l'instance antérieure qui s'est déroulée devant le juge Cullen était simplement une enquête menant à la tenue de la présente instance. Pour ce qui est des préoccupations de l'avocat concernant la communication de renseignements, selon mon interprétation des dispositions législatives applicables, il existe une exception claire au principe selon lequel les renseignements fournis à la Cour par les ministres doivent être communiqués à la personne concernée, savoir lorsque la Cour, aux termes des alinéas 40.1(4)a) et b) ou du paragraphe 40.1(5.1) de la Loi de 1985, maintenant l'alinéa 78g) de la LIPR, détermine, en l'absence de la personne nommée dans le certificat et de son avocat, que les renseignements ne devraient pas être divulgués au motif que cette divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ayant respecté les dispositions législatives et pris des mesures spéciales, avec le concours des avocats des ministres, pour préciser ce que les demandeurs considèrent comme de nouveaux renseignements, la Cour n'accepte pas la condamnation de la présente instance par l'avocat de M. Jaballah. Je reconnais qu'en vertu de la LIPR une personne qui fait l'objet du certificat des ministres et son avocat peuvent ne pas avoir accès aux renseignements sur lesquels s'appuient les ministres, position injuste peut-être, mais néanmoins prévue dans une loi fédérale.

11. THE REASONABLENESS OF THE CERTIFICATE OF THE MINISTERS

- (a) The test for assessing what information is new

[70] No submissions were made on behalf of or by Mr. Jaballah concerning the appropriate test for considering what information is new, or about the effective date for that test, or about the implications of the Ministers' view that information before the Court in *Jaballah No. 1* should now be reconsidered in the new light shed upon it by new information. With no submissions on behalf of Mr. Jaballah, I did not request specific submissions from counsel for the applicants in regard to the test for identifying new information. Thus the following discussion of the appropriate test to apply in this case evolved without specific advice or submissions of counsel for either party.

11. LE CARACTÈRE RAISONNABLE DU CERTIFICAT DES MINISTRES

- a) Le critère utilisé pour évaluer les nouveaux renseignements

[70] Aucune observation n'a été faite au nom de M. Jaballah ou par lui-même concernant le critère qu'il convient d'utiliser pour évaluer quels renseignements sont nouveaux, au sujet de la date d'entrée en vigueur de ce critère, ou au sujet des implications de l'avis des ministres selon lequel les renseignements dont était saisie la Cour dans l'affaire *Jaballah n° 1* devraient maintenant être réexaminés sous l'éclairage nouveau que donnent les nouveaux renseignements. Ne disposant d'aucune observation déposée au nom de M. Jaballah, je n'ai pas demandé aux avocats des demandeurs d'observations précises concernant le critère à utiliser pour identifier les nouveaux renseignements. L'analyse qui suit sur le

[71] By subsection 80(1) of the IRPA, I am to determine whether the certificate of the Ministers is reasonable on the basis of the evidence and information available to the Court, including that produced to Mr. Jaballah, and that filed but withheld from release to him on security grounds. For that determination, the Court may consider information that in its opinion is appropriate, even if that is inadmissible as evidence in ordinary civil or criminal proceedings, and the decision may be based on that information (paragraph 78(j) of the IRPA). In sum, the Court is not bound by traditional rules of evidence and the designated judge makes her or his determination on the information and evidence filed in the Court upon which the certificate is said to be based.

[72] The determination required is not a question of fact in the ordinary sense but rather it is an assessment of the reasonableness of the certified opinion made in the exercise of ministerial discretion, in light of the information on which the opinion is based. While that seems obvious and is in accord with the statute, in the case where a second security certificate of the same opinion is issued after one has been quashed, this Court accepts that the principles of *res judicata*, of issue or cause of action estoppel, or of abuse of process, may be applicable. Information simply repeated, without any significant change from the proceedings in *Jaballah No. 1*, should not now be reassessed in considering the reasonableness of the Ministers' second certified opinion, in my view. If there is no new information the principle of *res judicata* or of abuse of process would apply to preclude a different determination from that reached in *Jaballah No. 1*.

[73] Section 40.1 of the 1985 Act contained no provision for a second certified opinion of the Ministers to be filed concerning one person, after a first opinion

critère qu'il convient d'appliquer à l'espèce a donc été construite sans l'avis ou les observations précises d'aucun des avocats des parties.

[71] Aux termes du paragraphe 80(1) de la LIPR, je dois déterminer si le certificat du ministre est raisonnable en me fondant sur la preuve et les renseignements dont la Cour est saisie, notamment ceux qui ont été communiqués à M. Jaballah, et ceux qui ont été déposés mais ne lui ont pas été communiqués pour des motifs de sécurité. Pour parvenir à cette décision, la Cour peut examiner les renseignements qui à son avis sont appropriés, même s'ils ne sont pas admissibles en preuve dans une poursuite civile ou criminelle ordinaire, et la décision peut se fonder sur ces renseignements (alinéa 78j) de la LIPR). En résumé, la Cour n'est pas liée par les règles traditionnelles de preuve et le juge désigné prend sa décision en s'appuyant sur les renseignements et la preuve déposés en Cour et sur lesquels le certificat est fondé.

[72] La décision à prendre n'est pas une question de fait dans le sens ordinaire des mots, mais plutôt une évaluation du caractère raisonnable de l'avis certifié qui a été pris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des ministres, au vu des renseignements sur lesquels l'avis est fondé. Bien que cela semble manifeste et tout à fait conforme à la Loi, dans le cas où un deuxième certificat de sécurité exprimant le même avis est délivré après que le premier a été annulé, la présente Cour accepte que les principes de l'autorité de la chose jugée, de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige ou de l'abus de procédure, puissent s'appliquer. La simple répétition de renseignements, n'apportant aucun changement significatif depuis la fin des procédures dans l'affaire *Jaballah n° 1*, ne devrait pas mener à la réévaluation de ces renseignements en vue de déterminer le caractère raisonnable du deuxième avis certifié des ministres, à mon avis. S'il n'y a pas de nouveau renseignement, l'autorité de la chose jugée ou le principe de l'abus de procédure s'appliquerait pour empêcher que soit prise une décision différente de celle qui a été rendue dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

[73] L'article 40.1 de la Loi de 1985 ne renfermait aucune disposition prévoyant qu'un deuxième avis certifié des ministres puisse être déposé concernant la

has been found unreasonable, and similarly, section 77 of the IRPA contains no such provision. Nevertheless, in my opinion, express authorization to file a second certified opinion is not required. These proceedings are exceptional, designed as they are to provide for dealing with cases where interests of national security, *inter alia*, arise as a result of the background or activities of non-Canadians who seek admission to Canada. In my opinion, that exceptional process is not subject to the principle that parties to litigation are limited to bring one proceeding, at least where new evidence or information is presented.

[74] If it were otherwise, the continuing security interests of the state, assessed and re-assessed on the basis of a mosaic of information gathered from various sources over time, might be compromised. The interests of the individual, the interests of fairness of process and the avoidance of its abuse are served by applying, as in the case of regular judicial proceedings, the principles of *res judicata*, of issue and cause of action estoppel, and of abuse of process.

[75] By analogy to regular civil judicial proceedings, it seems appropriate to assess “new information” in any second proceeding by reference to the rules and jurisprudence concerning the reception of fresh evidence to consider varying a matter that has already been determined, or to propose a new trial for a matter decided.

[76] The principle underlying subsection 399(2) of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], which provides for the setting aside or variance of an order “by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order”, in my view, is appropriate by analogy to apply in this case to assess what is new evidence. Admittedly, there is no motion before the Court to set aside or vary the order made by Mr. Justice Cullen in *Jaballah No. 1*.

[77] In *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 983, Mr. Justice Major, in

même personne, après qu’un premier avis eut été trouvé déraisonnable et, de même, l’article 77 de la LIPR ne contient aucune disposition de ce genre. Néanmoins, à mon avis, l’autorisation expresse de déposer un deuxième avis certifié n’est pas obligatoire. Ces instances sont exceptionnelles, elles sont conçues pour traiter de cas où les intérêts de la sécurité nationale, notamment, entrent en jeu du fait des antécédents ou des activités de non-canadiens qui demandent l’admission au Canada. À mon avis, cette procédure exceptionnelle n’est pas assujettie au principe selon lequel les parties à un litige ne peuvent intenter qu’une seule instance, du moins lorsqu’une nouvelle preuve ou de nouveaux renseignements sont présentés.

[74] S’il en était autrement, les intérêts permanents de la sécurité de l’État, évalués et réévalués sur la foi d’un ensemble de renseignements recueillis de diverses sources, pourraient être compromis. Les intérêts de la personne, les intérêts de l’équité procédurale et les efforts pour éviter qu’on en abuse sont bien servis si l’on applique, comme dans le cas des procédures judiciaires ordinaires, les principes de l’autorité de la chose jugée, de l’irrecevabilité résultant de l’identité des questions en litige et de l’abus de procédure.

[75] Par analogie avec les procédures judiciaires civiles ordinaires, il semble approprié d’évaluer les «nouveaux renseignements» dans une deuxième instance en faisant référence aux règles et à la jurisprudence concernant la réception d’une nouvelle preuve en vue d’évaluer s’il y a lieu de modifier une question déjà décidée, ou de proposer la tenue d’un nouveau procès sur une question déjà tranchée.

[76] Le principe qui sous-tend le paragraphe 399(2) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], qui prévoit l’annulation ou la modification d’une ordonnance lorsque «des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l’ordonnance a été rendue», peut à mon avis s’appliquer par analogie en l’espèce afin d’évaluer quelle est la nouvelle preuve. Il est vrai que la Cour n’est saisie d’aucune requête visant à annuler ou à modifier l’ordonnance rendue par le juge Cullen dans l’affaire *Jaballah n° 1*.

[77] Dans l’arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 983, le juge

upholding the decision of a trial judge not to reopen a trial, confirmed that the appropriate test for determining whether new evidence warrants a new trial is whether evidence discovered after trial, if presented at trial would probably have changed the result and whether the evidence could have been obtained before completion of trial by the exercise of reasonable diligence. Further, Major J. quoted [at paragraph 63] the following comments of Lord Denning in *Ladd v. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.) [at page 1491]:

To justify the reception of fresh evidence or a new trial, three conditions must be fulfilled: first, it must be shown that the evidence could not have been obtained with reasonable diligence for use at the trial; secondly, the evidence must be such that, if given, it would probably have an important influence on the result of the case, though it need not be decisive; thirdly, the evidence must be such as is presumably to be believed, or in other words, it must be apparently credible, though it need not be incontrovertible.

[78] Those same principles, and in particular that the new evidence would probably have an important influence on the result of the case, were adopted by Mr. Justice Teitelbaum of this Court in considering judicial review of a decision by the Veterans Review and Appeal Board in *Mackay v. Canada (Attorney General)* (1997), 129 F.T.R. 286 (F.C.T.D.), at paragraphs 26-27.

[79] In my opinion, applying by analogy these principles, concerning the admission of new evidence after a matter has been determined, would lead to the following standard or test as appropriate for what should here be considered new information.

(i) Relevant information that came into existence or came to the knowledge of the applicant Ministers after November 1, 1999, when proceedings concerning the first certified opinion terminated with the decision in *Jaballah No. 1*, is new information.

Thus, information that was before the Court by testimony or otherwise in that case, or which was

Major, en maintenant la décision du juge de première instance de ne pas rouvrir le procès, a confirmé que le critère approprié pour déterminer si une nouvelle preuve justifie un nouveau procès est de savoir si la preuve découverte après le procès, si elle était présentée, aurait vraisemblablement modifié le résultat et si la preuve aurait pu être obtenue avant que le procès prenne fin en faisant preuve d'une diligence raisonnable. En outre, le juge Major a cité [au paragraphe 63] les observations suivantes de lord Denning dans l'arrêt *Ladd c. Marshall*, [1954] 1 W.L.R. 1489 (C.A.) [à la page 1491]:

[TRADUCTION] Trois conditions doivent être remplies pour justifier la réception d'un nouvel élément de preuve ou la tenue d'un nouveau procès. Premièrement, il faut démontrer qu'il n'aurait pas été possible en faisant preuve de diligence raisonnable d'obtenir l'élément de preuve pour le procès. Deuxièmement, il doit s'agir d'un élément de preuve qui, s'il était présenté, aurait probablement une influence importante sur l'issue de l'affaire; il n'est pas nécessaire toutefois qu'il soit déterminant. Troisièmement, l'élément de preuve doit pouvoir être présumé crédible ou, autrement dit, il doit être apparemment crédible, bien qu'il n'ait pas à être irréfutable.

[78] Ces mêmes principes, et en particulier celui selon lequel la nouvelle preuve aurait probablement eu une influence importante sur l'issue de l'affaire, ont été adoptés par le juge Teitelbaum, de la présente Cour, dans un contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des anciens combattants (révision et appel) dans l'affaire *Mackay c. Canada (Procureur général)* (1997), 129 F.T.R. 286 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 26 et 27.

[79] À mon avis, l'application par analogie de ces principes, au sujet de la réception d'une nouvelle preuve après qu'une affaire a été décidée, mènerait à ce que la norme ou le critère suivant soit considéré comme adéquat pour ce qui devrait en l'espèce être reconnu comme des renseignements nouveaux.

(i) Les renseignements pertinents qui ont été découverts ou qui ont été portés à la connaissance des ministres demandeurs après le 1^{er} novembre 1999, quand la première instance concernant le premier avis certifié s'est terminée par la décision prise dans l'affaire *Jaballah n° 1*, constituent des nouveaux renseignements.

Ainsi, les renseignements qui ont été portés à la connaissance de la Cour au cours des témoignages

then available to the Ministers but not adduced before Mr. Justice Cullen, is not considered new information for this hearing and determination.

(ii) "Partially new information" obtained by the Ministers after November 1, 1999, which is relevant and sheds new light on information known or reasonably obtainable before that date if the totality of the information, the new and the related information from *Jaballah No. 1*, provides a different or fuller understanding of the circumstances, may have weight depending upon findings of Cullen J. in that case.

For example, new information about the role and activities of persons or offices active in Al Jihad, with whom it is believed Mr. Jaballah had contact, may be given weight unless the findings of Mr. Justice Cullen specifically concluded that contact was not established. The principal ground for the decision in *Jaballah No. 1* was Mr. Justice Cullen's assessment that the evidence adduced from and on behalf of Mr. Jaballah was credible, a general finding. That includes Mr. Jaballah's evidence that he did not know certain persons whose names were put to him. It also includes his admission that he did have contact with certain others and in particular with the London offices of an organization, now said to be a front for AJ and Al Qaida.

[80] I turn to assessing the information before the Court, first the information on the public record that I consider to be new, and second, the partially new information shedding new light on earlier known information, that was not before the Court or available to the Ministers before the decision in *Jaballah No. 1*.

ou autrement dans cette affaire, ou qui étaient alors à la disposition des ministres, mais qui n'ont pas été déposés devant le juge Cullen, ne peuvent être considérés comme des renseignements nouveaux pour les fins de la présente audience et de la présente décision.

(ii) «Les renseignements partiellement nouveaux» obtenus par le ministre après le 1^{er} novembre 1999, qui sont pertinents et qui jettent un éclairage nouveau sur les renseignements connus ou qui pouvaient raisonnablement être obtenus avant cette date, si la totalité des renseignements, soit les nouveaux renseignements et les renseignements liés à l'affaire *Jaballah n° 1*, permet de comprendre différemment ou de façon plus complète les circonstances, peuvent avoir de l'importance selon les conclusions du juge Cullen dans cette affaire.

Par exemple, de nouveaux renseignements au sujet du rôle et des activités de personnes ou de bureaux participant activement au groupe Al Jihad, avec qui on croit que M. Jaballah a eu des contacts, peuvent avoir de l'importance à moins que le juge Cullen n'ait conclu précisément que la preuve des contacts n'a pas été faite. Le principal motif de la décision dans l'affaire *Jaballah n° 1* reposait sur l'évaluation du juge Cullen selon laquelle la preuve produite par M. Jaballah et au nom de celui-ci était digne de foi, ce qui est une conclusion générale. Ceci inclut le témoignage de M. Jaballah dans lequel il affirme qu'il ne connaissait pas certaines des personnes dont les noms lui ont été mentionnés. Cela inclut également son aveu indiquant qu'il a eu des contacts avec certaines autres personnes et en particulier avec les bureaux de Londres d'un organisme que l'on dit maintenant être une façade pour AJ et Al-Qaïda.

[80] Je vais maintenant évaluer les renseignements dont la Cour est saisie, tout d'abord les renseignements figurant dans le dossier public que je considère comme nouveaux, et deuxièmement, les renseignements partiellement nouveaux qui jettent un éclairage nouveau sur des renseignements déjà connus, dont la Cour n'était pas saisie ou qui n'étaient pas à la disposition des ministres avant la décision dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

(b) INFORMATION NEW TO THE MINISTERS
AFTER NOVEMBER 1, 1999

[81] There is information before this Court, which reached the Ministers after November 1, 1999, when the first certificate was quashed by order of Cullen J., and which is included in the public record made available to Mr. Jaballah in the summary statement and documents provided in August 2001, in the testimony of Mike and in the supplementary summary statement issued with directions of the Court on February 5, 2002.

[82] This information concerns the following matters of significance.

(1) An Interpol notice, published July 13, 1999, which reached CSIS, acting for the Solicitor General, only on November 29, 1999, concerning an individual identified as Mahmoud Said, also known as Mahmoud Al Sayed Gaballah Said, who was wanted by the Government of Egypt under a warrant alleging that he was a member of a terrorist organization responsible for planning and logistics, the supply of weapons and explosives to, and the escape of, active terrorists. In August 2000 CSIS was provided with a certified comparison by an RCMP expert, of fingerprints taken in 1996 by Immigration Canada on his arrival in Canada of Mahmoud Es-Sayyid Jaballah, the respondent, and prints provided by the Government of Egypt to Interpol for its July 1999 notice. That certified comparison indicates that both sets of fingerprints are those of the same person. Absent any explanation, the clear inference is that Mr. Jaballah is the person whose fingerprints were circulated with the Interpol notice and further, that Mr. Jaballah is the person subject to a warrant for arrest in Egypt, though the Interpol notice is said to concern a person under another name. Mr. Jaballah did not respond to this information, although I note this notice was apparently relied upon as one basis for his application for protection in July 2002, at least as referred to in correspondence from his counsel.

(2) Information received since November 1999 reports that Mr. Jaballah spent some time in 1993-94 in

b) LES NOUVEAUX RENSEIGNEMENTS
FOURNIS AUX MINISTRES APRÈS LE 1^{er}
NOVEMBRE 1999

[81] La présente Cour est saisie de renseignements qui ont été communiqués aux ministres après le 1^{er} novembre 1999, date à laquelle la première attestation a été annulée aux termes de l'ordonnance du juge Cullen, et qui sont versés dans le dossier public qui a été fourni à M. Jaballah, dans le résumé et les documents qui lui ont été remis en août 2001, dans le témoignage de Mike et dans le résumé supplémentaire qui lui a été remis sur instruction de la Cour le 5 février 2002.

[82] Ces renseignements concernent les questions importantes suivantes:

1) Un avis d'Interpol, publié le 13 juillet 1999, qui est parvenu au SCRS, agissant pour le compte du solliciteur général, le 29 novembre 1999 seulement, au sujet d'une personne identifiée comme étant Mahmoud Said, également connue sous le nom de Mahmoud Al Sayed Gaballah Said, qui était recherchée par le gouvernement égyptien en vertu d'un mandat alléguant qu'il était membre d'une organisation terroriste responsable de la planification et de la logistique, de la fourniture d'armes et d'explosifs et de l'évasion de terroristes actifs. En août 2000, le SCRS a reçu une comparaison certifiée par un expert de la GRC des empreintes digitales prises en 1996 par Immigration Canada à son arrivée au Canada, de Mahmoud Es-Sayyid Jaballah, le défendeur, et des empreintes fournies par le gouvernement égyptien à Interpol pour son avis de juillet 1999. Cette comparaison certifiée indique que les deux séries d'empreintes digitales appartiennent à la même personne. En l'absence de toute explication, il s'ensuit manifestement que M. Jaballah est la personne dont les empreintes digitales ont été communiquées en même temps que l'avis d'Interpol et en outre que M. Jaballah est la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrestation en Égypte, bien que l'avis d'Interpol mentionne qu'il s'agit d'une personne répondant à un autre nom. M. Jaballah n'a pas répondu à ces renseignements, mais je note que cet avis a apparemment été mentionné comme l'un des fondements de sa demande de protection en juillet 2002, du moins c'est ce qui ressort de la correspondance de son avocat.

2) Les renseignements reçus depuis les rapports de novembre 1999 selon lesquels M. Jaballah a passé

Afghanistan, a country he denied having visited when he testified in *Jaballah No. 1*. Mr. Jaballah did not respond to this information that he had been in Afghanistan.

(3) Information arose from the arrest of Mohamed Zeki Mahjoub, a person arrested in 2000 under section 40.1 of the 1985 Act, and found by Mr. Justice Nadon, in 2001, to be subject to a security certificate which was held to be reasonable in that case. Mr. Mahjoub was described by Mike, in his testimony before me, to be an AJ operative with the militant faction known as Vanguard of Conquest and also a member of the Shura Council or governing body of AJ. When arrested in 2000, Mr. Mahjoub had in his possession a paper with a name that he acknowledged referred to Mr. Jaballah and which also had written on it the telephone number of Mr. Jaballah. In this proceeding Mr. Jaballah's response to this information, at the hearing in March following withdrawal of his counsel, was that he "had nothing to say" about this.

(4) Information was received by the Ministers about use of a post office box rented in Toronto by Mr. Jaballah in another name, which box was disclosed by Mr. Jaballah himself in the course of his testimony in *Jaballah No. 1*. Then he said the box had been rented to provide an anonymous box to which his family in Egypt could communicate without indicating his whereabouts, but the box had not been used. Information now available to the Ministers is that correspondence intended for Mr. Jaballah from sources in Canada and abroad had been received at that box on a number of occasions up to June 1999. In testifying about this, Mike described the evidence of use as "physical evidence". In response to this Mr. Jaballah, in brief testimony through an interpreter after his counsel had withdrawn in this proceeding, said only the "mailing box . . . was in fact not used, and that was evidence in the first hearing".

quelque temps en 1993 et 1994 en Afghanistan, pays qu'il a nié avoir visité quand il a témoigné dans l'affaire *Jaballah n° 1*. M. Jaballah n'a pas réfuté ces renseignements indiquant qu'il s'était déjà rendu en Afghanistan.

3) Des renseignements ont découlé de l'arrestation de Mohamed Zeki Mahjoub, qui a été arrêté en 2000 en vertu de l'article 40.1 de la Loi de 1985, et qui a fait l'objet d'une attestation de sécurité que le juge Nadon, en 2001, a jugé raisonnable. M. Mahjoub a été décrit par Mike, dans le témoignage qu'il a donné devant moi, comme étant un agent secret de AJ œuvrant au sein de la faction militante connue sous le nom de l'Avant-garde de la conquête, et également comme un membre du Conseil Shura qui est l'organe dirigeant de AJ. Au moment de son arrestation en 2000, M. Mahjoub avait en sa possession un papier portant un nom qu'il a reconnu comme faisant référence à M. Jaballah et qui mentionnait le numéro de téléphone de M. Jaballah. Dans la présente instance, M. Jaballah a répondu à ces renseignements, à l'audience de mars qui a suivi le dessaisissement de son avocat, en indiquant qu'il [TRADUCTION] «n'avait rien à dire» à ce sujet.

4) Des renseignements ont été reçus par les ministres au sujet de l'utilisation d'une case postale louée à Toronto par M. Jaballah sous un autre nom, dont l'existence a été révélée par M. Jaballah lui-même dans le cours de son témoignage dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Il a ensuite dit que la case postale avait été louée afin de servir de boîte anonyme pour que sa famille en Égypte puisse communiquer avec lui sans indiquer où il se trouvait, mais que la case postale n'avait pas été utilisée. Des renseignements maintenant à la disposition des ministres indiquent que des lettres adressées à M. Jaballah de sources canadiennes et étrangères avaient été reçues dans cette case postale à plusieurs reprises jusqu'en juin 1999. Dans son témoignage à ce sujet, Mike a décrit la preuve de l'utilisation comme étant une «preuve matérielle». En réponse à cela, M. Jaballah, dans un bref témoignage donné par l'intermédiaire d'un interprète après que son avocat se fut retiré de la présente procédure, a simplement dit ceci: [TRADUCTION] «la case postale [. . .] n'était en fait pas utilisée, et cela faisait déjà partie de la preuve dans la première affaire».

(5) A second matter concerning Mr. Jaballah's post office box is that, while there is no information about its use from another identified potential correspondent, Mike testified that Khalil Said Deek, a member of the information committee of AJ, and believed to be an active operative in Osama bin Laden's Al Qaida, when arrested in Pakistan and deported to Jordan, in December 1999, possessed a computer disk which contained, as a contact for AJ's publications, the address of Mr. Jaballah's post office box in Toronto. Mr. Jaballah did not respond to this information.

(c) INFORMATION PARTLY NEW TO THE
MINISTERS IN 2001

[83] In addition, the applicant Ministers have much new information about AJ and Al Qaida operations and the activities of a number of their leaders. It is primarily the new information in respect of these matters that is said by the applicant Ministers to cast new light and understanding on information that may have been available to them prior to November 1, 1999, about those people, their activities and their relationship to Mr. Jaballah. This information, which I describe, for purposes of these reasons, as "partially new" information, concerns:

(1) The place and role of Ayman Al Zawaheri, as leader of the AJ, in the integration of AJ operations with Al Qaida, and as a principal aide to Osama bin Laden. Mr. Jaballah is believed to have had contact with Al Zawaheri while in Yemen or Pakistan;

(2) The status of Ibrahim Eidarous and Abdel Al Bari as senior operatives of AJ and Al Qaida in London, both persons with whom Mr. Jaballah is believed to have had contact by telephone in the summer of 1998, and of their roles in claiming responsibility of AJ for the bombing of United States embassies in Kenya and Tanzania in August 1998. While these hearings continued, at least into the early months of 2002, both these men had been in detention, involved in ongoing judicial proceedings,

5) La deuxième question concernant la case postale de M. Jaballah est la suivante: bien qu'il n'y ait pas de renseignements concernant son utilisation d'un autre correspondant potentiel identifié, Mike a déclaré dans son témoignage que Khalil Said Deek, membre du comité d'information de AJ, et que l'on croit être un agent secret actif de l'organisation de Osama ben Laden, Al-Qaïda, quand il a été arrêté au Pakistan et qu'il a été expulsé vers la Jordanie, en décembre 1999, avait en sa possession un disque d'ordinateur qui indiquait, comme contact pour les publications d'AJ, l'adresse de la case postale de M. Jaballah à Toronto. M. Jaballah n'a pas répondu à cette information.

c) LES RENSEIGNEMENTS PARTIELLE-
MENT NOUVEAUX FOURNIS AUX
MINISTRES EN 2001

[83] En outre, les ministres demandeurs disposent de nombreux nouveaux renseignements au sujet des opérations d'AJ et d'Al-Qaïda et des activités d'un certain nombre de leurs dirigeants. Ce sont principalement les nouveaux renseignements ayant trait à ces questions qui, d'après les ministres demandeurs, jettent un éclairage nouveau et font mieux comprendre les renseignements qui leur avaient été communiqués avant le 1^{er} novembre 1999, au sujet de ces personnes, de leurs activités et de leurs relations avec M. Jaballah. Ces renseignements, que j'ai décrits pour les fins des présents motifs comme étant «partiellement nouveaux» concernent les faits suivants:

1) la place et le rôle d'Ayman Al Zawaheri, en tant que dirigeant d'AJ, dans l'intégration des opérations d'AJ avec Al-Qaïda, et en tant qu'aide principal d'Osama ben Laden. On croit que M. Jaballah aurait eu des contacts avec Al Zawaheri pendant qu'il se trouvait au Yémen ou au Pakistan;

2) le statut d'Ibrahim Eidarous et d'Abdel Al Bari en tant qu'agents secrets principaux d'AJ et d'Al-Qaïda à Londres, deux personnes avec qui on croit que M. Jaballah a eu des contacts téléphoniques à l'été de 1998, et leur rôle dans la revendication de la responsabilité d'AJ pour les attentats à la bombe dans les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie en août 1998. Pendant que ces audiences se poursuivaient, du moins jusque dans les premiers mois de 2002, ces deux

in England, and subject to a request for extradition from there to answer to indictments in the United States for their parts in the embassy bombings in 1998 in East Africa;

(3) Kassun Daher, a Canadian citizen and member of an extremist organization based in Lebanon, was arrested in February 2000, and is held in detention in Lebanon. In *Jaballah No. 1*, Mr. Jaballah's contacts with Daher in Canada and with others here, who were believed to be involved with AJ activities, were explored, but he then acknowledged limited contacts but denied knowledge of any terrorist activities of Daher and the others. Daher's involvement in those activities was only fully understood by CSIS on information from elsewhere following Daher's arrest. Mr. Jaballah's contacts with Daher in Canada and after Daher left Canada give rise to concern on the part of CSIS;

(4) The role of Thirwat Salah Shehata whom Mr. Jaballah acknowledged, in testimony in *Jaballah No. 1*, he had once known as his lawyer in Egypt in the 1980s. Information new to the Ministers indicates Shehata is a leader of the AJ and of Al Qaida, for a time he was one of a committee of three leading AJ, head of its security committee and a member of its governing body, the Majlis Shura. While Mr. Jaballah claimed ignorance of Shehata's activities, there is new information of a close relationship between the two men including contact on behalf of Mr. Jaballah with Shehata in Yemen or Pakistan;

(5) The role of the AJ-Al Qaida centres in Baku, Azerbaijan, and in London, England, particularly their roles as communications centres in relation to the bombings of United States' embassies in East Africa in August 1998, and new information about AJ's internal security operations is such that it is believed anyone in contact with those centres would be a part of the larger AJ operations. Mr. Jaballah is said, from his own

hommes étaient détenus, faisaient l'objet de procédures judiciaires, en Angleterre, ainsi que d'une demande d'extradition pour faire face à des accusations aux États-Unis pour le rôle qu'ils ont joué dans les attentats à la bombe dans les ambassades américaines en 1998 en Afrique de l'Est;

3) Kassun Daher, citoyen canadien et membre d'une organisation extrémiste basée au Liban, a été arrêté en février 2000, et est en détention au Liban. Dans l'affaire *Jaballah n° 1*, les contacts de M. Jaballah avec Daher au Canada et avec d'autres personnes qui se trouvent ici, et dont on croit qu'elles participent aux activités d'AJ, ont été explorés, mais il a ensuite reconnu qu'il avait eu des contacts limités, puis nié qu'il était au courant des activités terroristes de Daher et des autres. La participation de Daher à ces activités n'a été complètement comprise par le SCRS que lorsque celui-ci a obtenu des renseignements d'une autre source à la suite de l'arrestation de Daher. Les contacts de M. Jaballah avec Daher au Canada et après que celui-ci eut quitté le Canada sont à l'origine des préoccupations du SCRS à cet égard;

4) le rôle de Thirwat Salah Shehata dont M. Jaballah a reconnu, au cours de son témoignage dans l'affaire *Jaballah n° 1*, qu'il le connaissait puisqu'il était son avocat en Égypte dans les années 1980. Les nouveaux renseignements communiqués aux ministres indiquent que Shehata est un dirigeant d'AJ et d'Al-Qaïda, qu'il a été pendant un certain temps membre d'un comité de trois personnes dirigeant AJ, le chef de son comité de sécurité et un membre de son organe dirigeant, le Majlis Shura. Bien que M. Jaballah prétende ignorer les activités de Shehata, de nouveaux renseignements indiquent qu'il y avait des liens étroits entre les deux hommes, notamment des contacts au nom de M. Jaballah avec Shehata au Yémen ou au Pakistan;

5) le rôle des centres d'AJ-Al-Qaïda à Bakou, en Azerbaïdjan et à Londres, en Angleterre, et plus particulièrement leur rôle en tant que centres de communication en ce qui a trait aux attentats à la bombe dans les ambassades américaines en Afrique de l'Est en août 1998, et les nouveaux renseignements au sujet des opérations de sécurité interne d'AJ sont tels que l'on croit que toute personne qui est en contact avec ces

testimony in *Jaballah No. 1*, to have had contact with the London office of the International Office for the Defence of the Egyptian People (the IODEP), perhaps some 20 times in the summer of 1998, seeking information in support of his refugee claim in Canada or other general information. That office was located at the address of AJ operations in London, operated, it appears from partially new information, under supervision of Eidirous and Al Bari at the time of Jaballah's contacts with London in 1998. It is believed that office was a cover for AJ operations in London and it was implicated as a communications centre for activities related to the conspiracy for bombing of U.S. embassies in Kenya and Tanzania in 1998.

[84] Very little of this partially new information makes specific reference to the respondent, Mr. Jaballah. At the hearings before Mr. Justice Cullen, Mr. Jaballah's evidence was that his contacts with any of the persons here referred to, or with the London office of the IODEP, were made without his knowledge of any terrorist activities or similar involvement of these persons or of the London office. It is the view of the Ministers in light of the partially new information that anyone in contact with Messrs. Al Zawaheri, Eidirous, Al Bari, Shehata, Daher, and with the London office of the IODEP, as Mr. Jaballah is believed to have been, and as he admits in some respects, would be involved with the extremist organizations with which those persons and that office were known to be associated. That perception is based in part on new information about AJ and Al Qaida operations carried on through local cells, with contacts limited to a few key persons, for reasons of internal security of those operations.

[85] There is no response by or on behalf of Mr. Jaballah to the perception of the Ministers, arising from his contacts with known AJ operatives and from the new information concerning the activities and the methods of AJ operations, that he has been involved in AJ

centres aurait pris part aux opérations de grande envergure d'AJ. D'après son propre témoignage dans l'affaire *Jaballah n° 1*, M. Jaballah aurait été en contact avec le bureau de Londres du bureau international pour la défense du peuple égyptien (le BIDPE), peut-être à quelque 20 reprises à l'été de 1998, afin d'obtenir des renseignements à l'appui de sa revendication du statut de réfugié au Canada ou d'autres renseignements généraux. Ce bureau est situé à l'adresse même d'où AJ opérerait à Londres, à ce qu'il ressort des renseignements partiellement nouveaux, sous la supervision d'Eidirous et d'Al Bari au moment des contacts de Jaballah avec Londres en 1998. On croit que ce bureau était une couverture pour les opérations d'AJ à Londres et qu'il servait de centre de communication pour les activités ayant trait au complot qui a mené aux attentats à la bombe dans les ambassades américaines au Kenya et en Tanzanie en 1998.

[84] Très peu de ces renseignements partiellement nouveaux font précisément référence au défendeur, M. Jaballah. Au cours des audiences qui se sont tenues devant le juge Cullen, M. Jaballah a déclaré dans son témoignage que ses contacts avec l'une ou l'autre des personnes qui ont été mentionnées ici, ou avec le bureau de Londres du BIDPE, ont eu lieu sans qu'il soit au courant d'activités terroristes ou d'une participation semblable de ces personnes ou du bureau de Londres. De l'avis des ministres, au vu des renseignements partiellement nouveaux, toute personne en contact avec MM. Al Zawaheri, Eidirous, Al Bari, Shehata, Daher et avec le bureau de Londres du BIDPE, comme l'aurait été M. Jaballah, et il l'admet à certains égards, participerait à des organisations extrémistes avec lesquelles on savait que ces personnes et ce bureau étaient associés. Cette perception se fonde en partie sur les nouveaux renseignements au sujet des opérations d'AJ et d'Al-Qaïda qui ont été effectuées par des cellules locales, au moyen de contacts limités avec un petit nombre de personnes-clés, afin d'assurer la sécurité interne de ces opérations.

[85] Il n'y a eu aucune réponse de la part de M. Jaballah ou en son nom à l'égard de la perception des ministres, découlant de ses contacts avec des agents secrets d'AJ et des nouveaux renseignements concernant les activités et les méthodes d'opération d'AJ, voulant

operations before and after his arrival in Canada. Further, there is no response to or explanation of his contacts with those persons and with the London office of AJ apart from that in his testimony in *Jaballah No. 1*. That testimony was basically accepted by Mr. Justice Cullen as credible, but his decision was made with substantially less information before the Court than is now the case, particularly about AJ operations, their organization and methods to maintain internal security. The inference drawn and now strengthened by the new information is one adverse to Mr. Jaballah, that unless he was a senior AJ-Al Qaida operative, he could not have had contact with so many others who were senior members and active in those organizations.

(d) CONCLUSION CONCERNING NEW INFORMATION BEFORE THIS COURT

[86] I conclude there is new information before this Court that was not before the Court in *Jaballah No. 1*. Some of that information is significant in its direct implications for Mr. Jaballah, including the Interpol notice and the identification, by fingerprint comparison, of the person concerned in that notice as Mr. Jaballah, information that he had spent time in Afghanistan, the fact that his telephone number was found in Mr. Mahjoub's possession, the fact that his anonymously rented postal box had been used and that its address was found on a computer disk in the possession of an accused extremist detained in Jordan, and information that certain persons with whom Mr. Jaballah had contact were active operatives with senior responsibilities in AJ/Al Qaida, some of whom were involved in communications concerning the bombings in Kenya and Tanzania in 1998.

[87] That information, new to the Ministers and not before the Court in *Jaballah No. 1* is all on the public record in the summary statements and documents provided to Mr. Jaballah, and by testimony of Mike. The

qu'il ait participé à ces opérations d'AJ avant et après son arrivée au Canada. En outre, aucune réponse ou explication n'a été donnée concernant ses contacts avec ces personnes ou avec le bureau de Londres d'AJ, à l'exception de ce qu'il a dit dans son témoignage dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Le juge Cullen a accepté ce témoignage comme étant essentiellement digne de foi, mais sa décision a été prise alors qu'il disposait de beaucoup moins d'information que ce qui est le cas en l'espèce, particulièrement au sujet des opérations d'AJ, de leur organisation et des méthodes adoptées pour assurer la sécurité interne. L'inférence qui s'en dégage et qui est maintenant renforcée par les nouveaux renseignements est défavorable à M. Jaballah, et à moins qu'il ait été un agent secret principal d'AJ-Al-Qaïda, il ne pouvait avoir des contacts avec autant d'autres personnes qui étaient des membres importants et actifs au sein de ces organisations.

d) LA CONCLUSION CONCERNANT LES NOUVEAUX RENSEIGNEMENTS DONT LA PRÉSENTE COUR EST SAISIE

[86] Je conclus que la présente Cour est saisie de nouveaux renseignements qui n'étaient pas en possession de la Cour dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Certains de ces renseignements sont importants en raison de leurs implications directes pour M. Jaballah, notamment l'avis d'Interpol et l'identification, au moyen de la comparaison des empreintes digitales, de la personne désignée dans cet avis comme étant M. Jaballah, les renseignements indiquant qu'il s'est rendu en Afghanistan, le fait que son numéro de téléphone ait été retrouvé en possession de M. Mahjoub, le fait que la case postale qu'il a louée de façon anonyme a été utilisée et que son adresse se trouvait sur un disque d'ordinateur en possession d'un extrémiste accusé et détenu en Jordanie, et des renseignements indiquant que certaines personnes avec qui M. Jaballah a eu des contacts étaient des agents secrets actifs ayant des responsabilités importantes au sein d'AJ-Al-Qaïda, dont certaines de ces personnes ont été impliquées dans des communications concernant les attentats à la bombe au Kenya et en Tanzanie en 1998.

[87] Ces renseignements, qui étaient nouveaux pour les ministres et dont la Cour n'était pas saisie dans l'affaire *Jaballah n° 1*, figurent tous dans le dossier public, dans les résumés et les documents communiqués

decision in *Jaballah No. 1* was rendered without the additional new information now before the Court, not disclosed to Mr. Jaballah because of concern for national security or the safety of others, which relates to the contacts between Mr. Jaballah and others involved in AJ operations. That information, not on the public record, in part contradicts the evidence Mr. Jaballah gave in *Jaballah No. 1*, and it could only be ignored if there were persuasive explanation on his part, explanation which only Mr. Jaballah could provide, but which he declined to do.

[88] It is my opinion, considering only the public information that is before the Court that is new and significant, not ascertainable by the Ministers before November 1, 1999, that information, had it been available for the earlier proceedings, could well have led to a different conclusion in *Jaballah No. 1*. That conclusion is reinforced by other new information before the Court that was not made public but was withheld from Mr. Jaballah on grounds that its disclosure would prejudice national security or the safety of others.

[89] In these circumstances, the principles of *res judicata*, issue estoppel and abuse of process, perceived because this is a second proceeding relating to a second certificate, of the same opinion that was before the Court in *Jaballah No. 1*, have no application here.

(e) FINDING THE CERTIFICATE IS REASONABLE

[90] As earlier noted and I now repeat, I find that, in accord with the statute as it then applied and with paragraph 78(i) of the IRPA, Mr. Jaballah had a reasonable opportunity to be heard, to respond to the opinion certified by the Ministers on August 13, 2001 and to the information made available to him upon which the opinion is based. He did not respond to any of the significant new information before the Court, which was not before Mr. Justice Cullen in *Jaballah No. 1*.

à M. Jaballah, et dans le témoignage de Mike. La décision dans l'affaire *Jaballah n° 1* a été rendue sans le bénéfice d'autres nouveaux renseignements dont la Cour est maintenant saisie, qui n'ont pas été divulgués à M. Jaballah en raison des préoccupations pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui, et qui ont trait aux contacts entre M. Jaballah et d'autres personnes participant aux opérations d'AJ. Ces renseignements, qui ne font pas partie du dossier public, contredisent en partie le témoignage que M. Jaballah a donné dans l'affaire *Jaballah n° 1*, et ils ne pourraient être ignorés que si M. Jaballah donnait une explication convaincante, qu'il est seul à pouvoir donner, ce qu'il a refusé de faire.

[88] À mon avis, considérant uniquement les renseignements publics dont la Cour est saisie et qui sont nouveaux et importants, et que les ministres n'ont pu se procurer avant le 1^{er} novembre 1999, ces renseignements, s'ils avaient été disponibles au moment de la première instance, auraient fort bien pu mener à une conclusion différente dans l'affaire *Jaballah n° 1*. Cette conclusion est renforcée par d'autres renseignements nouveaux portés à la connaissance de la Cour et qui n'ont pas été communiqués à M. Jaballah au motif que leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[89] Dans les circonstances, les principes de l'autorité de la chose jugée, de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige et de l'abus de procédure, invoqués parce qu'il s'agit d'une deuxième instance ayant trait à un second certificat, concernant le même avis que celui dont la Cour était saisie dans l'affaire *Jaballah n° 1*, ne s'appliquent pas en l'espèce.

e) LA CONCLUSION SUR LE CARACTÈRE RAISONNABLE DU CERTIFICAT

[90] Comme je l'ai déjà noté et comme je le répète maintenant, je conclus, conformément à la loi, telle qu'elle était appliquée alors, et à l'alinéa 78(i) de la LIPR, que M. Jaballah a eu une possibilité raisonnable d'être entendu, de répondre à l'avis certifié par les ministres le 13 août 2001 et aux renseignements qui lui ont été communiqués et sur lesquels se fonde cet avis. Il n'a répondu à aucun des nouveaux renseignements importants dont la Cour est saisie, qui n'étaient pas en possession du juge Cullen dans l'affaire *Jaballah n° 1*.

[91] It was in these circumstances that counsel for the Ministers moved orally, at the hearing in March 2002, that the Court find the certificate of the Ministers in relation to Mr. Jaballah is reasonable.

[92] As in *Al Sayegh (Re)*, *supra*, and *Almrei (Re)*, *supra*, where the person who is the object of the opinion of the Ministers, has the opportunity to respond to that opinion and to the information on which it is based, but declines to explain or respond, the Court is left to assess whether the certified opinion is reasonable on the only evidence that is before it.

[93] The certified opinion is that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on grounds of security, in the words of subsection 77(1) of the IRPA. Those grounds, described in August 2001 under the provisions of then section 19 of the 1985 Act, now have their expression as paragraphs 34(1)(b), (c) and (f) of the IRPA.

[94] I find that the information on the public record includes items that support the opinion of the Ministers as reasonable, particularly in the absence of explanation or response by Mr. Jaballah. I refer in particular to the Interpol notice, the finding of Mr. Jaballah's telephone number in the possession of Mr. Mahjoub when the latter was arrested, the information about the inclusion of Mr. Jaballah's postal box address in Toronto among information contained on a computer disk seized on the arrest of Mr. Deek in Jordan, the use of Mr. Jaballah's postal box despite his denial, the communication links or relationships between Mr. Jaballah and senior leaders of AJ or its London office, and the inference that only persons actively involved with senior leaders of the organization would have such access. All these matters, provided in the public record to Mr. Jaballah, in my opinion provide a reasonable basis for the opinion of the Ministers that Mr. Jaballah engaged or was engaging in or instigating subversion by force of any government, in this case the Government of Egypt (within paragraph 34(1)(b) of the IRPA), that he had engaged or was engaged in terrorism (within paragraph 34(1)(c) of the IRPA), and that he is a member of an organization, in this case Al Jihad (AJ) that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts to

[91] C'est dans ces circonstances que les avocats des ministres ont demandé verbalement, à l'audience de mars 2002, que la Cour conclue que le certificat des ministres concernant M. Jaballah est raisonnable.

[92] Comme dans les décisions *Al Sayegh (Re)*, et *Almrei (Re)*, précitées, lorsqu'une personne qui fait l'objet de l'avis des ministres a eu la possibilité de répondre à cet avis et aux renseignements sur lesquels celui-ci se fonde, mais qu'elle refuse de donner des explications ou de répondre, la Cour n'a d'autre choix que d'évaluer si l'avis certifié est raisonnable en s'appuyant uniquement sur la preuve dont elle est saisie.

[93] L'avis certifié indique que M. Jaballah n'est pas admissible au Canada pour des motifs de sécurité, selon le libellé du paragraphe 77(1) de la LIPR. Ces motifs, décrits en août 2001 en vertu des dispositions de ce qui était alors l'article 19 de la Loi de 1985, trouvent maintenant leur expression aux alinéas 34(1)b, c) et f) de la LIPR.

[94] Je conclus que les renseignements faisant partie du dossier public incluent des éléments qui appuient la conclusion selon laquelle l'avis des ministres est raisonnable, particulièrement en l'absence d'une explication ou d'une réponse de M. Jaballah. Je fais référence en particulier à l'avis d'Interpol, au fait que le numéro de téléphone de M. Jaballah a été retrouvé en possession de M. Mahjoub lors de son arrestation, aux renseignements concernant la mention de l'adresse de la case postale de M. Jaballah à Toronto dans des renseignements contenus sur un disque d'ordinateur saisi à l'arrestation de M. Deek en Jordanie, à l'utilisation de la case postale de M. Jaballah malgré son déni, aux liens de communication ou aux relations qui existent entre M. Jaballah et les principaux dirigeants d'AJ ou de son bureau de Londres, et à l'inférence selon laquelle seules des personnes qui étaient activement liées aux principaux dirigeants de l'organisation pouvaient avoir un tel accès. Toutes ces questions, versées au dossier public qui a été remis à M. Jaballah, fournissent à mon avis un fondement raisonnable à l'avis des ministres selon lequel M. Jaballah était l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force, en l'espèce le gouvernement égyptien (au sens de l'alinéa 34(1)b) de la LIPR), qu'il s'est livré au terrorisme (au

subvert by force the government of Egypt or acts of terrorism (within paragraph 34(1)(f) of the IRPA).

[95] I note that the term “terrorism” as used in section 19 of the 1985 Act, and used similarly in section 34 of the IRPA is not a word that is unconstitutionally vague. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, *supra*, at paragraph 98, the Court commented:

In our view, it may safely be concluded, following the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, that “terrorism” in s. 19 of the Act includes any “act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act”. This definition catches the essence of what the world understands by “terrorism”. Particular cases on the fringes of terrorist activity will inevitably provoke disagreement. Parliament is not prevented from adopting more detailed or different definitions of terrorism. The issue here is whether the term as used in the *Immigration Act* is sufficiently certain to be workable, fair and constitutional. We believe that it is.

[96] I note further that by SOR/2002-284, dated July 23, 2002 the Governor General in Council, acting pursuant to subsection 83.05(1) of the *Criminal Code* as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4, upon the recommendation of the Solicitor General of Canada, enacted *Regulations Establishing a List of Entities*. Those regulations by section 1 provide a list of entities, which the regulations state there are reasonable grounds to believe, have knowingly carried out, attempted to carry out, participated in or facilitated terrorist activity, or are knowingly acting on behalf of, at the direction of, or in association with an entity that has knowingly carried out, attempted to carry out, participate in or facilitated a terrorist activity. The listed entities include Al Qaida, Al Jihad (AJ) also known as Egyptian Islamic Jihad (EIJ), and the Vanguard of Conquest.

sens de l’alinéa 34(1)c) de la LIPR), et qu’il est membre d’une organisation, en l’espèce Al Jihad (AJ), dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle est, a été ou sera l’auteur d’un acte visant au renversement par la force du gouvernement égyptien ou qu’elle se livrera au terrorisme (au sens de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR).

[95] Je note que le terme «terrorisme», utilisé à l’article 19 de la Loi de 1985, et utilisé dans un sens similaire à l’article 34 de la LIPR, n’est pas d’un mot qui souffre d’une imprécision inconstitutionnelle. Dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, précité, au paragraphe 98, la Cour a fait l’observation suivante:

À notre avis, on peut conclure sans risque d’erreur, suivant la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, que le terme «terrorisme» employé à l’art. 19 de la Loi inclut tout «acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s’abstenir d’accomplir un acte quelconque». Cette définition traduit bien ce que l’on entend essentiellement par «terrorisme» à l’échelle internationale. Des situations particulières, à la limite de l’activité terroriste, susciteront inévitablement des désaccords. Le législateur peut toujours adopter une définition différente ou plus détaillée du terrorisme. La question à trancher en l’espèce consiste à déterminer si le terme utilisé dans la *Loi sur l’immigration* a un sens suffisamment certain pour être pratique, raisonnable et constitutionnel. Nous estimons que c’est le cas.

[96] Je note de plus que dans le document DORS/2002-284, en date du 23 juillet 2002, le gouverneur général en conseil, agissant aux termes du paragraphe 83.05(1) du *Code criminel*, édicté par L.C. 2001, ch. 41, art. 4, sur la recommandation du solliciteur général du Canada, a adopté le *Règlement établissant une liste d’entités*. À l’article premier, ce règlement énumère une liste d’entités, dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elles se sont, sciemment, livrées ou tenté de se livrer à une activité terroriste, y ont participé ou l’ont facilitée, ou qui, sciemment, ont agi au nom d’une telle entité, sous sa direction ou en collaboration avec elle. Les entités énumérées incluent Al-Qaïda, Al Jihad (AJ) également connu sous le nom de Jihad islamique égyptien (JIE), et l’Avant-garde de la conquête.

[97] The information before the Ministers and in the public record provided by the Court to Mr. Jaballah, in my opinion, clearly supports the certified opinion of the Ministers as reasonable, that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada on security grounds, as earlier concluded in relation to grounds included in paragraphs 34(1)(b), (c) and (f) of the IRPA. I determine, noting the absence of any substantial response by or on behalf of the respondent, Mr. Jaballah, that the opinion certified by the applicant Ministers on August 13, 2001 is reasonable.

PART III CONCLUSIONS, ORDERS, COSTS

[98] A summary of the key determinations of the Court follows.

1. The motion of the respondent, Mr. Jaballah, heard on April 11, 2003 is allowed in part, that is, in so far as the PRRA report of an officer dated August 15, 2002, is filed and is deemed to be the risk assessment of the minister concerning Mr. Jaballah, if he were to be returned to Egypt.
2. The motion is also allowed in that the Court finds that continuing delay in deciding Mr. Jaballah's application for protection constitutes an abuse of process, for it is not satisfactorily explained, and is without reasonable forecast about when the decision may be rendered, while Mr. Jaballah remains in detention, in solitary confinement since August 14, 2001, with no right of review of that detention.
3. That abuse warrants the resumption of the Court's primary purpose in these proceedings to assess the reasonableness of the certified opinion of the Ministers, but that abuse which relates to a process collateral to the Court's primary function, does not warrant quashing the certificate, nor does it warrant the release of Mr. Jaballah without a normal review of that detention.
4. The proceedings in regard to the certificate are resumed, leaving outstanding the necessary determination by

[97] Les renseignements en possession des ministres et versés au dossier public qui ont été remis par la Cour à M. Jaballah, appuient à mon avis clairement la conclusion que l'avis certifié des ministres est raisonnable, que M. Jaballah n'est pas admissible au Canada pour des motifs de sécurité, comme il a été conclu précédemment en rapport avec des motifs énumérés aux alinéas 34(1)b, c) et f) de la LIPR. Je décide, notant l'absence de toute réponse conséquente du défendeur, M. Jaballah, ou en son nom, que l'avis certifié par les ministres demandeurs le 13 août 2001 est raisonnable.

PARTIE III LES CONCLUSIONS, ORDONNANCES ET DÉPENS

[98] Un résumé des principales décisions de la Cour est donné ci-dessous.

1. La requête du défendeur, M. Jaballah, qui a été entendue le 11 avril 2003, est accueillie en partie, c'est-à-dire que, pour ce qui concerne le rapport d'un agent sur l'évaluation des risques avant renvoi, daté du 15 août 2002, qui a été déposé, celui-ci est réputé constituer l'évaluation du risque du ministre concernant M. Jaballah, si celui-ci devait être renvoyé en Égypte.
2. La requête est également accueillie en ce que la Cour estime que l'accumulation du retard à décider de la demande de protection de M. Jaballah constitue un abus de procédure, parce qu'il n'a pas été expliqué de façon satisfaisante, et qu'il n'existe pas de prévision raisonnable quant à la date à laquelle la décision pourra être rendue, alors que M. Jaballah est toujours détenu, en isolement cellulaire depuis le 14 août 2001, sans disposer du droit de faire revoir les motifs de cette détention.
3. Cet abus justifie la reprise du rôle principal de la Cour dans la présente instance et qui est d'évaluer le caractère raisonnable de l'avis certifié des ministres, mais cet abus qui a trait à une procédure accessoire au rôle principal de la Cour ne justifie pas d'annuler le certificat, et ne justifie pas non plus la libération de M. Jaballah sans qu'il y ait un examen normal des motifs de sa détention.
4. L'instance concernant le certificat est reprise, ce qui laisse en suspens la décision nécessaire que doit prendre

or on behalf of the Minister on Mr. Jaballah's application for protection.

5. The Court's process in relation to the certificate has followed the requirements of the *Immigration Act*, now the IRPA. In so doing, the process, in my opinion, has been lawful.

6. There is new information and evidence before this Court that was not before the Court in *Jaballah No. 1*, information that, had it been available in that case, might well have led Mr. Justice Cullen to a different conclusion.

7. Mr. Jaballah, initially with counsel, and later representing himself, had a reasonable opportunity to respond to the new information before this Court, but he did not do so.

8. In light of the information and evidence before this Court, including in particular the new information not provided in *Jaballah No. 1*, the certificate of the Ministers, dated August 13, 2001, is reasonable, on the basis of the information and evidence in the public record, available to Mr. Jaballah. Further, that conclusion is supported by other information available to the Court, not provided to the respondent on grounds of national security.

9. The certified opinion of the Ministers, now found to be reasonable, is that Mr. Jaballah is inadmissible to Canada as a person within paragraphs 34(1)(b), 34(1)(c) and 34(1)(f) of the IRPA.

[99] Separate orders and determinations are now issued. The first includes determinations on procedural and other matters arising in consideration of the submissions of the parties on April 11, 2003. The second sets out my determination that the certificate of the Ministers is reasonable.

COSTS

[100] On the matter of costs, Mr. Jaballah asked for costs on a solicitor and client basis in his motion heard on April 11, 2003. That was in part successful. In my

le ministre ou son délégué concernant la demande de protection de M. Jaballah.

5. La procédure de la Cour ayant trait au certificat a respecté les exigences de la *Loi sur l'immigration*, qui est maintenant la LIPR. Ce faisant, la procédure est à mon avis légale.

6. La Cour est saisie de nouveaux renseignements et d'une preuve nouvelle dont n'était pas saisie la Cour dans l'affaire *Jaballah n° 1*, renseignements qui, s'ils avaient été connus au moment de cette première instance, auraient pu mener le juge Cullen à une conclusion différente.

7. M. Jaballah, qui était au début représenté par un avocat, et qui par la suite s'est représenté lui-même, a eu une possibilité raisonnable de répondre aux nouveaux renseignements dont était saisie la Cour, mais il ne l'a pas fait.

8. À la lumière des renseignements et de la preuve dont la Cour est saisie, en particulier des nouveaux renseignements qui n'ont pas été produits dans l'affaire *Jaballah n° 1*, le certificat des ministres, en date du 13 août 2001, est raisonnable, d'après les renseignements et la preuve versés au dossier public qui a été remis à M. Jaballah. En outre, cette conclusion est appuyée par d'autres renseignements qui étaient à la disposition de la Cour et qui n'ont pas été communiqués au défendeur pour des motifs de sécurité nationale.

9. L'avis certifié des ministres, qui est maintenant jugé raisonnable, est que M. Jaballah n'est pas admissible au Canada puisqu'il est visé aux alinéas 34(1)(b), 34(1)(c) et 34(1)(f) de la LIPR.

[99] Des ordonnances et des décisions distinctes sont maintenant rendues. La première concerne les décisions portant sur les questions procédurales et autres qui découlent de l'examen des observations des parties le 11 avril 2003. La deuxième énonce ma décision selon laquelle le certificat des ministres est raisonnable.

DÉPENS

[100] Pour ce qui est des dépens, M. Jaballah a demandé les frais sur la base procureur/client pour sa requête entendue le 11 avril 2003. Celle-ci a été

opinion, the motion would have been unnecessary were it not for the continuing unexplained delay in deciding the application for protection, a delay which continues to this day. That delay in the circumstances constitutes an abuse of process. Mr. Jaballah is entitled to the costs of preparation for and of the hearing on April 11, 2003 on a solicitor and client basis.

[101] Costs were not requested on behalf of the applicant Ministers. If either party has further concerns about other costs of these proceedings, upon which the other party does not agree, the matter may be raised by written submissions or by personal appearance.

accueillie en partie. À mon avis, la requête aurait été inutile n'eut été de l'accumulation du retard non expliqué pour décider de sa demande de protection, retard qui se poursuit encore à ce jour. Ce retard dans les circonstances constitue un abus de procédure. M. Jaballah a droit aux dépens pour la préparation et la tenue de l'audience du 11 avril 2003, sur la base des frais procureur/client.

[101] Les ministres demandeurs n'ont pas demandé les dépens. Si l'une ou l'autre des parties a d'autres questions au sujet des dépens de la présente instance, et sur lesquels l'autre partie n'est pas d'accord, la question peut être soulevée au moyen d'observations écrites ou par comparution personnelle.

Annex A

Excerpt from the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, as amended.

Comparable
Provision of
1985 Act

DIVISION 9

PROTECTION OF INFORMATION

Examination on Request by the Minister and the Solicitor General of Canada

76. The definitions in this section apply in this Division.

“information” means security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, from the government of a foreign state, from an international organization of states or from an institution of either of them. None

“judge” means the Associate Chief Justice of the Federal Court or a judge of the Trial Division of that Court designated by the Associate Chief Justice. subsection 40.1(4)

77. (1) The Minister and the Solicitor General of Canada shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court—Trial Division, which shall make a determination under section 80. subsection 40.1(1)

(2) When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination. subsection 40.1(2)

Annexe A

Extrait de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et ses modifications.

Disposition
comparable de
la Loi de 1985

SECTION 9

EXAMEN DE RENSEIGNEMENTS
À PROTÉGER

Examen à la demande du ministre et du solliciteur général

76. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente section.

«juge» Le juge en chef adjoint de la Cour fédérale ou le juge de la Section de première instance de cette juridiction désigné par celui-ci. Aucune

«renseignements» Les renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d'un État étranger, d'une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l'un de leurs organismes. 40.1(4)

77. (1) Le ministre et le solliciteur général du Canada déposent à la Section de première instance de la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80. paragraphe 40.1(1)

(2) Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1). paragraphe 40.1(2)

78. The following provisions govern the determination:

- (a) the judge shall hear the matter; subsections 40.1(4),40.1(5)
- (b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person; subsection 40.1(4)
- (c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit; subsection 40.1(4)
- (d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination; subsection 40.1(4)
- (e) on each request of the Minister or the Solicitor General of Canada made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person; None
- (f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Solicitor General of Canada and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary; paragraph 40.1(5.1)(c)
- (g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person; paragraph 40.1(5.1)(d)

78. Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire:

- a) le juge entend l'affaire; paragraphes 40.1(4),40.1(5)
- b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui; paragraphe 40.1(4)
- c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive; paragraphe 40.1(4)
- d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve; paragraphe 40.1(4)
- e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui; Aucune
- f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande; alinéa 40.1(5.1) c)
- g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire; alinéa 40.1(5.1) d)

(h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Court Act*.

80. (1) The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile—même inadmissible en justice—et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

80. (1) Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

Detention

82. (1) . . .

(2) A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

. . .

84. (1)

(2) A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

81. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

Détention

82. (1) [. . .]

(2) L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

[. . .]

84. (1) [. . .]

(2) Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

	2003 FC 859 IMM-2819-02	2003 CF 859 IMM-2819-02
Galina Borisova et al. (<i>Applicants</i>)		Galina Borisova et al. (<i>demandeurs</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
and		et
	IMM-2280-03	IMM-2280-03
Prem Samel Satya Dass (<i>Applicant</i>)		Prem Samel Satya Dass (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
and		et
	IMM-2282-03	IMM-2282-03
Gurmit Singh Anand (<i>Applicant</i>)		Gurmit Singh Anand (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
and		et
	IMM-2286-03	IMM-2286-03
Mohsen Rasolzadeh (<i>Applicant</i>)		Mohsen Rasolzadeh (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: BORISOVA v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)		RÉPERTORIÉ: BORISOVA c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Gibson J.—Toronto, June 17; Ottawa, July 10, 2003.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Processing of permanent residence applications filed prior to December 31, 2001, not dealt with before March 31, 2003 — Immigration Act, Regs. repealed as of June, 2002, replaced by Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) and Regs. — Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) explaining necessity for dramatic changes to regulatory scheme — Single “intended occupation” premise outdated — Canada now seeking immigrants providing significant economic benefit to Canada — House of Commons Standing Committee determining old criteria should apply to backlog members till March 31, 2003 — No corporate commitment to clearing backlog — Some 104,000 applications not dealt with by deadline though, in many cases, officials had information needed for decision — Minister has begun rejecting these people under new criteria — Court issuing direction, in nature of injunction, Minister refrain from further rejections pending further Court order.

Administrative Law — Judicial Review — Injunctions — Processing of permanent residence applications filed before December 31, 2001, not dealt with before March 31, 2003 — New Legislation dramatically altering criteria for acceptance — House of Commons standing Committee determining old criteria to apply to backlog till March 31, 2003 — Government department failing to clear backlog by deadline, some 104,000 applications not yet dealt with — In many cases, officials had all information needed to make decision — Minister has begun rejecting backlog members under new criteria — Under Federal Court Act, s. 18(1), (3), T.D. empowered to grant injunctions, prohibition against federal board — Direction to refrain in nature of injunction — MCI federal board — Direction to refrain “interim order” under s. 18.2 — While new class action rules not extending to judicial review applications, direction here sought to have applications proceed as actions — Long time until Court ready to decide on certification of class action herein — That should not disadvantage putative class members — Interim relief essential to preserve integrity of class — Court’s statutory jurisdiction not to be narrowly construed — Matter not frivolous, vexatious as injunction threshold met — Matter not moot — Irreparable harm to persons from “third world” countries denied immigration to Canada — Balance of convenience in applicants’ favour — No relief for those applying after 2001 as lacking reasonable expectation applications considered under old criteria — No relief herein for those already rejected under new criteria — Order to go directing MCI to

Cour fédérale, juge Gibson—Toronto, le 17 juin; Ottawa, 10 juillet 2003.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Traitement de demandes de résidence permanente déposées avant le 31 décembre 2001 et non traitées avant le 31 mars 2003 — Loi et Règlement sur l’immigration abrogés en juin 2002 et remplacés par la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (LIPR) et son règlement — Explication tirée du résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) concernant la nécessité d’apporter des changements draconiens au régime de réglementation — Concept de «profession envisagée» désuet — Recherche par le Canada d’immigrants en mesure de faire une contribution économique importante à la société canadienne — Décision du Comité permanent de la Chambre des communes d’appliquer les anciens critères à l’arriéré des demandes jusqu’au 31 mars 2003 — Aucun engagement de la part du ministère d’éliminer l’arriéré des demandes — Quelque 104 000 demandes non traitées à la date limite bien que, dans bon nombre de cas, les fonctionnaires aient disposé des renseignements nécessaires pour prendre leur décision — Le ministre a commencé à rejeter les demandes de ces personnes en appliquant les nouveaux critères — Directive émise par la Cour, de la nature d’une injonction, afin que le ministre s’abstienne de procéder à d’autres rejets en attendant un nouvel ordre de la Cour.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injunctions — Traitement de demandes de résidence permanente déposées avant le 31 décembre 2001 et non traitées au 31 mars 2003 — Modification draconienne apportée aux critères d’acceptation dans la nouvelle Loi — Décision du Comité permanent de la Chambre des communes d’appliquer les anciens critères à l’arriéré des demandes jusqu’au 31 mars 2003 — Non-engagement du Ministère à éliminer l’arriéré à la date limite, quelque 104 000 demandes toujours non traitées — Dans bon nombre de cas, les fonctionnaires avaient tous les renseignements nécessaires pour rendre leur décision — Le ministre a commencé à rejeter les demandes faisant partie de l’arriéré en utilisant les nouveaux critères — En vertu de l’art. 18(1) et (3) de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance a le pouvoir de décerner des injonctions ou des brefs de prohibition contre un office fédéral — L’ordre de s’abstenir est de la nature d’une injonction — Le MCI est un office fédéral — En vertu de l’art. 18.2, l’ordre de s’abstenir est une «mesure provisoire» — Bien que les nouvelles règles régissant les recours collectifs ne s’étendent pas aux demandes de contrôle judiciaire, on demande une directive pour que les demandes soient instruites comme des actions — Il faudra du temps avant que la Cour puisse décider de l’autorisation d’un recours collectif en l’espèce — Cela ne devrait pas jouer au détriment des membres de la catégorie présumée — Mesure provisoire essentielle pour préserver l’intégrité du groupe — La compétence d’origine législative de la Cour ne doit pas être interprétée de façon restrictive — La question n’est ni futile ni

refrain from finally rejecting proposed class action members until further Court order.

Practice — Class actions — Repeal of former immigration legislation; new statute, regulations dramatically changing acceptance criteria — Old criteria to be applied to backlog of applicants until certain deadline — Corporate commitment to clearing backlog prior to deadline lacking — Whether interim restraining order should be granted against MCI — Whether can extend to members of class not before Court — Federal Court class action rules inapplicable to judicial review applications but direction sought treating instant applications as actions — Long time before Court able to decide on certification of class action herein due to large number of applicants, lawyers, Court's inexperience with class action rules — In absence of comprehensive class action legislation, Courts having to rely on case management to structure class proceedings — Unsatisfactory as taxes judicial resources, denies parties certainty as to procedural rights — F.C. class action rules not facilitating process where parties, due to relief of sought, proceeding by judicial review — Class action rules provide judge may, at any time, order giving of notice necessary to ensure fair proceeding — Notice maybe ordered prior to certification — No relief granted persons already rejected who may have come within putative class.

The Court's order herein will impact upon some 104,000 persons who had filed permanent residence applications prior to the repeal of the *Immigration Act* and the *Immigration Regulations, 1978* in June, 2002. The Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) issued in relation to the *Immigration and Refugee Protection Act* and Regulations explained the dramatic changes to the regulatory scheme.

vexatoire étant donné que le seuil applicable aux injonctions est respecté — La question n'est pas théorique — Préjudice irréparable causé aux personnes venant de pays du «Tiers Monde» à qui on refuse l'immigration au Canada — Prépondérance des inconvénients appliquée en faveur des demandeurs — Aucune réparation accordée aux personnes ayant déposé leurs demandes après 2001 étant donné qu'il n'y a pas d'espoir raisonnable que les demandes soient traitées en vertu des anciens critères — Aucune réparation accordée en l'espèce pour les demandes déjà rejetées selon les nouveaux critères — Ordonnance rendue enjoignant au MCI de s'abstenir de rejeter de façon définitive les demandes des membres de la catégorie présumée tant qu'un nouvel ordre de la Cour ne sera pas rendu.

Pratique — Recours collectifs — Abrogation de l'ancienne Loi sur l'immigration; la nouvelle Loi et le nouveau Règlement modifient de façon draconienne les critères d'acceptation — Application des anciens critères à l'arrière des demandes jusqu'à une certaine date limite — Non-engagement du Ministère à éliminer l'arriéré avant la date limite — Une mesure provisoire sous forme d'un ordre de s'abstenir doit-elle être rendue à l'encontre du MCI — Cette mesure peut-elle s'étendre aux membres de la catégorie présumée qui ne se trouvent pas devant la Cour — Règles de la Cour fédérale régissant les recours collectifs non applicables aux demandes de contrôle judiciaire, mais directive recherchée pour que les demandes en l'espèce soient instruites comme des actions — Il faudra beaucoup de temps avant que la Cour soit en mesure de décider de l'autorisation du recours collectif en l'espèce en raison du très grand nombre de demandeurs et d'avocats, et de l'inexpérience de la Cour à l'égard des règles régissant les recours collectifs — En l'absence d'une législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent s'en remettre à la gestion des dossiers judiciaires pour structurer la procédure — Ceci est coûteux en termes de ressources judiciaires, et prive les parties de toute certitude quant à leurs droits procéduraux — Les règles de la C.F. régissant les recours collectifs ne favorisent pas une procédure simple lorsque les parties, en raison de la réparation recherchée, procèdent par voie de contrôle judiciaire — Les règles régissant les recours collectifs prévoient que le juge peut, à tout moment, ordonner à une partie de donner un avis afin d'assurer la conduite équitable de l'instance — L'avis peut être donné avant l'autorisation — Aucune réparation accordée aux personnes dont la demande a déjà été rejetée et qui auraient pu faire partie de la catégorie présumée.

L'ordonnance de la Cour recherchée en l'espèce aura des répercussions sur environ 104 000 personnes qui ont déposé des demandes de résidence permanente avant l'abrogation de la *Loi sur l'immigration* et du *Règlement sur l'immigration de 1978*, en juin 2002. Le résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) traitant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et son règlement explique les

Program change was said to be necessitated by the fact that, in the modern, dynamic Canadian economy, the single “intended occupation” premises had become outdated. In the “knowledge economy”, a static list of “occupations in demand” failed to meet current needs. The new selection model was designed to identify “immigrants who will be able to provide a significant economic benefit to Canada”. Previously, selection criteria favoured those having University education, but history reveals that it is skilled workers who have outperformed not only other immigrants but also the average Canadian worker. The fact that skilled worker immigrants of the 1990's have underperformed those who arrived in the 1980's could be explained in part by the unresponsive selection system.

Due to concerns expressed at the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration, it was determined that the old criteria should apply to backlog members until March 31, 2003 but, as found by Kelen J. in *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no corporate commitment was made to process the inventory on a priority basis to clear this backlog”. No member of the putative class here at issue had been finally dealt with before March 31, 2003 although it was admitted, under cross-examination, that in many of these cases government officials had before them all the information needed to make final determinations and could have done so without much expenditure of time and effort. The Minister has now begun rejection certain members of the putative class.

Held, a direction to refrain, in the nature of an injunction, should issue, restraining the Minister from finally rejecting class members, except for those who give written consent to final rejection, pending further order of this court.

Federal Court Act, subsections 18(1) and (3) empower the Trial Division to issue injunctions and writs of prohibition against any federal board, commission or tribunal upon an application for judicial review. A direction to refrain as in the nature of an injunction and the Minister is a “federal board, commission or other tribunal”. The underlying applications herein are for judicial review. The direction to refrain is an “interim order” within Act, subsection 18.2.

The first question for determination is whether an interim order under section 18.2 can extend to members of a class

changements plutôt draconiens apportés au système de réglementation. Les modifications apportées au programme sont rendues nécessaires parce que dans l'économie moderne et dynamique du Canada, le concept de «profession envisagée» devient de plus en plus désuet. Dans une «économie basée sur la connaissance», une liste statique de «professions en demande» n'est pas en mesure de répondre aux besoins actuels. Le nouveau modèle de sélection a été conçu pour identifier les immigrants «qui seront en mesure de faire une contribution économique importante à la société canadienne». Auparavant, les critères de sélection favorisaient les immigrants ayant fait des études universitaires, mais l'histoire révèle que ce sont les travailleurs qualifiés qui ont réussi mieux, non seulement que les autres immigrants, mais aussi que le travailleur canadien moyen. Le fait que les travailleurs qualifiés immigrants des années 1990 aient moins bien réussi que ceux qui sont arrivés dans les années 1980 pourrait s'expliquer en partie par le système de sélection inadapté.

En raison des inquiétudes exprimées au Comité permanent de la citoyenneté et l'immigration de la Chambre des communes, il a été décidé que les anciens critères s'appliqueraient aux demandes faisant partie de l'arriéré jusqu'au 31 mars 2003; cependant, comme l'a constaté le juge Kelen dans la décision *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, le Ministère n'a pris «aucun engagement en vue d'examiner les demandes à traiter en priorité de façon à éliminer cet arriéré». Aucune des demandes d'immigration des membres de la catégorie présumée n'a finalement été traitée avant le 31 mars 2003, même s'il a été admis, en contre-interrogatoire, que dans bon nombre de cas le ministre et ses délégués disposaient de tous les renseignements leur permettant de rendre une décision finale sans avoir à consacrer beaucoup plus de temps et d'effort pour régler chacun de ces cas. Le ministre a maintenant commencé à rejeter certaines des demandes des membres de la catégorie présumée.

Jugement: une directive de la nature d'une injonction, devrait être donnée pour enjoindre au ministre de s'abstenir de rejeter de façon définitive les demandes des membres de la catégorie, à l'exception de ceux qui consentent par écrit à ce rejet définitif, en attendant un nouvel ordre de la Cour.

Les paragraphes 18(1) et (3) de la *Loi sur la Cour fédérale* donnent à la Section de première instance compétence pour décerner une injonction et des brefs de prohibition à l'encontre de tout office fédéral dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. L'ordre de s'abstenir est de la nature d'une injonction et le ministre est un «office fédéral». Les demandes en l'espèce sont des demandes de contrôle judiciaire. L'ordre de s'abstenir est une «mesure provisoire» prévue à l'article 18.2 de la Loi.

La première question à décider est de savoir si une mesure provisoire prise en vertu de l'article 18.2 de la Loi peut viser

which includes many not before the Court. The second question is whether such order would be here justified.

With the approval of the Governor's in Council, the class action rules were, in 2002, added to the *Federal Court Rules, 1998*. These govern "class actions": and do not extend to class judicial review applications. Applicants have, however, sought a direction that these applications be treated and proceeded with as actions. This Court's position is that leave is required for such direction to be made. Leave has already been given in one of these applications, that of *Borisova*. The process is under way in respect of the other three matters before the Court. For a number of reasons, it will be some length of time before this court will be ready to decide on certification of a class action. These include: number of proceedings commenced by lawyers at Toronto, Montreal, Edmonton and Vancouver, the number of applicants within the putative class and the difficulty in communicating with them along with the Court's inexperience with the new class action rules. But members of the putative class ought not to be disadvantaged by these circumstances. In addition, the Court had to take into account the public interest as explained by the RIAS.

It has been said by the Supreme Court, in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, that, in the absence of comprehensive class action legislation, courts are compelled to rely on individual case management to structure class proceedings. This is an unsatisfactory situation, since it taxes judicial resources and denies parties certainty as to their procedural rights. While the Federal Court now has in place class action rules which provide for an early certification process, they do not facilitate a clear, straight forward process where parties, on account of the relief sought, have to proceed by way of judicial review. To protect the integrity of the class, it was imperative that interim relief be directed. There is precedent for the Court reaching out to parties not before it. In *Canadian Liberty Net*, the Supreme Court, with reference to section 44 of the *Federal Court Act*, said that "the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court".

un groupe dont bon nombre des membres ne se trouvent pas à l'heure actuelle devant la Cour. La deuxième question est de savoir si une telle ordonnance est justifiée.

Avec l'approbation du gouverneur en conseil, les règles régissant les recours collectifs ont été ajoutées en 2002 aux *Règles de la Cour fédérale (1998)*. Ces règles régissant «les recours collectifs instruits comme une action» et ne s'étendent pas aux demandes de contrôle judiciaire collectives. Toutefois, les demandeurs ont réclamé une directive pour que les demandes de contrôle judiciaire soient traitées et instruites comme des actions. La Cour est d'avis que l'autorisation doit être accordée pour qu'une telle directive soit rendue. L'autorisation a été accordée dans une de ces demandes, soit l'affaire *Borisova*. Les formalités suivent leur cours afin que les demandes d'autorisation soient mises en état pour les trois autres affaires dont la Cour est saisie. Pour un certain nombre de raisons, il s'écoulera pas mal de temps avant qu'une décision concernant l'autorisation d'un recours collectif puisse être rendue. Ces raisons incluent les suivantes: le nombre de procédures intentées par des avocats de Toronto, de Montréal, d'Edmonton et de Vancouver, le nombre de demandeurs faisant partie de la catégorie présumée et la difficulté de communiquer avec eux, de même que l'expérience très limitée qu'a la Cour de l'application de ses règles régissant les recours collectifs. Mais ces réalités ne devraient pas jouer au détriment des membres de la catégorie présumée. Qui plus est, la Cour doit en même temps tenir compte de l'intérêt public qui est mentionné dans le résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, la Cour suprême du Canada a déclaré qu'en l'absence d'une législation complète régissant les recours collectifs, les tribunaux sont contraints de s'en remettre en grande partie à la gestion de dossiers judiciaires individuels pour structurer le recours collectif, ce qui est coûteux en termes de ressources judiciaires et ce qui prive les parties de toute certitude avant l'instance quant à leurs droits procéduraux. Bien que la Cour fédérale ait maintenant adopté des règles régissant les recours collectifs qui prévoient une procédure d'autorisation, ces règles ne favorisent pas une procédure simple et directe lorsque les parties, du fait de certaines ou de la totalité des réparations qu'elles réclament, doivent procéder par voie de contrôle judiciaire. Afin de protéger l'intégrité du groupe, il est impératif que la Cour ordonne des mesures provisoires. Il existe un précédent permettant à la Cour de rejoindre les parties qui ne comparaissent pas devant elle. Dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, la Cour suprême, faisant référence à l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, déclare que «la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d'interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale».

There are three requirements for granting direction in the nature of an injunction: (1) serious issue to be tried; (2) irreparable harm if order not granted; (3) balance of convenience. As to serious issue, the threshold is a low one. Applicant no longer need make out a *prima facie* case but only satisfy a court that matter is neither frivolous or vexatious. The Federal Court of Appeal has held that this lower standard applies to cases involving the public interest: *North American Gateway Inc. v. Canada (CRTC)*. That standard is here applicable, respondent being a party vested with the public interest. The instant matter was to be distinguished from *Dragan* so far as mootness is concerned as in that appeal a case each applicant had his immigrant visa application finally determined prior to the deadline.

As for irreparable harm, the loss of the chance to come to Canada from a “third world” country would be considered by many as a one not compensable in damages. Many members of the putative class will have reduced chances of success if considered under the new criteria. Absent this direction to refrain, most, if not all, putative class members would suffer irreparable harm.

On the question of balance of convenience, while the Minister is under an obligation to apply the law as it now stands, he was also under an obligation to apply the law as it now stands, he was also under an obligation to members of the putative class from the time their applications were filed until the law, as applied to them, changed after the deadline. The public interest of the putative class members along with their private interests outweigh the public interest in the Minister carrying out, in a timely way, his current statutory and regulatory obligations pending final determination of these Court proceedings.

The Court’s Class Action Rules provide that a judge may, at any time, order any party to give any notice that the judge considers necessary to protect the interests of any class member or party or to ensure the fair conduct of the proceeding. The words “at any time” in subsection 299.37(1) of the Rules should be accorded a fair and liberal interpretation and not restricted to a time after a class action has been certified or leave granted for the applications to proceed as actions.

Trois conditions doivent être respectées pour rendre une ordonnance de la nature d’une injonction: 1) il doit y avoir une question sérieuse à juger; 2) il y aura un préjudice irréparable si l’ordonnance n’est pas accordée; 3) la prépondérance des inconvénients. Le seuil concernant l’établissement d’une question sérieuse à juger est bas. La partie requérante n’a plus à établir une apparence de droit suffisante, et il suffit de convaincre la Cour que la question n’est ni futile ni vexatoire. La Cour d’appel fédérale a statué que ce seuil bas s’applique à des affaires où sont en jeu des questions d’intérêt public: *North American Gateway Inc. c. Canada (CRTC)*. Cette norme est applicable en l’espèce, le défendeur étant une partie investie de l’intérêt public. Il y a lieu d’établir une distinction avec la décision *Dragan* sur le plan du caractère théorique étant donné que dans cet appel la demande de visa d’immigrant de chaque demandeur avait fait l’objet d’une décision définitive avant la date limite.

Pour ce qui est du préjudice irréparable, la privation de la possibilité d’immigrer au Canada en provenance d’un pays du «Tiers Monde» pourrait être considérée par beaucoup de personnes comme ne pouvant être compensée par des dommages-intérêts. Bon nombre de membres de la catégorie présumée verraient leurs chances de succès réduites si leur demande était analysée en vertu des nouveaux critères. Si l’ordre de s’abstenir n’était pas donné, la majorité, sinon la totalité des membres de la catégorie présumée subiraient un préjudice irréparable.

Quant à la question de la prépondérance des inconvénients, bien que le ministre ait l’obligation d’appliquer le droit qui est en vigueur à l’heure actuelle, il avait la même obligation envers les membres de la catégorie présumée depuis la date du dépôt de leur demande d’immigration jusqu’à ce que la Loi, telle qu’elle leur était appliquée, soit modifiée après la date limite. L’intérêt public favorable aux membres de la catégorie présumée, jumelé aux intérêts privés des membres de cette catégorie, l’emporte sur l’intérêt public qu’il y a à s’assurer que le ministre s’acquitte dans un délai raisonnable, de ses obligations législatives et réglementaires actuelles jusqu’à ce que l’instance qui se trouve devant la Cour soit réglée de façon définitive.

Les règles de la Cour régissant les recours collectifs disposent qu’un juge peut, à tout moment, ordonner à une partie de donner tout avis qu’il estime nécessaire à la protection des intérêts d’un membre du groupe ou d’une partie ou à la conduite équitable de l’instance. Les mots «à tout moment» utilisés au paragraphe 299.37(1) des Règles devraient recevoir une interprétation libérale et ne pas être limités à une étape ultérieure à l’autorisation d’un recours collectif ou à l’obtention de l’autorisation de toutes les demandes de contrôle judiciaire.

Relief should be denied to those who applied for immigration after December 2001, but before June 28, 2002 (the date the IRPA and IRPR came into force). The evidence was that a draft of the IRPR, published in mid-December, 2001, made it clear that applicants after year end would be dealt with under the new regime. Those who made application after 2001 could have had no reasonable expectation that their cases would be considered in accordance with the former Act and Regulations nor could relief be granted, in these proceedings, to persons already rejected under the new criteria who may have been embraced within the putative class. The Court would not comment on whether such persons could seek relief from this or some other court in a different form of proceeding.

The court was in no position to issue directions as to how members of the putative class might be communicated with. A proposal for directions could be made to the case management judge.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 19(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), (3) (as am. *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 18.4(2) (as enacted *idem*), 44, 46(1) (as am. *idem*, s. 14).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 299.1 (as enacted by SOR/2002-417, s. 17), 299.2 (as enacted *idem*), 299.3 (as enacted *idem*), 299.4 (as enacted *idem*), 299.37(1) (as enacted *idem*), 385(1), 397(2).
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227.
Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R.

Toute réparation devrait être refusée aux personnes qui ont présenté une demande d'immigration après décembre 2001, mais avant le 28 juin 2002 (date à laquelle la LIPR et le RIPR sont entrés en vigueur). La preuve dont est saisie la Cour démontre qu'une version préliminaire du RIPR, publié à la mi-décembre 2001, établissait clairement que les personnes qui présenteraient une demande après la fin de l'année seraient évaluées en vertu du nouveau régime. Les personnes qui ont présenté leur demande après 2001 n'avaient aucun espoir raisonnable de voir leur demande évaluée en vertu de l'ancienne loi et de l'ancien règlement; de plus, aucune réparation ne peut être accordée, dans le cadre de la présente demande, aux personnes dont la demande a déjà été rejetée en vertu des nouveaux critères et qui auraient pu faire partie de la catégorie présumée. La Cour ne fait aucune observation sur la question de savoir si ces personnes pourraient demander des réparations devant elle ou devant tout autre tribunal en ayant recours à une autre forme de procédure.

La Cour n'est pas dans une position pour formuler des directives sur la façon dont on pourrait communiquer avec les membres de la catégorie présumée. Une proposition concernant des directives appropriées pourrait être faite devant le juge responsable de la gestion de l'instance.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 19(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), (3) (mod., *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 18.4(2) (édicte, *idem*), 44, 46(1) (mod., *idem*, art. 14).
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.
Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 299.1 (édicte par DORS/2002-417, art. 17), 299.2 (édicte, *idem*), 299.3 (édicte, *idem*), 299.4 (édicte, *idem*), 299.37(1) (édicte, *idem*), 385(1), 397(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (2003), 224 D.L.R. (4th) 739; 227 F.T.R.

272 (F.C.T.D.); *Kanes v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 69 F.T.R. 48 (F.C.T.D.); *Lewis v. Shell Canada Ltd.* (2000), 48 O.R. (3d) 612 (S.C.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *North American Gateway Inc. v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24; 74 C.P.R. (3d) 156; 214 N.R. 146 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2003 FCA 233; [2003] F.C.J. No. 813 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton, [2001] 2 S.C.R. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135.

APPLICATIONS for interim relief on behalf of some 104,000 persons, who may be included in a proposed class action, seeking to have their permanent residence applications determined in accordance with the now repealed *Immigration Act* and Regulations. Applications granted in part.

APPEARANCES:

Dan Miller for applicants (IMM-2280-03).
Ronald Foerster, Lorne Waldman and Adam M. Dodek for applicants (IMM-2282-03, IMM-2280-03 and IMM-2286-03).
Urszula Kaczmarczyk, Marie-Louise Wcislo for respondent.
Dennis Tanck (IMM-2283-03) for intervener.
Lawrence Wong (IMM-2685-03) for intervener.
Richard Kurland (IMM-2117-03) for intervener.
Lorri M. Adams (IMM-2117-03) observer.
Elaine Doyon (IMM-2213-03) observer.
Darrah McManamon (IMM-2434-03) observer.
Cheryl D. Mitchell observer.
David W. Tyndale observer.
Helen Park observer.

272 (C.F. 1^{re} inst.); *Kanes c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 69 F.T.R. 48 (C.F. 1^{re} inst.); *Lewis v. Shell Canada Ltd.* (2000), 48 O.R. (3d) 612 (C.S.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *North American Gateway Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)* (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24; 74 C.P.R. (3d) 156; 214 N.R. 146 (C.A.F.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CAF 233; [2003] A.C.F. n° 813 (C.A.) (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, [2001] 2 R.C.S. 534; (2000), 286 A.R. 201; 201 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 1; 94 Alta. L.R. (3d) 1; 8 C.P.C. (5th) 1; 272 N.R. 135.

DEMANDES de mesures provisoires au nom de quelque 104 000 personnes qui pourraient faire partie d'un recours collectif proposé, afin que leurs demandes de résidence permanente soient traitées conformément à la *Loi sur l'immigration* et à son règlement d'application maintenant abrogés. Demandes accueillies en partie.

ONT COMPARU:

Dan Miller pour les demandeurs (IMM-2280-03).
Ronald Foerster, Lorne Waldman et Adam M. Dodek pour les demandeurs (IMM-2282-03, IMM-2280-03 and IMM-2286-03).
Urszula Kaczmarczyk, Marie Louise Wcislo pour le défendeur.
Dennis Tanck (IMM-2283-03) pour l'intervenant.
Lawrence Wong (IMM-2685-03) pour l'intervenant.
Richard Kurland (IMM-2117-03) pour l'intervenant.
Lorri M. Adams (IMM-2117-03) observatrice.
Elaine Doyon (IMM-2213-03) observatrice.
Darrah McManamon (IMM-2434-03) observatrice.
Cheryl D. Mitchell observatrice.
David W. Tyndale observateur.
Helen Park observatrice.

SOLICITORS OF RECORD:

Dan Miller, Toronto, for applicants (IMM-2280-03).

Lorne Waldman, Toronto, for applicants.

Ronald Foerster, Adam M. Dodek and Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Dennis Tanck, Vancouver, for intervener.

Richard Kurland, Kurland Tobe, Vancouver, for intervener.

Lawrence Wong, Vancouver, for intervener.

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

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] On Tuesday the June 17, 2003, the Court considered applications for interim relief on the Court files identified in the style of cause to these reasons. The hearing was held in Toronto with video connections to Montréal, Edmonton and Vancouver. On consent of counsel appearing before the Court, three counsel in Vancouver made brief interventions in the proceeding on behalf of their clients. Counsel for the Borisova applicants was authorized to argue the Borisova applicants' motion on behalf of applicants and plaintiffs who have instituted six other similar proceedings before this Court. In all, the hearing potentially impacted some 6,000 applicants and plaintiffs before the Court. An affiant on behalf of the respondent estimates that the order issued following the hearing will impact approximately 104,000 individuals seeking visas to enter Canada on a permanent basis.¹

[2] At the close of the hearing, the Court indicated to counsel that an order reflecting the result of the hearing would issue on an urgent basis to protect the integrity of the affected class or classes of individuals seeking to immigrate to Canada. The Court also indicated that reasons for its order would follow.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Dan Miller, Toronto, pour les demandeurs (IMM-2280-03).

Lorne Waldman, Toronto, pour les demandeurs.

Ronald Foerster, Adam M. Dodek et Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, pour les demandeurs

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Dennis Tanck, Vancouver, pour l'intervenant.

Richard Kurland, Kurland Tobe, Vancouver, pour l'intervenant.

Lawrence Wong, Vancouver, pour l'intervenant.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

Le mardi 17 juin 2003, la Cour a examiné les demandes de mesures provisoires se rapportant aux dossiers identifiés dans l'intitulé qui précède les présents motifs. L'audience s'est tenue à Toronto, avec des liaisons vidéo avec Montréal, Edmonton et Vancouver. Avec le consentement des avocats qui ont comparu devant la Cour, trois avocats à Vancouver ont fait de brèves interventions au nom de leurs clients. L'avocat des demandeurs Borisova a été autorisé à débattre la requête de ses clients en leur nom et au nom des demandeurs qui ont intenté six autres procédures semblables devant la présente Cour. En tout, l'audience peut avoir eu des effets sur quelque 6 000 demandeurs devant la Cour. L'auteur d'un affidavit déposé au nom du défendeur estime que l'ordonnance rendue à l'issue de l'audience aura des répercussions sur environ 104 000 personnes qui demandent des visas en vue d'être admis au Canada de façon permanente¹.

[2] À l'issue de l'audience, la Cour a indiqué aux avocats qu'une ordonnance reflétant le résultat de celle-ci serait rendue de toute urgence pour protéger l'intégrité de la ou des catégories de personnes cherchant à immigrer au Canada qui sont touchées par cette ordonnance. La Cour a également indiqué que les motifs de cette ordonnance suivraient.

[3] In the result, an order issued on Friday June 20, 2003. The substantive paragraphs of the order read as follows:

1. The Minister of Citizenship and Immigration (the "Respondent") is directed to refrain from finally rejecting applications for permanent residence submitted before the 1st of January, 2002 by economic class applicants seeking immigrant visas, and who have not been provided notice of a decision thereon before the date of this Order, save and except in the cases of such applicants who notify the Respondent in writing of their consent to a final rejection. This direction shall continue in force until further order of this Court.
2. The Respondent is further directed to provide to persons whose applications seeking immigrant visas are affected by paragraph 1 of this Order a notice in the language in which the Respondent has heretofore communicated with them, substantially to the effect of the form set out as Appendix "A" to this Order, except that the heading in that Appendix "expected hearing date" and the paragraph appearing under that heading shall be deleted. Counsel who participated or observed at the hearing giving rise to this Order shall use their best efforts to reach agreement on the form of such notice within ten (10) days of the date of this Order and thereafter shall forthwith submit any agreed form for approval by the Court. In the event that no agreement can be reached on the form of a notice within the time provided, counsel for the Respondent shall forthwith report to the Court indicating areas of agreement as to the form of notice, areas of disagreement and alternative proposals in such areas. Thereafter, a further Order of the Court will issue fixing the form of a notice.
3. In all other respects, the motions before the Court in these matters on the 17th day of June, 2003, are dismissed.²

[4] While the substance of the order reflects substantial relief in favour of individuals seeking to immigrate to Canada, and a significant continuing burden for the respondent, the order is not as broad in its terms as certain of the applicants before the Court were seeking. It also seeks to provide a mechanism whereby individuals seeking to come to Canada who are now, for whatever reason, prepared to abandon that ambition, at least for the moment, may "opt out" of the continuing impact of the order either unconditionally or on terms settled between themselves and the respondent.

[3] Par conséquent, une ordonnance a été rendue le vendredi 20 juin 2003. Les paragraphes importants de cette ordonnance sont les suivants:

[TRADUCTION]

1. La Cour enjoint au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le défendeur) de s'abstenir de rejeter de façon définitive les demandes de résidence permanente déposées avant le 1^{er} janvier 2002 par des demandeurs de la catégorie économique qui demandent des visas d'immigrant et qui n'ont pas reçu d'avis qu'une décision a été prise à cet égard avant la date de la présente ordonnance, à l'exception de ceux qui informent par écrit le défendeur qu'ils consentent à ce rejet définitif. Cette directive demeurera en vigueur jusqu'à nouvel ordre de la présente Cour.
2. La Cour enjoint de plus au défendeur de faire parvenir aux personnes dont les demandes de visas d'immigrant sont visées par le paragraphe 1 de la présente ordonnance un avis, dans la langue dans laquelle le défendeur a jusqu'ici communiqué avec elles, reprenant substantiellement la forme de l'Annexe A joint à la présente ordonnance, en excluant la rubrique de cette annexe intitulée «Date d'audition prévue» et le paragraphe qui s'y rattache. Les avocats qui ont participé ou fait des observations à l'audience à l'issue de laquelle la présente ordonnance est rendue s'efforceront de s'entendre sur la forme que doit prendre cet avis dans les dix (10) jours suivant la date de la présente ordonnance et par la suite remettront sans délai le modèle convenu à la Cour pour approbation. Au cas où les parties ne pourraient s'entendre sur la forme de l'avis dans le délai imparti, l'avocat du défendeur signalera sans retard à la Cour les points d'entente quant à la forme de l'avis, ainsi que les désaccords et des propositions de rechange. Par la suite, une autre ordonnance de la Cour sera rendue pour fixer la forme de l'avis.
3. À tous autres égards, les requêtes entendues par la Cour le 17 juin 2003 dans le cadre de ces instances sont rejetées².

[4] Bien que l'ordonnance semble, sur le fond, accorder des réparations considérables en faveur des personnes qui demandent à immigrer au Canada, et constituer un fardeau permanent assez lourd pour le défendeur, ses conditions ne sont pas aussi larges ou généreuses que ce que réclamaient certains des demandeurs. L'ordonnance tente également de fournir un mécanisme par lequel les personnes qui demandent à entrer au Canada et qui sont maintenant, pour quelle que raison que ce soit, prêtes à renoncer à cette ambition, du moins pour le moment, peuvent «choisir de ne pas être

[5] These are the reasons for the order issued.

BACKGROUND

[6] When the individuals seeking to immigrate to Canada who are impacted by the Court's order (the "putative class") and others in respect of whom relief was sought filed their applications for permanent residence, the recently repealed *Immigration Act*³ (the former Act) and the corresponding Regulations, the *Immigration Regulations, 1978*⁴ (the 1978 Regulations), were still in force. On 28 June, 2002, in general terms, the former Act and the 1978 Regulations were repealed and replaced by the *Immigration and Refugee Protection Act*⁵ (the IRPA) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations*⁶ (the IRPR).

[7] The Regulatory Impact Analysis Statement⁷ in relation to the IRPA and the IRPR, at pages 214-216 of the cited Volume, explained the rather dramatic changes to the regulatory scheme impacting the putative class in the following terms:

VIII—SKILLED WORKERS—PART 6, DIVISION 1, AND PART 20, DIVISION 11

Description

Subsection 12(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) provides for the selection of immigrants as members of an economic class based on their ability to become successfully established in Canada. These regulations create such a class. The Economic Class includes the following classes: The Federal Skilled Worker Class, the Quebec Skilled Worker Class, the Self-employed Person Class, the Investor Class, the Entrepreneur Class and the Provincial Nominee Class. The Regulations for the Federal Skilled Worker Class establish the selection criteria and prescribe the weight to be given to each selection factor. Subject to transitional rules, these requirements will be applied to all applications for the Skilled Worker Class received after the coming into force of the IRPA and to applicants who had applied before the coming into force who have either not had a selection interview or had a decision by an officer to waive their selection interview.

touchées» par l'effet permanent de l'ordonnance, soit inconditionnellement, soit aux conditions convenues entre le défendeur et elles-mêmes.

[5] Voici les motifs de l'ordonnance qui a été rendue.

CONTEXTE

[6] Quand les personnes demandant à immigrer au Canada qui sont visées par l'ordonnance de la Cour (la catégorie présumée) et d'autres personnes à l'égard desquelles on demande réparation ont déposé leur demande de résidence permanente, la *Loi sur l'immigration*³ récemment abrogée (l'ancienne Loi) et le règlement correspondant, soit le *Règlement sur l'immigration de 1978*⁴ (le Règlement de 1978), étaient encore en vigueur. Le 28 juin 2002, la Loi et le Règlement de 1978 ont été abrogés et remplacés par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁵ (la LIPR) et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁶ (le RIPR).

[7] Le résumé de l'étude d'impact de la réglementation⁷, traitant de la LIPR et du RIPR, explique, aux pages 214 à 216 du volume cité, les changements plutôt draconiens qui ont été apportés au système de réglementation et qui ont des effets sur la catégorie présumée dans les termes suivants:

VIII—TRAVAILLEURS QUALIFIÉS—PARTIE 6, SECTION 1 ET PARTIE 20, SECTION 11

Description

Le paragraphe 12(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) prévoit la sélection d'immigrants dans la catégorie «immigration économique» en fonction de leur capacité de s'établir au Canada. Ces dispositions réglementaires créent cette catégorie d'immigration économique, qui comprend les catégories suivantes: les travailleurs qualifiés (fédéral), les travailleurs qualifiés (Québec), les travailleurs autonomes, les investisseurs, les entrepreneurs et les candidats des provinces. Les dispositions réglementaires concernant la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) établissent les critères de sélection et le poids à accorder à chacun des facteurs de sélection. Sous réserve de règles transitoires, ces exigences seront appliquées à toutes les demandes reçues dans la catégorie des travailleurs qualifiés après l'entrée en vigueur de la LIPR et aux personnes qui ont présenté leur demande avant l'entrée en vigueur de la Loi et qui, soit n'ont pas encore eu

The need for program change

IMPROVE THE ECONOMIC SUCCESS RATE OF FEDERAL SKILLED WORKERS

- by updating the selection system to reflect the need of the modern labour market.

The current selection system, originally crafted in the late 1960s, was built around an “occupational demand” micro-management model. This model envisages the Government matching an immigrant’s single “intended” occupation to narrow Canadian labour market demand niches. In the modern, dynamic Canadian economy, this form of micro-management is no longer practicable or desirable—occupational demand may change faster than governments can adapt and immigrants are not selected on the basis of flexible skills. Additionally, in the modern labour market, individuals’ occupations and careers tend to be more varied making the single “intended occupation” premise increasingly outdated.

This was the conclusion of the Prime Minister’s Advisory Council on Science and Technology Expert Panel on Skills in its 1998 report entitled *Stepping Up: Skills and Opportunities in the Knowledge Economy*:

The rapid change in the demand for skills and the continuous emergence on new skill sets means that the present Skilled Worker selection system, focused as it is on an essentially static list of “occupations in demand”, cannot meet the needs of our dynamic economy.

The present selection system is heavily biased in favour of professional education, as the Education, Experience and Educational and Training factors, taken as a whole, place more emphasis on university-educated applicants as opposed to those with skilled trade or technical occupations. Canada’s modern labour market values all forms of quality education and training, not just those that lead to a university degree.

- by selecting federal skilled workers who will perform better economically in Canada.

The Federal Skilled Worker selection model is designed to identify economic immigrants who will be able to provide a significant economic benefit to Canada. This is not to imply that economic immigrants do not also provide important social

d’entrevue de sélection, soit ont été exemptées de l’entrevue de sélection par un agent.

Justification des modifications

AMÉLIORER LE TAUX DE RÉUSSITE ÉCONOMIQUE DES TRAVAILLEURS QUALIFIÉS (FÉDÉRAL)

- en actualisant le système de sélection en fonction des besoins du marché du travail moderne.

Le système de sélection actuel, mis sur pied vers la fin des années 1960, a été construit autour d’un modèle de micro-gestion axé sur les «professions en demande». Ce modèle vise à jumeler la profession qu’un immigrant a l’intention d’exercer à une niche étroite sur le marché du travail canadien. Dans l’économie moderne et dynamique du Canada, ce type de micro-gestion n’est ni possible ni souhaitable—la demande peut changer plus rapidement que les gouvernements ne peuvent s’adapter et les immigrants ne sont pas choisis en fonction de l’adaptabilité de leurs compétences. De plus, dans le marché du travail moderne, les professions et les carrières tendent à être plus variées, ce qui rend le concept de «profession envisagée» de plus en plus désuet.

C’est la conclusion à laquelle en est arrivé le Groupe d’experts sur les compétences du Conseil consultatif du Premier Ministre sur les sciences et la technologie dans son rapport de 1998 intitulé *Viser plus haut: Compétence et esprit d’entreprise dans l’économie du savoir*:

En raison de l’évolution rapide de la demande de compétences et de l’émergence continue de nouveaux ensembles de compétences, le système actuel dit de «sélection de travailleurs qualifiés», fondé essentiellement sur une liste statique de «professions en demande», n’est pas en mesure de répondre aux besoins de notre économie dynamique.

Le système de sélection actuel est fortement biaisé en faveur de la formation universitaire, puisque pris ensemble, les facteurs Études, Expérience, et Étude et formation favorisent les demandeurs ayant une formation universitaire plutôt que les techniques et gens de métier. Le marché du travail moderne du Canada valorise tous les types d’études et de formation de qualité, non seulement ceux qui mènent à un diplôme universitaire.

- en sélectionnant des travailleurs qualifiés (fédéral) qui ont des meilleures chances de réussite économique au Canada.

Le modèle de sélection des travailleurs qualifiés (fédéral) est conçu pour identifier les membres de la catégorie immigration économique qui seront en mesure de faire une contribution économique importante à la société canadienne.

benefits to Canada, but the primary goal of their selection should be their positive economic impact. Not only is this beneficial to Canada, but to the immigrant as well. Prior to 1988, economic immigrants consistently averaged higher employment earnings than the general Canadian population, even as early as one year after they arrived in Canada.

Historically, skilled worker immigrants have economically outperformed other immigrants and have even economically outperformed the average Canadian worker. While still outperforming other immigrants, the performance of new skilled worker immigrants in the 1990s has fallen below that of the average Canadian tax filer, as shown in Table 1 below.

[Table 1 omitted]

It is now taking university-educated immigrants up to 10 year [*sic*] to reach the employment earnings of comparably educated Canadians. Canadian unemployment and social assistance data also show the less successful record of recent skilled worker immigrants over those who arrived in the 1980s. While there are, no doubt, many factors responsible for this trend, the present outdated and unresponsive selection system has played an important role.

The current selection system permits the selection of individuals with lower levels of educational attainment. For example, approximately 10 percent of skilled worker immigrants now have a secondary level education or less. Yet, in the modern knowledge-based Canadian labour market, over 70 percent of new jobs in Canada require some form of post-secondary education, and Human Resources and Development Canada (HRDC) predicts that fewer than 6 percent of job openings in the next five years will be available for those with less than a high school education. It is not in the long-term interest of the Canadian economy to economic immigrants who will have such narrow labour market options upon their arrival in Canada.

The present selection system does not recognize the considerable economic and social benefits to Canada of having skilled immigrants with direct Canadian experience. There is considerable evidence that employees place a premium on Canadian work experience and education.

[8] During the course of consideration of the IRPA and the IRPR in Parliament, the changes impacting the

Cela ne signifie pas que l'immigration économique n'a pas d'avantages importants pour le Canada sur la plan social, mais l'objectif principal de la sélection des membres de cette catégorie devrait être leur effet économique positif. Cela est non seulement bénéfique pour le Canada, mais aussi pour l'immigrant lui-même. Avant 1988, les revenus d'emploi moyens des membres de la composante économique étaient régulièrement plus élevés que ceux de la population générale du Canada, même à peine un an après leur arrivée au Canada.

Historiquement, les travailleurs qualifiés immigrants ont réussi mieux que les autres immigrants, et même mieux que le travailleur canadien moyen, sur le plan économique. Au cours des années 1990, même s'il dépassait encore celui d'autres immigrants, le rendement des nouveaux travailleurs qualifiés immigrants a été inférieur à celui du contribuable canadien moyen, tel que le démontre le Tableau 1.

[Tableau 1 omis]

Les immigrants ayant fait des études universitaires mettent maintenant jusqu'à 10 ans pour gagner des revenus d'emplois équivalant à ceux des Canadiens ayant un niveau de scolarité comparable. Les données sur le chômage et l'aide sociale démontrent aussi une baisse du taux de réussite des travailleurs qualifiés récemment immigrés par rapport à ceux arrivés aux cours des années 1980. Cette tendance est sans doute attribuable à de nombreux facteurs, mais le système de sélection actuel, désuet et inadapté, y a joué un rôle important.

Le système de sélection actuel permet de choisir des personnes qui ont moins de scolarité. Par exemple, environ 10 p. 100 des travailleurs qualifiés immigrants ont maintenant un diplôme d'études secondaires ou moins. Mais dans le marché du travail canadien moderne, axé sur le savoir, plus de 70 p. 100 des nouveaux emplois au Canada exigent des études postsecondaires, et Développement des Ressources humaines Canada (DRHC) prévoit qu'au cours des cinq prochaines années, moins de 6 p. 100 des débouchés seront offerts à des personnes ayant une scolarité inférieure au secondaire. Il n'est pas dans l'intérêt de l'économie canadienne de choisir des membres de la catégorie immigration économique qui ont très peu de débouchés à leur arrivée sur le marché du travail canadien.

Le système de sélection actuel ne reconnaît pas les importants avantages économiques et sociaux des immigrants qualifiés qui ont déjà une expérience de travail directe au Canada. On dispose d'une preuve abondante selon laquelle les employeurs recherchent des travailleurs qui ont acquis une formation ou une expérience de travail au Canada.

[8] Au cours de l'examen de la LIPR et du RIPR à la Chambre, les changements ayant des répercussions sur la

putative class were a matter of significant concern. That element of the background to these reasons and the related order was considered by my colleague Justice Kelen in *Dragan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*.⁸ For ease of reference, Justice Kelen's summary of the facts that were before him, as they related primarily to persons who would have been members of the putative class if their applications for immigration to Canada had not been dealt with before March 31, 2003, is reproduced as Appendix B to these reasons.

[9] None of the applications for immigration to Canada of members of the putative class were finally dealt with before March 31, 2003 despite the fact that, on cross-examination on his affidavit, an officer in the respondent's department acknowledged that, for those in relation to whom an interview was not required, the Minister and his officials in many cases had before them all of the information and documentation required to enable them to make final determinations with relatively little further expenditure of time and effort on each individual case.

[10] Evidence before the Court indicates that the respondent, through his officials, has, since March 31, 2003, commenced to reject certain of the applications of members of the putative class.

ANALYSIS LEADING TO THE ORDER ISSUED

(1) The direction to refrain

(a) The Court's jurisdiction

[11] Subsections 18(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and (3) [as am. *idem*] of the *Federal Court Act*⁹ (the Act) read as follows:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

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

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

catégorie présumée ont soulevé beaucoup d'inquiétudes. Cet élément du contexte des présents motifs et de l'ordonnance qui s'y rapporte a été examiné par mon collègue le juge Kelen dans la décision *Dragan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*.⁸ Pour faciliter la consultation, le résumé qu'a fait le juge Kelen des faits dont il était saisi, et qui avaient principalement trait aux personnes qui auraient fait partie de la catégorie présumée si leur demande d'immigration au Canada n'avait pas été traitée avant le 31 mars 2003, est joint à l'annexe B des présents motifs.

[9] Aucune des demandes d'immigration au Canada des membres de la catégorie présumée n'a finalement été traitée avant le 31 mars 2003, même si, au cours du contre-interrogatoire se rapportant à son affidavit, un agent du ministère du défendeur a reconnu que, pour les personnes au sujet desquelles une entrevue n'était pas nécessaire, le ministre et ses délégués disposaient dans bon nombre de cas de tous les renseignements et documents leur permettant de rendre une décision finale sans avoir à consacrer beaucoup plus de temps et d'effort pour régler chacun de ces cas.

[10] La preuve dont était saisie la Cour indique que le défendeur, par l'entremise de ses agents, a depuis le 31 mars 2003, commencé à rejeter certaines des demandes des membres de la catégorie présumée.

ANALYSE MENANT À L'ORDONNANCE RENDUE

1) L'ordre de s'abstenir

a) La compétence de la Cour

[11] Les paragraphes 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et (3) [mod., *idem*] de la *Loi sur la Cour fédérale*⁹ (la Loi) disposent comme suit:

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

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

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

...

[...]

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

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

[12] It was not in dispute before me that section 28 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8] of the Act does not operate to limit the jurisdiction of the Trial Division¹⁰ under section 18 on the facts of this matter. Further, I am satisfied that it was not in dispute before me that the direction to refrain is in the nature of an injunction and that the respondent is, once again on the facts of this matter, a "federal board, commission or other tribunal". Each of the underlying applications before the Court are applications for judicial review made under section 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the Act. In each of such applications, there is a request that the Court direct under subsection 18.4(2) [as enacted *idem*] of the Act that the application for judicial review be "treated and proceeded with as an action", and if so treated and proceeded with, be converted to a class action.

[12] Il n'a pas été contesté devant moi que l'article 28 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8] de la Loi n'a pas pour effet de limiter la compétence de la Section de première instance¹⁰ conférée par l'article 18 à l'égard des faits de l'espèce. En outre, je suis convaincu qu'il n'a pas été contesté devant moi que l'ordre de s'abstenir est de la nature d'une injonction et que le défendeur est, une fois encore d'après les faits de l'espèce, un «office fédéral». Toutes les demandes dont la Cour est saisie sont des demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'article 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la Loi. Dans chacune d'elles, il y a une demande pour que la Cour ordonne, aux termes du paragraphe 18.4(2) [édicte, *idem*] de la Loi, que la demande de contrôle judiciaire soit «instruite comme s'il s'agissait d'une action» et si elle est ainsi instruite, qu'elle soit convertie en recours collectif.

[13] Subsection 18.2 [as enacted *idem*] of the Act reads as follows:

[13] L'article 18.2 [édicte, *idem*] de la Loi est rédigé dans les termes suivants:

18.2 On an application for judicial review, the Trial Division may make such interim orders as it considers appropriate pending the final disposition of the application.

18.2 La Section de première instance peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.

[14] I am satisfied that it is beyond question that the direction to refrain is an "interim order" as contemplated by section 18.2 of the Act.

[14] Il n'y a aucun doute dans mon esprit que l'ordre de s'abstenir constitue une «mesure provisoire» prévue à l'article 18.2 de la Loi.

[15] Given my conclusion with respect to jurisdiction, the critical questions remaining are, I am satisfied, the following: first, whether an interim order made under section 18.2 of the Act can extend to members of a class, here a very substantial number of members of a putative class, which putative class comprises the applicants before the Court, but also includes many persons who are not before the Court; and secondly, if the answer to the first question is "yes", then whether the making of such an order is justified on the materials before the Court and the submissions at hearing.

[15] Compte tenu de ma conclusion au sujet de la compétence de la Cour, les questions essentielles sont j'en suis convaincu les suivantes: tout d'abord, une mesure provisoire prise en vertu de l'article 18.2 de la Loi peut-elle viser des membres d'un groupe, en l'espèce un très grand nombre de personnes d'une catégorie présumée, catégorie qui englobe non seulement les demandeurs comparaisant devant la Cour mais aussi beaucoup d'autres personnes qui ne se trouvent pas à l'heure actuelle devant la Cour; et deuxièmement, si la réponse à la première question est affirmative, alors le prononcé d'une telle ordonnance est-il justifié d'après les

éléments dont la Cour dispose et les plaidoiries faites à l'audience.

(b) Extension to members of the putative class

[16] With the approval of the Governor in Council pursuant to subsection 46(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14] of the Act, the *Federal Court Rules, 1998*¹¹ were amended by SOR/2002-417, section 17 to include rules 299.1 to 299.4 governing class actions before this Court (the Class Action Rules). I emphasize that the new Rules govern “class actions” and not “class proceedings” and that therefore they do not extend to class judicial review applications. That being said, as earlier noted, the applications before the Court all seek direction that they be “treated and proceeded with as . . . action[s].” The Court has taken the position that it is inappropriate to consider providing such direction unless and until leave is given by the Court, as required, to proceed with the application for judicial review.

[17] Leave has been given with respect to the *Borisova* matter. The process is under way to perfect the applications for leave on the other three matters before the Court. That being said, there are a range of parallel proceedings in the nature of applications for judicial review in which the process leading to perfection of leave applications is not advancing, or is advancing more slowly than for the *Dass*, *Anand* and *Rasolzadeh* matters. The Court has taken the further position that, in the interests of justice, further steps on each of the applications for judicial review should eventually proceed in lock step in order to ensure that applicants within the putative class whose applications for judicial review might be granted leave and might be directed to be treated and proceeded with as actions will not be disadvantaged in eventually taking part in a certification process under the class action rules.

[18] In short then, by reason of: first, the fact that the Court’s Class Action Rules relate only to actions, and I am satisfied that this includes judicial review

b) Inclusion des membres de la catégorie présumée

[16] Avec l’approbation du gouverneur en conseil, aux termes du paragraphe 46(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8 art. 14] de la Loi, les *Règles de la Cour fédérale (1998)*¹¹ ont été modifiées à DORS/2002-417, article 17, pour inclure les règles 299.1 à 299.4 régissant les recours collectifs déposés devant la présente Cour (les règles régissant les recours collectifs). J’insiste sur le fait que les nouvelles règles régissent les «recours collectifs instruits comme une action» et que, par conséquent, elles ne s’étendent pas aux demandes de contrôle judiciaire collectives. Cela dit, comme je l’ai déjà noté, les demandes dont est saisie la présente Cour réclament toutes des directives pour qu’elles soient «instruites comme [des actions]». La Cour a décidé qu’il n’est pas approprié d’envisager de donner une telle directive tant et aussi longtemps qu’elle n’aura pas donné l’autorisation, au besoin, de poursuivre ces demandes de contrôle judiciaire.

[17] L’autorisation a été accordée pour ce qui concerne l’affaire *Borisova*. Les formalités suivent leur cours afin que les demandes d’autorisation soient mises en état pour les trois autres affaires dont la Cour est saisie. Cela dit, il y a toute une série de procédures parallèles de la nature d’un contrôle judiciaire à l’égard desquelles les formalités menant à la mise en état des demandes d’autorisation n’avancent pas, ou avancent plus lentement que pour les affaires *Dass*, *Anand* et *Rasolzadeh*. La Cour a donc décidé que, dans l’intérêt de la justice, toutes autres mesures concernant chacune des demandes de contrôle judiciaire devraient être prises par échelons afin de s’assurer que les demandeurs faisant partie de la catégorie présumée dont les demandes de contrôle judiciaire pourraient être autorisées et ensuite être instruites comme des actions ne soient pas défavorisés s’ils sont appelés à prendre part à un éventuel processus d’autorisation en vertu des règles régissant les recours collectifs.

[18] En résumé donc, tout d’abord du fait que les règles régissant les recours collectifs de la Cour n’ont trait qu’à des actions, et je suis convaincu que cela inclut

applications that are to be “treated and proceeded as . . . action[s]”; secondly, the number of related proceedings before the Court instituted by a significant number of counsel in Montréal, Toronto, Edmonton and Vancouver, the number of applicants within the putative class and the difficulty in communicating with them; and finally, the Court’s very limited experience with its Class Action Rules, the Court is, I regret to say, a significant time from any decision on certification of a class action. I am satisfied that the foregoing realities should not work to the disadvantage of members of the putative class. That being said, the interests of members of the putative class cannot be considered without at the same time having regard to the public interest reflected in the earlier quoted extract from the relevant Regulatory Impact Analysis Statement.

[19] In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*¹², the Chief Justice, for the Court, wrote at paragraphs 33 and 34:

The absence of comprehensive legislation means that courts are forced to rely heavily on individual case management to structure class proceedings. This taxes judicial resources and denies the parties *ex ante* certainty as to their procedural rights. One of the main weaknesses of the current Alberta regime is the absence of a threshold “certification” provision. In British Columbia, Ontario, and Quebec, a class action may proceed only after the court certifies that the class and representative meet certain requirements. In Alberta, by contrast, courts effectively certify *ex post*, only after the opposing party files a motion to strike. It would be preferable if the appropriateness of the class action could be determined at the outset by certification.

Absent comprehensive legislation, the courts must fill the void under their inherent power to settle the rules of practice and procedure as to disputes brought before them: However desirable comprehensive legislation on class action practice may be, if such legislation has not been enacted, the courts must determine the availability of the class action and the mechanics of class action practice. [Citations omitted.]

[20] This Court now has in place comprehensive class action rules that provide for an early certification

les demandes de contrôle judiciaire qui doivent être «instruites comme [des actions]», deuxièmement en raison du nombre des procédures connexes dont la Cour est saisie et qui ont été intentées par un grand nombre d’avocats à Montréal, Toronto, Edmonton et Vancouver, du nombre de demandeurs faisant partie de la catégorie présumée et de la difficulté de communiquer avec eux, et finalement du fait de l’expérience très limitée qu’a la Cour de l’application de ses règles régissant les recours collectifs, j’ai le regret d’annoncer qu’il s’écoulera encore pas mal de temps avant qu’une décision concernant l’autorisation d’un recours collectif puisse être rendue. Je suis convaincu que les réalités que je viens d’énumérer ne devraient pas jouer au détriment des membres de la catégorie présumée. Cela dit, les intérêts des membres de la catégorie présumée ne peuvent être pris en compte sans en même temps tenir compte de l’intérêt public qui est mentionné dans l’extrait reproduit ci-dessus du résumé de l’étude d’impact de la réglementation.

[19] Dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*¹², le juge en chef, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré ceci aux paragraphes 33 et 34:

L’une des plus importantes lacunes du régime albertain actuel est l’absence de disposition d’accréditation préalable. En Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec, un recours collectif ne peut être intenté que si le tribunal certifie que le groupe et le représentant satisfont à certaines exigences. En Alberta, par contre, les tribunaux certifient en réalité *a posteriori*, et seulement après que la partie adverse dépose une requête en annulation. Il serait préférable que l’opportunité d’un recours collectif puisse être déterminée dès le début par des modalités d’accréditation.

En l’absence de législation complète, les tribunaux doivent combler ces lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d’établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis: [. . .] Si souhaitable soit-il d’avoir une législation complète en matière d’exercice des recours collectifs, quand cette législation n’existe pas, les tribunaux doivent décider de l’opportunité du recours collectif et des modalités de son exercice. [Citations omises.]

[20] La présente Cour a maintenant adopté des règles complètes régissant les recours collectifs qui prévoient

process. However, for reasons that are not important here, the Court's rules do not facilitate a clear and straight forward process where parties, by reason of some or all of the reliefs they are seeking, must proceed, not by action but by judicial review. In keeping with the direction from the Supreme Court of Canada, I am satisfied that this Court should not allow the nature of its processes to unduly disadvantage members of a putative class.

[21] In order to protect the integrity of the class, I am satisfied that it was and remains appropriate, and indeed imperative, for the Court to direct interim relief in the nature of the direction to refrain provided, assuming of course, that relief in the nature of an injunction is justified in law.

[22] I take comfort in the fact that there is precedent for this Court to reach out to parties not before the Court. While the facts in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*¹³ are very different from those now before the Court, I am satisfied that the reasoning reflected in paragraphs 35 to 37 in the majority reasons in that matter support the conclusion that I have reached based upon a liberal interpretation of section 44 of the Act. That section reads as follows:

44. In addition to any other relief that the Court may grant or award, a *mandamus*, injunction or order for specific performance may be granted or a receiver appointed by the Court in all cases in which it appears to the Court to be just or convenient to do so, and any such order may be made either unconditionally or on such terms and conditions as the Court deems just.

[23] The majority of the Supreme Court in *Canadian Liberty Net* relied on the words "other relief" in section 44 of the Act. For ease of reference, I quote in part paragraphs 35 to 37 from that decision to which I have earlier referred:

In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction on the Federal Court.

une procédure d'autorisation. Toutefois, pour des raisons qui ne sont pas importantes en l'espèce, les règles de la Cour ne favorisent pas une procédure simple et directe lorsque les parties, du fait de certaines ou de la totalité des réparations qu'elles réclament, doivent procéder, non pas par voie d'action, mais par voie de contrôle judiciaire. Pour demeurer dans l'esprit de la directive donnée par la Cour suprême du Canada, je suis convaincu que la présente Cour ne devrait pas permettre que la nature de cette procédure défavorise indûment les membres d'une catégorie présumée.

[21] Afin de protéger l'intégrité du groupe, je suis convaincu qu'il était et qu'il demeure approprié, et en fait qu'il est impératif, que la Cour ordonne des mesures provisoires de la nature de l'ordre de s'abstenir qui a été donné, en supposant bien entendu que la réparation de la nature d'une injonction est justifiée en droit.

[22] Je suis conforté dans mon opinion par le fait qu'il existe un précédent permettant à la Cour de rejoindre les parties qui ne comparaissent pas devant elle. Bien que les faits dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*¹³ soient très différents de ceux dont la Cour est saisie en l'espèce, je suis convaincu que le raisonnement qui est énoncé aux paragraphes 35 à 37 des motifs de la majorité dans cette affaire appuie la conclusion à laquelle j'en suis arrivé en m'appuyant sur une interprétation libérale de l'article 44 de la Loi. Cet article stipule ce qui suit:

44. Indépendamment de toute autre forme de réparation qu'elle peut accorder, la Cour peut, dans tous les cas où il lui paraît juste ou opportun de le faire, décerner un *mandamus*, une injonction ou une ordonnance d'exécution intégrale, ou nommer un séquestre, soit sans condition soit selon les modalités qu'elle juge équitables.

[23] Dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, la majorité des juges de la Cour suprême s'est appuyée sur les mots «toute autre forme de réparation» utilisés à l'article 44 de la Loi. Pour faciliter la consultation, je reproduis ci-dessous les paragraphes 35 à 37 de cet arrêt, auxquels j'ai fait référence ci-dessus:

Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d'interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, . . . Parliament intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

In this case, I believe it is within the obvious intendment of the *Federal Court Act* and the *Human Rights Act* that s. 44 grant jurisdiction to issue an injunction in support of the latter.

Substituting the IRPA for the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6], I am satisfied that precisely the same can be said on the facts of this matter.

(c) A direction in the nature of an injunction

[24] It is trite law that the test for the grant of an order of the nature here under consideration is three fold: first, there must be a serious issue to be tried; secondly, on the facts of this matter, irreparable harm to the members of the putative class must be demonstrated if the order is not granted; and finally, it must be demonstrated that the balance of convenience, taking into account the public interest, favours the members of the putative class.

[25] The threshold for establishing serious issue to be tried is a low one. In *North American Gateway Inc. v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*,¹⁴ Justice McDonald wrote at paragraphs 10 and 11:

The jurisprudence directs that the threshold of “serious issue to be tried” is a low one. The earlier jurisprudence suggested that the applicant had to establish a *prima facie* case before a stay would be granted. Since the decisions of the

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette Cour par d’autres lois fédérales, [. . .] le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu’il s’agit d’une question relevant clairement de son rôle de surveillance d’un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l’issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

En l’espèce, je suis d’avis qu’il ressort clairement de l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et de la *Loi sur les droits de la personne* que l’art. 44 confère à la Cour fédérale la compétence d’accorder une injonction dans le cadre de l’application de la *Loi sur les droits de la personne*.

Substituant la LIPR à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], je suis convaincu que le même raisonnement peut s’appliquer aux faits de l’espèce.

c) Un ordre de la nature d’une injonction

[24] Il est bien reconnu en droit que le critère à appliquer pour rendre une ordonnance de la nature recherchée en l’espèce est triple: tout d’abord, il doit y avoir une question sérieuse à juger; deuxièmement, d’après les faits de l’affaire, il faut établir que les membres de la catégorie présumée subiront un préjudice irréparable si l’ordonnance ne leur est pas accordée; et finalement, il faut établir que la prépondérance des inconvénients, en tenant compte de l’intérêt public, penche en faveur de la catégorie présumée.

[25] Le seuil concernant l’établissement d’une question sérieuse à juger est bas. Dans l’arrêt *North American Gateway Inc. c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*¹⁴, le juge McDonald a écrit ceci aux paragraphes 10 et 11:

Selon la jurisprudence, le seuil d’opposabilité d’une «question sérieuse à juger» est bas. Selon l’ancienne jurisprudence, la partie requérante devait établir une apparence de droit suffisante avant qu’une suspension d’instance ne pût

Supreme Court of Canada in *Metropolitan Stores Limited v. Manitoba Food and Commercial Workers et al.*, . . . and *R.J.R. MacDonald*, . . ., the courts have held that the threshold is much lower: the applicant need only satisfy the Court that the matter on appeal is neither frivolous nor vexatious.

I am mindful that this lower threshold is most often applied in Charter cases and where fundamental issues of public policy are at stake. I note, though, that this Court has applied this same low threshold in non-Charter cases: . . . In any event, I am of the view that where the Court is asked to review a decision of a party vested with the public interest like the CRTC, the lower standard of “frivolous or vexatious” should apply. [Citations omitted; emphasis added.]

[26] I am satisfied that, on the facts of this matter, the respondent is “a party vested with the public interest” and that therefore the lower standard of “frivolous or vexatious” should apply. Against that standard, I am satisfied that the reasons of my colleague Justice Kelen in *Dragan*, *supra*, clearly demonstrate that the applications for judicial review that underlie this matter, which reflect to a very significant degree the issues in *Dragan* against a different time frame, is met. The issues in *Dragan* were determined by the Court of Appeal to be moot. The basis of the determination was that each of the applicants who were successful before Mr. Justice Kelen had his or her application for an immigrant visa finally determined before March 31, 2003. Such is not the case with members of the putative class. I am satisfied that this distinction is sufficient to ensure that the matters now before the Court are not moot.

[27] I turn then to the question of irreparable harm. I am satisfied that it is trite to say that the opportunity to immigrate to Canada, particularly from “third world” or “developing” countries is viewed by many as a singularly attractive goal, the loss of which, or even the reduction of the likelihood of success on which, is not compensable in damages. Many members of the putative class would suffer such a loss or reduction of the likelihood of success if their applications were to be processed under the new criteria. In *Kanes v. Canada*

être accordée. Depuis les décisions de la Cour suprême du Canada dans *Metropolitan Stores Limited c. Manitoba Food and Commercial Workers et al.*, [. . .] et *R.J.R. MacDonald*, [. . .] les tribunaux ont décidé que le seuil est beaucoup plus bas: il suffit pour la partie requérante de convaincre la Cour que la question de l’appel n’est ni futile ni vexatoire.

Je demeure conscient que ce seuil moins élevé est très souvent appliqué dans les affaires relatives à la Charte et où sont en jeu des questions fondamentales d’ordre public. Je fais remarquer, cependant, que la Cour a appliqué ce même seuil bas dans des affaires étrangères à la Charte [. . .]. De toute façon, je suis d’avis que s’il est demandé à la Cour de contrôler la décision d’une partie investie de l’intérêt public comme le CRTC, le seuil plus bas relatif au caractère «futile ou vexatoire» devrait s’appliquer. [Citations omises, non souligné dans l’original.]

[26] Je suis convaincu que, d’après les faits de l’espèce, le défendeur est «une partie investie de l’intérêt public» et que, par conséquent, le seuil plus bas relatif au caractère «futile ou vexatoire» devrait s’appliquer. Au regard de ce seuil, je suis convaincu que les motifs de mon collègue le juge Kelen dans la décision *Dragan*, précitée, démontrent clairement que les demandes de contrôle judiciaire qui sous-tendent la présente espèce, et qui sont très semblables aux questions dans l’affaire *Dragan*, mais avec un délai différent, répondent à cette première partie du critère. La Cour d’appel a décidé que les questions soulevées dans l’affaire *Dragan* étaient théoriques. La raison en est que, pour tous les demandeurs qui ont obtenu gain de cause devant le juge Kelen, une décision finale a été prise au sujet de leur demande de visa d’immigrant avant le 31 mars 2003. Ce n’est pas le cas pour les membres de la catégorie présumée. Je suis convaincu que cette distinction est suffisante pour dire que les questions dont la Cour est maintenant saisie ne sont pas théoriques.

[27] J’aborde maintenant la question du préjudice irréparable. Je suis convaincu qu’il est bien reconnu en droit que la possibilité d’immigrer au Canada, plus particulièrement en provenance du «Tiers Monde» ou des «pays en voie de développement» est vue par bon nombre de personnes comme un objectif particulièrement attrayant, dont la privation, ou même l’amointrissement des probabilités de l’atteindre, ne peut être compensée par des dommages-intérêts. Bon nombre des membres de la catégorie présumée se retrouveraient

(*Minister of Employment and Immigration*),¹⁵ Justice Reed wrote at paragraph 10:

I find irreparable harm exists in this case, not as the result of a series of possibilities but as a certainty. The harm which befalls the applicant, if a stay order is not granted, is that he is not allowed to seek landing on the basis of having proved a credible basis to his refugee claim. He will only be able to seek landing after having met a much heavier burden of proof: that applicable before the C.R.D.D. Given the value put on obtaining permanent residence within this country, by those coming particularly from third world countries, the heavier burden of proof clearly, in my view, constitutes irreparable harm.

[28] I find the foregoing reasoning to be directly applicable to the facts of this matter and, based on that reasoning, I am satisfied that many members, if not all members, of the putative class would suffer irreparable harm if the direction to refrain that I have issued had not been granted.

[29] Finally, I turn to the question of balance of convenience. Counsel for the respondent urges that the respondent is under an obligation to apply the law as it now stands and that therefore the balance of convenience lies in his favour. By contrast, it is argued for the applicants that the respondent was under the same obligation in relation to members of the putative class from the time they filed their applications for immigration to Canada until the law, as it applied to them, changed following March 31, 2003. It is urged that, through his officials, the Minister failed to do so in anything approaching a timely manner and that therefore there exists a strong public interest in favour of relief to the members of the putative class.

[30] I am satisfied that both of these arguments have merit and that it therefore becomes a matter of balancing of competing public interests. I have concluded that the public interest in favour of the members of the putative class, taken together with the private interests of the

dans cette situation si leur demande était traitée en fonction des nouveaux critères. Dans la décision *Kanes c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁵, M^{me} le juge Reed écrit ceci au paragraphe 10:

J'estime qu'en l'espèce l'existence d'un préjudice irréparable est certaine et qu'elle ne résulte pas d'une série d'éventualités. Si la suspension n'est pas accordée, il ne sera pas possible au requérant de présenter une demande de droit d'établissement fondée sur la seule preuve que sa revendication a un minimum de fondement. Il devra, à l'égard d'une telle demande, s'acquitter d'un fardeau de preuve beaucoup plus lourd, savoir celui qui est applicable devant la Section. Compte tenu de l'importance que les personnes qui désirent s'établir au Canada et, en particulier, celles qui viennent de pays du Tiers Monde, attachent à l'obtention de la résidence permanente, ce fardeau plus lourd constitue nettement, à mon avis, un préjudice irréparable.

[28] J'estime que le raisonnement qui précède est directement applicable aux faits de l'espèce et, en m'appuyant sur ce raisonnement, je suis convaincu que bon nombre, sinon la totalité, des membres de la catégorie présumée subiraient un préjudice irréparable si l'ordre de s'abstenir que j'ai donné n'avait pas été accordé.

[29] Finalement, j'aborde la question de la prépondérance des inconvénients. L'avocat du défendeur prétend que celui-ci a l'obligation d'appliquer le droit qui est en vigueur à l'heure actuelle et que, par conséquent, la prépondérance des inconvénients penche en sa faveur. Pour le compte des demandeurs, par ailleurs, on fait valoir que le défendeur avait la même obligation envers les membres de la catégorie présumée depuis la date du dépôt de leur demande d'immigration au Canada jusqu'à ce que la Loi, telle qu'elle leur était appliquée, soit modifiée après le 31 mars 2003. On fait valoir que, par l'entremise de ses représentants, le ministre ne s'est pas acquitté de cette obligation dans un délai raisonnable et que, par conséquent, l'intérêt public milite fortement en faveur d'accorder la réparation que recherchent les membres de la catégorie présumée.

[30] Je suis convaincu que ces deux arguments sont fondés et qu'il me faut donc mettre en balance ces intérêts publics contradictoires. J'ai conclu que l'intérêt public favorable aux membres de la catégorie présumée, jumelé aux intérêts privés des membres de cette

members of that class, outweighs the public interest in ensuring that the Minister carries out, in a timely way, his current statutory and regulatory obligations in relation to members of the putative class, until proceedings currently before the Court, whether or not continued as a class action, are finally determined.

(d) Conclusion with respect to the direction to refrain

[31] Based on my conclusions as to jurisdiction of this Court and as to the test for relief in the nature of an injunction, I concluded in favour of the members of the putative class and issued the direction to the Minister to refrain from final negative dispositions of applications by members of the putative class for immigration to Canada except in circumstances where a member of the putative class consents to such a disposition.

(2) Mandatory Notice

[32] Subsection 299.37(1) of the Rules [as enacted by SOR/2002-417, s. 17], within the Court's new Class Action Rules, reads as follows:

299.37 (1) A judge may, at any time, order any party to give any notice that the judge considers necessary to protect the interests of any class member or party or to ensure the fair conduct of the proceeding. [Emphasis added.]

[33] Subsection 299.37(1) is strikingly similar to subsection 19(1) of the *Ontario Class Proceedings Act, 1992*.¹⁶ That subsection read as follows:

19.(1) At any time in a class proceeding, the court may order any party to give such notice as it considers necessary to protect the interests of any class member or party or to ensure the fair conduct of the proceeding. [Emphasis added.]

[34] While, as I earlier indicated, the two provisions are strikingly similar, subsection 299.37(1) may in fact be broader in that it does not restrict the authority to

catégorie, l'emporte sur l'intérêt public qu'il y a à s'assurer que le ministre s'acquitte, dans un délai raisonnable, de ses obligations législatives et réglementaires actuelles envers les membres de la catégorie présumée, jusqu'à ce que l'instance qui se trouve actuellement devant la Cour, qu'elle soit ou non instruite comme un recours collectif, soit réglée de façon définitive.

d) Conclusion concernant l'ordre de s'abstenir

[31] En m'appuyant sur mes conclusions concernant la compétence de la présente Cour et le critère applicable à la réparation de la nature d'une injonction, je suis parvenu à une conclusion favorable aux membres de la catégorie présumée et j'ai donné au ministre l'ordre de s'abstenir de rejeter de façon définitive les demandes d'immigration au Canada des membres de la catégorie présumée, sauf dans les circonstances où un membre de cette catégorie présumée consent à ce rejet.

2) Avis obligatoire

[32] Le paragraphe 299.37(1) [édicte par DORS/2002-417, art. 17] des nouvelles Règles de la Cour régissant le recours collectif est rédigé dans les termes suivants:

299.37 (1) Le juge peut, à tout moment, ordonner à une partie de donner tout avis qu'il estime nécessaire à la protection des intérêts d'un membre du groupe ou d'une partie ou à la conduite équitable de l'instance. [Non souligné dans l'original.]

[33] Le paragraphe 299.37(1) est très semblable au paragraphe 19(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario¹⁶. Cet article est rédigé dans les termes suivants:

19.(1) Le tribunal peut, en tout temps au cours de l'instance, ordonner à une partie de donner l'avis qu'il estime nécessaire à la protection des intérêts d'un membre du groupe ou d'une partie et à la conduite équitable de l'instance. [Non souligné dans l'original.]

[34] Bien que, comme je l'ai dit précédemment, les deux dispositions soient très semblables, le paragraphe 299.37(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* est

direct that notice be given to a time “in a class proceeding”.

[35] In *Lewis v. Shell Canada Ltd.*,¹⁷ in the context of an uncertified class action, the plaintiffs sought an order restraining the defendant from communicating with potential class members pending the disposition of the issue of certification or, in the alternative, an order that notice of the commencement and nature of the class proceeding be published pursuant to section 19 of the *Class Proceedings Act, 1992*, and that such notice be delivered to a claimant by the defendant prior to the settlement of a claim between the claimant and the defendant. The alternative relief sought was in the nature of the notice here at issue except that, given the nature of the putative class here at issue, “publication” of a notice would appear to the Court to be problematic. Mr. Justice Cumming wrote at paragraphs 10 to 12 of his reasons:

Shell submits in the case at hand that the plaintiffs have not brought forward any specific evidence of impropriety on Shell’s part in its settlement involvement. No parties who have settled with Shell have come forward to complain. Therefore, Shell submits, there is not any justification for any order requiring Shell to not settle claims without first advising claimants that they may have rights as putative class members in the class action.

I disagree with Shell’s position. A class action has important differences in its characteristics from an individual action. One distinction with a class proceeding is that there are absent class members, many of whom may very well not be aware of the commencement of the class action until the published notices upon a certification. In the case at hand, the plaintiffs are anxious to proceed to a certification hearing as soon as possible. However, the motion for certification cannot take place until July 6 and 7, 2000, because Shell, quite understandably, will not be in a position to respond until that date. Shell is awaiting the completion of a scientific report relating to the emission of March 16, 2000.

[36] It is of interest that Justice Cumming, after concluding as he did, went on to indicate that he implied no impropriety on Shell’s part in respect of its dealings

peut-être en fait celui qui a le sens le plus large puisqu’il ne restreint pas le pouvoir d’ordonner que cet avis soit donné «au cours de l’instance».

[35] Dans l’arrêt *Lewis v. Shell Canada Ltd.*,¹⁷, dans le contexte d’un recours collectif non autorisé, les demandeurs recherchaient une ordonnance interdisant au défendeur de communiquer avec des membres potentiels du groupe en attendant le règlement de la question de l’autorisation ou, subsidiairement, une ordonnance visant à ce qu’un avis annonçant l’introduction et la nature du recours collectif soit publié aux termes de l’article 19 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, et que cet avis soit signifié à un requérant par le défendeur avant le règlement d’une réclamation entre le requérant et le défendeur. La réparation subsidiaire recherchée était de la nature de l’avis dont il est question en l’espèce, sauf que, étant donné la taille de la catégorie présumée en l’espèce, la Cour est d’avis que la «publication» d’un avis poserait un problème. M. le juge Cumming écrit ceci aux paragraphes 10 à 12 de ses motifs:

[TRADUCTION] Shell fait valoir en l’espèce que les demandeurs n’ont pas produit de preuve précise d’une irrégularité de la part de Shell dans sa participation au règlement. Aucune des parties qui a réglé avec Shell n’est venue se plaindre. Par conséquent, de l’avis de Shell, il n’est pas justifié de rendre une ordonnance l’obligeant à ne pas régler les réclamations sans d’abord informer les requérants qu’ils peuvent avoir des droits en tant que membres du groupe présumé participant au recours collectif.

Je n’accepte pas la position de Shell. Les caractéristiques d’un recours collectif présentent des différences importantes par rapport à celles d’une action individuelle. Dans un recours collectif, il y a des membres absents, dont bon nombre peuvent fort bien ne pas être au courant qu’un recours collectif a été intenté tant que les avis ne sont pas publiés au moment de l’autorisation. En l’espèce, les demandeurs souhaitent en arriver à l’étape de la requête en autorisation le plus tôt possible. Toutefois, la requête en autorisation ne peut être entendue avant le 6 ou le 7 juillet 2000, parce que Shell, on peut facilement le comprendre, ne sera pas en mesure de répondre avant cette date. Shell attend le dépôt d’un rapport scientifique concernant l’émission du 16 mars 2000.

[36] Il est intéressant de noter que le juge Cumming, après en être arrivé à cette conclusion, a indiqué qu’il n’insinuaient pas qu’il y avait eu une quelconque

to the time of the hearing before him with specific claimants. I wish to emphasize that, like Justice Cumming, I make no implication or finding of impropriety on the part of the respondent in his dealings with members of the putative class, to date. I find that any such finding or implication is unnecessary to reach a conclusion equivalent to that reached by Justice Cumming.

[37] Against the words of subsection 299.37(1) of the Rules, I have concluded that a notice in the nature of that which I have ordered is necessary “to protect the interests” of putative class members and “to ensure the fair conduct” of any class action that eventually might arise out of the proceedings now before the Court. I regret to say that the time frame for the maturing of any class action on behalf of the putative class is likely to be significantly longer than the time frame that Justice Cumming faced when he arrived at his conclusion.

[38] Finally, I interpret the words “at any time” in subsection 299.37(1) of the Rules in accordance with their ordinary meaning. I am satisfied that it would be entirely contrary to a fair and liberal application of the Court’s Class Action Rules to interpret those words as being limited to a time after a class action has been certified or until after leave has been granted, if it should be, on all the applications for judicial review now before the Court and those applications have been directed to be treated and proceeded with as actions. Such an interpretation requires that the words “class member” in subsection 299.37(1) be read as “class member or putative class member”. I adopt that interpretation in order to give to the words “at any time” the meaning which I am satisfied is consistent with reasonable protection of the interests of members of the putative class and the fair conduct of any resulting class action.

[39] In the result, the mandatory notice element of the order followed.

irrégularité de la part de Shell dans ses négociations au moment de l’audience qui se tenait devant lui en présence de certains requérants. Je voudrais souligner que, comme M. le juge Cumming, je ne laisse nullement entendre ni ne conclus que le défendeur a commis une irrégularité dans ses rapports avec les membres de la catégorie présumée, du moins jusqu’à ce jour. J’estime qu’une conclusion ou insinuation de ce genre n’est nullement nécessaire pour parvenir à une conclusion semblable à celle à laquelle en est arrivé le juge Cumming.

[37] Au regard du texte du paragraphe 299.37(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, j’ai conclu qu’un avis de la nature de celui que j’ai ordonné est nécessaire «à la protection des intérêts» des membres de la catégorie présumée et «à la conduite équitable» de tout recours collectif qui pourrait découler de l’instance dont la Cour est maintenant saisie. Je regrette de dire que le délai qu’il faudra pour mettre sur pied un recours collectif au nom de la catégorie présumée sera vraisemblablement beaucoup plus long que le délai auquel pouvait penser le juge Cumming quand il est parvenu à sa conclusion.

[38] Finalement, j’interprète les mots «à tout moment» utilisés au paragraphe 299.37(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, en leur donnant leur sens ordinaire. Je suis convaincu qu’il serait tout à fait contraire à une application équitable et libérale des Règles de la Cour régissant le recours collectif d’interpréter ces mots comme étant limités à une étape ultérieure à l’autorisation d’un recours collectif ou à l’obtention de l’autorisation, si besoin est, de toutes les demandes de contrôle judiciaire dont la Cour est maintenant saisie, suivie d’une ordonnance de la Cour pour que ces demandes soient instruites comme s’il s’agissait d’une action. Cette interprétation exige que les mots «membres du groupe» utilisés au paragraphe 299.37(1) soient interprétés comme «un membre du groupe ou un membre de la catégorie présumée». J’adopte cette interprétation afin de donner aux mots «à tout moment» le sens qui, à mon avis, est compatible avec une protection raisonnable des intérêts des membres de la catégorie présumée et à la conduite équitable de tout recours collectif qui pourrait en découler.

[39] Par conséquent, l’ordonnance inclut la publication obligatoire d’un avis.

RELIEFS SOUGHT AND NOT GRANTED

[40] The motion on behalf of the Borisova applicants sought a direction to refrain or injunctive relief in favour of a somewhat wider range of individuals than was sought in the motions on behalf of the other three applicants, as the *Borisova* matter included both individuals who submitted their applications for immigration to Canada before January 1, 2002 and individuals who submitted their applications for immigration to Canada after December, 2001 and prior to June 28, 2002, the date on which the IRPA and the IRPR came into force.

[41] The Court determined the evidence before it with respect to the wider range of persons who submitted their applications for immigration before January 1, 2002 to be unsatisfactory.

[42] With respect to those who submitted their applications for immigration to Canada after December 2001 and prior to the June 28, 2002, the evidence before the Court demonstrated that a draft of the IRPR was published in mid-December of 2001 and clearly demonstrated that persons applying after December 2001 would be dealt with under the IRPA regime when it came into force. At the same time, the Government had clearly demonstrated its commitment to bringing the new regime into force at a relatively early date and certainly within the time frame that left those applying after 2001 with no reasonable expectation that their applications would be finally disposed of under the former Act and the 1978 Regulations. In the result, the Court concluded that individuals within the extended class in whose favour the Borisova motion sought relief could not successfully demonstrate that they would suffer irreparable harm in the absence of such relief.

[43] The Borisova applicants, unlike the Dass, Anand and Rasolzadeh applicants, sought costs of their motion. The Court determined that, at this early stage of proceedings brought by members of the putative class, it was too early to fairly evaluate the question of entitlement to costs.

RÉPARATIONS DEMANDÉES ET NON ACCORDÉES

[40] La requête déposée au nom des demandeurs Borisova réclamait un ordre de s'abstenir ou une injonction en faveur d'un groupe de personnes beaucoup plus important que dans les requêtes déposées au nom des trois autres demandeurs, étant donné que l'affaire *Borisova* incluait à la fois des personnes ayant présenté des demandes d'immigration au Canada avant le 1^{er} janvier 2002 et des personnes ayant déposé leur demande d'immigration au Canada après le mois de décembre 2001 et avant le 28 juin 2002, date à laquelle sont entrés en vigueur la LIPR et le RIPR.

[41] La Cour conclut que la preuve dont elle était saisie concernant ce groupe plus large de personnes qui ont déposé leur demande d'immigration avant le 1^{er} janvier 2002 n'est pas satisfaisante.

[42] Pour ce qui a trait à ceux qui ont présenté leur demande d'immigration au Canada après le mois de décembre 2001 et avant le 28 juin 2002, la preuve dont est saisie la Cour démontre qu'une version préliminaire du RIPR a été publiée à la mi-décembre 2001 et établissait clairement que les personnes qui présenteraient une demande après le mois de décembre 2001, seraient évaluées en vertu du régime de la LIPR, après son entrée en vigueur. En même temps, le gouvernement avait clairement démontré son engagement à mettre le nouveau régime en vigueur assez rapidement et certainement à l'intérieur du délai qui n'a laissé aux personnes qui ont présenté leur demande après 2001 aucun espoir raisonnable de voir leur demande finalement évaluée en vertu de l'ancienne Loi et du Règlement de 1978. Par conséquent, la Cour conclut que les personnes qui se trouvent dans ce groupe élargi en faveur duquel la requête Borisova demandait réparation n'a pas réussi à démontrer qu'elles subiraient un préjudice irréparable en l'absence d'une telle réparation.

[43] Les demandeurs Borisova, contrairement aux demandeurs Dass, Anand et Rasolzadeh ont demandé les dépens afférents à leur requête. La Cour a déterminé qu'à cette étape de l'instance intentée par les membres de la catégorie présumée, il est trop tôt pour évaluer de façon équitable la question du droit aux dépens.

[44] As earlier noted, there was evidence before the Court that some individuals who may have been within the putative class when a proceeding before this Court to which they were a party applicant or could have been a party applicant was commenced have since had their applications to immigrate to Canada rejected under the IRPA and the IRPR criteria. Without commenting on whether such individuals might have recourse to relief before this or any other court through a different form of proceeding, the Court is satisfied that no relief is available to them under the applications underlying the motions now before the Court or like applications that are or might at a later date come before the Court. Thus, no interim relief was granted in their favour.

[45] Finally, the Dass, Anand and Rasolzadeh applicants sought “directions to all parties to the proceedings as to how they should communicate with members of the putative class”. The Court interpreted this request for relief as relating to members of the putative class who are not currently before the Court since there is no evidence that members of the putative class who are before the Court are having difficulty communicating with their respective counsel.

[46] Subsection 385(1) of the *Federal Court Rules, 1998*, provides in part as follows:

385. (1) A case management judge or a prothonotary assigned under paragraph 383(c) shall deal with all matters that arise prior to the trial or hearing of a specially managed proceeding and may

(a) give any directions that are necessary for the just, most expeditious and least expensive determination of the proceeding on its merits;

[47] The vast majority of proceedings before the Court brought by members of the putative class are under case management with this judge designated as case management judge. New proceedings brought by members of the putative class and seeking similar reliefs

[44] Comme on l’a déjà noté, la Cour était saisie d’une preuve indiquant que certaines personnes qui faisaient peut-être partie de la catégorie présumée au moment de l’introduction d’une instance devant la présente Cour dans laquelle elles figuraient comme parties demandereses ou auraient pu y figurer à ce titre ont depuis vu leur demande d’immigration au Canada rejetée en vertu de la LIPR ou en vertu des critères de la LIPR et du RIPR. Sans faire d’observation sur la question de savoir si ces personnes pourraient demander des réparations devant la présente Cour ou devant tout autre tribunal en ayant recours à une autre forme de procédure, la Cour est convaincue qu’aucune réparation ne peut leur être accordée dans le cadre des demandes qui sous-tendent les requêtes dont la Cour est maintenant saisie ou de demandes semblables dont la Cour est saisie ou dont elle pourrait être saisie à une date ultérieure. Donc, aucune mesure provisoire n’est prise en leur faveur.

[45] Finalement, les demandeurs Dass, Anand et Rasolzadeh réclamaient que [TRADUCTION] «des directives soient données à toutes les parties à l’instance sur la façon dont elles peuvent communiquer avec les membres de la catégorie présumée». La Cour a interprété cette demande de réparation comme ayant trait aux membres de la catégorie présumée qui ne comparaissent pas actuellement devant elle, puisqu’il n’y a pas de preuve que les membres de la catégorie présumée qui comparaissent effectivement ont de la difficulté à communiquer avec leur avocat respectif.

[46] Le paragraphe 385(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* prévoit en partie ce qui suit:

385. (1) Le juge responsable de la gestion de l’instance ou le protonotaire visé à l’alinéa 383c) tranche toutes les questions qui sont soulevées avant l’instruction de l’instance à gestion spéciale et peut:

a) donner toute directive nécessaire pour permettre d’apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible;

[47] La très grande majorité des instances dont la Cour est saisie et qui ont été présentées par les membres de la catégorie présumée sont visées par le système de gestion des instances aux termes duquel le présent juge a été désigné comme juge responsable de la gestion de

continue to be designated for case management under the same case management judge. Thus, paragraph 385(1)(a) of the Rules provides authority for the giving of directions of the nature sought. That being said, the membership of the putative class is very broad and widely disbursed. No evidence was before the Court as to the nature of the directions that counsel might have considered appropriate and reasonably effective. The Court itself was simply not in a position to formulate appropriate directions. In the result, the directions requested were not given. If, at a later date, a proposal for appropriate directions comes before the case management judge, it will be considered.

CONCLUSION

[48] For the foregoing reasons, the reliefs contained in the order herein of June 20, 2003, and no other reliefs, were provided.

¹ Respondent's motion record, Tab 2. Affidavit of Robert Orr, paragraph 6, definition "Group A people".

² By Order dated the 10 July, 2003, paragraphs 1 and 2 of the order of 20 June, 2003 were amended. For the expression "economic class applicants seeking immigration visas", the following was substituted: "skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor applicants referred to in subsection 8(1) of the *Immigration Regulations, 1978* other than provincial nominees". A further exception was also provided. Paragraph 2 was modified to clarify that the required notice is to be provided forthwith. The form of notice is annexed as a schedule to the order of 10 July 2003 and is Appendix A to these reasons.

³ R.S.C., 1985, c. I-2.

⁴ SOR/78-172.

⁵ S.C. 2001, c. 27.

⁶ SOR/2002-227.

⁷ *Canada Gazette* Part II, Vol. 136, Extra No. 9, 14 June, 2002; Respondent's Authorities, Tab 5.

⁸ (2003), 224 D.L.R. (4th) 739 (F.C.T.D.); appeal dismissed as moot, 2003 FCA 233; [2003] F.C.J. No. 813 (C.A.) (QL).

l'instance. De nouvelles instances intentées par les membres de la catégorie présumée et recherchant des réparations semblables continuent d'être confiées au même juge responsable de la gestion de l'instance. Ainsi donc, l'alinéa 385(1)a) de Règles me donne le pouvoir de donner les directives recherchées. Cela dit, les membres de la catégorie présumée sont très nombreux et très largement disséminés. Aucune preuve n'a été déposée devant la Cour quant à la nature des directives que les avocats pourraient considérer comme adéquates et raisonnablement efficaces. La Cour elle-même n'est tout simplement pas dans une position pour formuler des directives appropriées. Par conséquent, les directives demandées ne sont pas données. Si, à une date ultérieure, une proposition concernant des directives appropriées était faite au juge responsable de la gestion de l'instance, cette proposition sera examinée.

CONCLUSION

[48] Pour les motifs qui précèdent, seules les réparations énoncées dans l'ordonnance rendue ce 20 juin 2003 sont accordées.

¹ Dossier de requête du défendeur, onglet 2. Affidavit de Robert Orr, paragraphe 6, définition de «personnes appartenant au groupe A».

² L'ordonnance du 10 juillet 2003 modifie les paragraphes 1 et 2 de l'ordonnance du 20 juin 2003. L'expression [TRADUCTION] «des demandeurs qui sont des travailleurs qualifiés, des travailleurs autonomes, des entrepreneurs et des investisseurs dont il est question au paragraphe 8(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, autres que des candidats d'une province» a remplacé «des demandeurs de la catégorie économique qui demandent des visas d'immigrant». Une autre exception a aussi été prévue. La modification apportée au paragraphe 2 précise que l'avis doit être donné immédiatement. Le modèle de l'avis est annexé à l'ordonnance du 10 juillet 2003 et constitue l'annexe A des présents motifs.

³ L.R.C. (1985), ch. I-2.

⁴ DORS/78-172.

⁵ L.C. 2001, ch. 27.

⁶ DORS/2002-227.

⁷ *Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 136, Extra n° 9, 14 juin 2002, document du défendeur, onglet 5.

⁸ (2003), 224 D.L.R. (4th) 739 (C.F. 1^{re} inst.); appel refusé au motif qu'il est théorique, 2003 CAF 233; [2003] A.C.F. n° 813 (C.A.) (QL).

⁹ R.S.C., 1985, c. F-7.

¹⁰ Since the hearing of this matter, the Trial Division of the Federal Court has become the “Federal Court”.

¹¹ SOR/98-106.

¹² [2001] 2 S.C.R. 534.

¹³ [1998] 1 S.C.R. 626.

¹⁴ (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24 (F.C.A.).

¹⁵ (1993), 69 F.T.R. 48 (F.C.T.D.).

¹⁶ S.O. 1992, c. 6.

¹⁷ (2000), 48 O.R. (3d) 612 (S.C.).

⁹ L.R.C. (1985), ch. F-7.

¹⁰ Depuis l’audition de cette affaire, la Section de première instance de la Cour fédérale est devenue la «Cour fédérale».

¹¹ DORS/98-106.

¹² [2001] 2 R.C.S. 534.

¹³ [1998] 1 R.C.S. 626.

¹⁴ (1997), 47 Admin. L.R. (2d) 24 (C.A.F.).

¹⁵ (1993), 69 F.T.R. 48 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁶ L.O. 1992, ch. 6.

¹⁷ (2000), 48 O.R. (3d) 612 (C.S.).

APPENDIX A

Notice of Proposed Class Action Legal Proceedings in Canada

TO: PROSPECTIVE CLASS MEMBERS

RE: APPLICATIONS FOR PERMANENT RESIDENCE TO CANADA FILED BEFORE JANUARY 1, 2002, in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor classes:

The Government of Canada is sending you this Notice in compliance with a Court Order from Mr. Justice Gibson of the Federal Court of Canada. The Order is dated June 20, 2003, and relates to proposed class actions against the Minister of Citizenship and Immigration of Canada. It potentially affects applications for permanent residence in Canada filed in the skilled worker, self-employed, entrepreneur and investor classes, prior to January 1, 2002. The Minister is required to inform you of the following:

1. Nature of the Legal Proceedings in Canada:

Several proposed class actions have been filed in the Federal Court. The main purpose of these actions is to compel the Minister to assess or possibly re-assess some applications filed before January 1, 2002 under the selection rules in place at the time. The proposed class actions also request damages. An award of damages means money might be paid to you as a result of the Court’s decision in this matter. In some cases, damages are requested as an alternate remedy, if the Court decides that the Minister does not need to assess the pre-January 2002 applications under the old selection rules. In other cases, damages are the only remedy requested. You may be entitled to damages if any of these proposed class actions are successful in Canada.

ANNEXE A

Avis de recours collectifs—envisagés au Canada

AU: MEMBRES DU GROUPE POTENTIELS

QUANT AUX: DEMANDES DE RÉSIDENCE PERMANENTE AU CANADA PRÉSENTÉES AVANT LE 1^{er} JANVIER 2002, dans les catégories travailleur qualifié, travailleur autonome, entrepreneur et investisseur:

Le gouvernement du Canada vous envoie le présent avis conformément à l’ordonnance décernée par le juge Gibson de la Cour fédérale du Canada. L’ordonnance porte la date du 20 juin 2003 et se rapporte à des recours collectifs envisagés contre le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration. Il vise les demandes de résidence permanente au Canada présentées avant le 1^{er} janvier 2002 dans les catégories travailleur qualifié, travailleur autonome, entrepreneur et investisseur. Le ministre est tenu de vous transmettre les renseignements suivants:

1. Nature des recours intentés au Canada:

Plusieurs recours collectifs envisagés ont été déposés devant la Cour fédérale. Ces recours ont pour but principal de forcer le ministre à évaluer ou réévaluer, à partir des règles de sélection qui étaient en vigueur alors, certaines demandes présentées avant le 1^{er} janvier 2002. Les recours en question réclament aussi des dommages-intérêts. Il se peut que vous ayez droit à une somme d’argent si la Cour accorde des dommages-intérêts. Dans certains cas, les dommages-intérêts ne sont demandés qu’à titre subsidiaire pour le cas où la Cour déciderait que le ministre n’a pas à évaluer en fonction des anciennes règles de sélection les demandes présentées avant le 1^{er} janvier 2002. Dans d’autres cas, les dommages-intérêts sont la seule réparation demandée. Vous pourriez avoir droit à une certaine somme d’argent s’il était fait droit à l’un ou l’autre de ces recours.

2. What is happening with your application seeking a visa?

The Department of Citizenship and Immigration is continuing to process cases, and you may continue to receive requests for additional information or be invited for an interview. Visas will be issued to applicants who are favourably assessed. If you submitted your application seeking an immigrant visa before January 1, 2002, your application will not be finally rejected by the Department of Citizenship and Immigration, unless you advise the Department of Citizenship and Immigration in writing that you consent to a final rejection of your case.

3. Participating in the proposed class actions:

You don't need to do anything now. You will receive a letter from the Department of Citizenship and Immigration if a Court decision is made permitting a class action to proceed. You can then decide whether you wish to participate in the class action, or not.

4. Advising the Department of Citizenship and Immigration of your change of address:

You should advise the Department of Citizenship and Immigration if your address changes. You should do this through the visa office where you submitted your application for permanent residence. Please include your visa file number (which appears at the top of this letter) when communicating information about any change of your address to the visa office. You might not be advised of future developments in the proposed class actions, or receive the benefits of any remedy obtained, if you fail to notify the Department of Citizenship and Immigration of changes to your address.

5. More information about the proposed class actions:

For further information about the proposed class actions and how they may affect you, you may contact any of the lawyers in Canada listed below at no charge to you, with the exception that "collect" long distance telephone calls may not be accepted. **Please note that the Department of Citizenship and Immigration and its visa offices will not respond to any questions from you or your representative regarding this Notice or the proposed class actions.**

6. Lawyers in Canada who can answer your question about this Notice and the proposed class actions:

[Names of lawyers in Canada, their addresses and other contact information omitted.]

2. Qu'arrive-t-il à votre demande de visa?

Le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration continue à traiter les demandes et vous pourriez être requis de fournir des renseignements supplémentaires ou invité à une entrevue. Les demandeurs qui satisfont aux exigences de l'évaluation recevront un visa. Si vous avez demandé un visa d'immigrant avant le 1^{er} janvier 2002, le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration ne rejettera pas de façon définitive votre demande à moins que vous avisiez par écrit le ministère que vous consentez au rejet définitif de votre demande.

3. Participation aux recours collectifs envisagés:

Vous n'avez rien à faire pour le moment. Le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration vous informera par lettre si la Cour autorise un recours collectif. Vous pourrez alors décider si vous voulez vous joindre à ce recours collectif ou vous en exclure.

4. Aviser le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration des changements d'adresse:

Vous devriez informer le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration si vous changez d'adresse. Pour ce faire, adressez-vous au bureau des visas où vous avez présenté votre demande de résidence permanente. Mentionnez le numéro de votre dossier de visa (ce numéro apparaît au haut de la présente lettre) lorsque vous communiquez des renseignements relatifs à votre adresse au bureau des visas. Vous pourriez ne pas être avisé de l'évolution des dossiers concernant les recours collectifs envisagés ou ne pas recevoir les réparations accordées si vous omettez d'informer le ministère de vos changements d'adresse.

5. Renseignements supplémentaires au sujet des recours collectifs envisagés:

Pour obtenir d'autres renseignements au sujet des recours collectifs envisagés et de leur incidence potentielle sur vous, vous pouvez communiquer sans frais au Canada avec n'importe lequel des avocats mentionnés dans la liste établie ci-dessous, sauf que les appels interurbains à frais virés pourraient ne pas être acceptés. **Veillez noter que les fonctionnaires du ministère de l'Immigration et de la Citoyenneté et ceux des bureaux des visas ne répondront à aucune question de votre part ou de la part de votre représentant au sujet du présent avis et des recours collectifs envisagés.**

6. Avocats au Canada qui peuvent répondre à vos questions au sujet du présent avis et des recours collectifs envisagés:

[La liste des avocats, de leurs adresses et autres coordonnées est omise.]

APPENDIX B

FACTS

Legislative History

(a) Committee Meetings

11. On December 15, 2001, the Respondent tabled the proposed new Regulations which created a new selection system for immigrants and transitional provisions. Under subsection 5(2) of IRPA, the Respondent must table proposed Regulations with respect to certain subject matters before Parliament, and Parliament shall refer the proposed Regulations to the appropriate Parliamentary Committee.

12. In January, February and March, 2002, the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration (the "Committee") held hearings to consider the proposed new Regulations. It is clear that there was wide-spread condemnation by the Committee that the Regulations will apply to, and prejudice, the thousands of applicants for an immigrant visa who applied under the former Regulations before the government announced the new Regulations. The proposed Regulations were to take effect at the same time as the new Act, viz., June 28, 2002.

13. On February 26, 2002 the Respondent "accepted the fairness and equity concerns" raised before the Committee that applicants for immigrant visas filed before the new Regulations were announced ought be assessed under the selection criteria in effect at the time they applied. The Minister announced that such applicants would continue to be selected under the current selection criteria until January 1, 2003, and that skilled workers and business immigrants who have not received a selection decision prior to January 1, 2003, would be subject to the new selection criteria under the new Regulations but with a reduced pass mark of 70 points instead of 75. The Respondent also announced that visa applicants whose applications have not received a preliminary evaluation called a paper screening, can request a recall of their application and request a refund of the processing fee since they originally applied with the expectation that they would be assessed under the old selection criteria.

14. This announcement did not allay the fairness and equity concerns of the Parliamentarians on the Committee. On March 12, 2002 Ms. Joan Atkinson, Assistant Deputy Minister, Policy and Program Development, Department of Citizenship and Immigration appeared before the Committee. She testified

ANNEXE B

LES FAITS

Évolution législative

a) Audiences devant le Comité

11. Le 15 décembre 2001, le défendeur a déposé le projet relatif au nouveau Règlement, qui prévoyait la création d'un nouveau système de sélection à l'égard des immigrants et comportait des dispositions transitoires. En vertu du paragraphe 5(2) de la LIPR, le défendeur doit déposer un projet de règlement au sujet de certaines questions devant le Parlement, qui doit renvoyer le projet de règlement en question au comité parlementaire compétent.

12. En janvier, février et mars 2002, le Comité permanent de la Chambre des communes sur la citoyenneté et l'immigration (le Comité) a tenu des audiences afin d'examiner le nouveau projet de Règlement. Il est évident que le Comité réprouvait vivement l'application du Règlement au détriment des milliers de personnes qui ont présenté une demande de visa d'immigrant sous le régime de l'ancien Règlement, avant l'annonce du nouveau Règlement par le gouvernement. Le nouveau Règlement devait entrer en vigueur en même temps que la nouvelle Loi, soit le 28 juin 2002.

13. Le 26 février 2002, le défendeur a accepté les préoccupations liées à l'équité qui ont été soulevées devant le Comité et selon lesquelles les personnes ayant déposé une demande de visa avant l'annonce du nouveau Règlement devraient être évaluées selon les critères de sélection en vigueur à la date de leurs demandes. Le ministre a annoncé que ces demandeurs continueraient à être choisis conformément aux critères de sélection actuellement en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2003 et que les travailleurs qualifiés et les gens d'affaires immigrants n'ayant pas reçu de décision relative à la sélection avant le 1^{er} janvier 2003 seraient assujettis aux nouveaux critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement, mais seraient tenus d'obtenir une note de passage de 70 points plutôt que 75. Le défendeur a également annoncé que les personnes qui ont présenté une demande de visa n'ayant pas fait l'objet d'une évaluation préliminaire appelée sélection administrative peuvent solliciter un rappel de leurs demandes et un remboursement de leurs frais de traitement, étant donné qu'elles s'attendaient, lorsqu'elles ont initialement présenté leurs demandes, à être évaluées en vertu des anciens critères de sélection.

14. Cette annonce n'a pas calmé les appréhensions des parlementaires membres du Comité. Le 12 mars 2002, M^{me} Joan Atkinson, sous-ministre adjointe, Développement des politiques et des programmes, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, a comparu devant le Comité et a formulé les

about the six month extension announced by the Minister and said at page 14 of the transcript:

“We feel that the six months gives us adequate time to address a good proportion of that backlog . . . again, the objective is to try to mitigate the impact of retroactivity and mitigate the impact of this transition period

15. The Parliamentarians on the Committee were not satisfied. They questioned Ms. Atkinson about the number of applications in the system before the proposed Regulations were announced that would not be processed by January 1, 2003. At page 25 of the transcript, Ms. Atkinson said:

. . . our international region believed that by January 1, 2003, they will hopefully have dealt with about 90,000 applications of those 120,000 people awaiting a selection decision. So that’s a little better picture than the one I just gave you

From this point forward, the Committee understood that there would be 30,000 applications filed under the old system which would not be processed by January 1, 2003. Members of the Committee decided that the Regulations ought to be amended to extend the time for processing these old applications until March 31, 2003 so that they can be processed under the old selection criteria. The witness for the Respondent was asked if these applications can be given a priority so that they can be dealt with under the old system by this time. Ms. Atkinson implied at page 28 of the transcript that this could be done:

We can look at how we can put resources toward trying to deal with those individuals who are in that inventory and to process as many as we can under the old system before the new system has to apply. That’s an option that could be pursued. Without additional resources, we have to decide where we would take resources from to put into places such as Beijing and other places where he have large inventories. That can be done.

(b) Committee Report

16. In March 2002 the House of Commons Standing Committee on Citizenship and Immigration issued a Report regarding “The Regulations under the Immigration and Refugee Protection Act”. In the first section of the Report under the heading entitled “Retroactivity”, the Committee stated:

remarques suivantes au sujet de la prorogation de six mois annoncée par le ministre (à la page 14 de la transcription):

Nous estimons que la période de six mois nous donne suffisamment de temps pour nous attaquer à une bonne partie de cet arriéré [. . .] Ici encore l’objectif est de tâcher d’atténuer l’impact de la rétroactivité et de cette période de transition [. . .]

15. Les parlementaires qui étaient membres du Comité n’étaient pas satisfaits. Ils ont interrogé M^{me} Atkinson au sujet du nombre de demandes qui se trouvaient dans le système avant l’annonce du projet de Règlement et qui ne seraient pas traitées d’ici le 1^{er} janvier 2003. À la page 25 de la transcription, M^{me} Atkinson s’est exprimée comme suit:

[. . .] notre région internationale estime que d’ici le 1^{er} janvier 2003, elle espère avoir traité environ 90 000 demandes sur les 120 000 demandes en attente d’une décision. Donc c’est une légère amélioration par rapport à la situation que je viens de vous décrire [. . .]

À la lumière de ces remarques, le Comité a compris qu’environ 30 000 demandes déposées sous le régime de l’ancien système ne seraient pas traitées avant le 1^{er} janvier 2003. Les membres du Comité ont décidé qu’il y avait lieu de modifier le Règlement afin de proroger jusqu’au 31 mars 2003 le délai de traitement de ces anciennes demandes, de façon que les personnes concernées puissent être évaluées en vertu des anciens critères de sélection. Le témoin du défendeur s’est fait demander si une priorité était attribuée à ces demandes afin que celles-ci puissent être traitées en vertu de l’ancien système à l’intérieur de ce délai. M^{me} Atkinson a laissé entendre que c’était possible (à la page 28 de la transcription):

Nous pouvons voir comment déployer nos ressources afin de traiter le maximum de demandes reçues selon l’ancien système avant que nous ne commencions à appliquer le nouveau système. C’est une possibilité. Sans ressources supplémentaires, nous devons décider comment redéployer nos ressources dans des endroits comme Beijing et d’autres villes où nous avons un grand nombre de demandes à traiter. La chose est possible.

b) Rapport du Comité

16. En mars 2002, le Comité permanent de la Chambre des communes sur la citoyenneté et l’immigration a fait paraître un rapport concernant le Règlement découlant de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés. Dans la première partie du rapport, sous la rubrique intitulée «Rétroactivité», le Comité s’est exprimé comme suit:

. . . Unfortunately, by January 1, 2003 there will still be approximately 30,000 files remaining.

Although the Committee appreciates the government's responsiveness on this issue, we have concluded that the revised proposal does not go far enough. Those who will not have received a selection decision before the end of 2002 have the same hopes and dreams of immigrating to Canada as those who will receive a decision before that time. We believe that more of an effort can and must be made to process as many of these applications as possible by extending the deadline by three months.

. . . We therefore recommend that processing of applications received before December 21, 2001 should continue until the end of March, 2003.

17. The Committee recommended the extension together with four other recommendations so that applications filed before December 31, 2001 would be processed by March 31, 2003. These four other recommendations were at follows:

1. the Respondent make a corporate commitment to process the inventory on a priority basis;
2. the visa posts with a significant inventory should reassess their general policies regarding personal interviews so as to process more applications before the deadline;
3. special teams should be sent to visa posts with large inventories to process backlogs so that applicants are not disadvantaged by their place of application; and,
4. for fairness and equity the government should increase resources dedicated to processing the applications.

Respondent disregarded Committee's recommendations

18. When the Governor-in-Council passed the proposed Regulations. It accepted the recommendation from the Parliamentary Committee and extended the time frame from December 31, 2002 to March 31, 2003. However, the evidence before this Court makes clear that while the new Regulations extended the deadline until March 31, 2003:

1. no corporate commitment was made to process the inventory on a priority basis to clear this backlog;

[. . .] Malheureusement, le 1^{er} janvier 2003, quelque 30 000 demandes déjà reçues n'auront pas encore été traitées.

Le Comité sait gré au gouvernement de sa souplesse à cet égard, mais il a conclu que la proposition révisée ne va pas assez loin. Ceux qui ne sauront toujours pas, à la fin de 2002, s'ils ont été sélectionnés entretiennent les mêmes espoirs et ont les mêmes rêves que ceux qui sont avisés de la décision avant cette date. Nous croyons que le Ministère pourrait et devrait faire plus pour traiter autant de demandes que possible en repoussant la date limite de trois mois.

[. . .] Aussi recommandons-nous de poursuivre le traitement des demandes reçues avant le 31 décembre 2001 jusqu'à la fin de mars 2003.

17. Le Comité a recommandé la prorogation et a formulé quatre autres recommandations afin que les demandes déposées avant le 31 décembre 2001 soient traitées au plus tard le 31 mars 2003. Ces quatre autres recommandations étaient les suivantes:

1. Citoyenneté et Immigration Canada devrait s'engager à examiner en priorité les demandes à traiter.
2. Les bureaux de visas ayant à traiter un grand nombre de demandes devraient réévaluer leurs politiques générales en matière d'entrevue avec les demandeurs afin de traiter un plus grand nombre de demandes avant la date limite.
3. Il y aurait lieu d'envoyer des équipes spéciales dans les bureaux des visas où l'arriéré est lourd afin que les demandes ne soient pas désavantagés par le lieu où ils ont présenté leur demande.
4. Par souci de justice et d'équité, le gouvernement devrait augmenter les ressources affectées au traitement des demandes.

Le défendeur n'a pas tenu compte des recommandations du Comité

18. Lorsque le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement, il a accepté la recommandation du Comité parlementaire et prorogé le délai du 31 décembre 2001 au 31 mars 2003. Cependant, il appert clairement de la preuve présenté à la Cour que, même si le nouveau Règlement prévoyait une prorogation du délai jusqu'au 31 mars 2003:

1. le ministère n'a pris aucun engagement en vue d'examiner les demandes à traiter en priorité de façon à éliminer cet arriéré;

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 2. the visa posts with a significant inventory did not reassess their general policies regarding personal interviews so as to process more applications before the deadline; 3. the respondent did not send special teams to visa posts with large inventories to process backlogs; and, 4. the respondent did not increase resources dedicated to processing these applications. | <ol style="list-style-type: none"> 2. les bureaux des visas saisis d'un grand nombre de demandes n'ont pas réévalué leurs politiques générales concernant les entrevues avec les demandeurs afin de traiter un plus grand nombre de demandes avant la date limite; 3. le défendeur n'a pas envoyé d'équipes spéciales aux bureaux des visas où l'arriéré des demandes est lourd afin que ces demandes soient traitées; 4. le défendeur n'a pas augmenté les ressources affectées au traitement de ces demandes. |
|---|--|

In this way, the respondent ignored the Parliamentary Committee's recommended course of action so as to be able to process the applications filed before January 1, 2002 by the extended deadline of March 31, 2003.

Purpose and intent of the extension to March 31, 2003

19. The purpose and intent of extending the time frame for assessing applications filed before January 1, 2002 was to provide time to assess those applications. The Minister first extended the time line from June 28, 2002 until December 31, 2002 to "address concerns about fairness and equity". Since it was clear to the Committee that there would still be 30,000 applications in this category pending on December 31, 2002, the Parliamentary Committee recommended the time frame be further extended to March 31, 2003.

The Numbers

20. When this matter was heard the respondent did not have a reasonable grasp on the number of applications for immigrant visas which were filed before January 1, 2002, and which will not be processed by March 31, 2003. In evidence before the Committee on March 12, 2002, the officials for the respondent advised the Committee that there would be 30,000 such applications not processed by December 31, 2002. Based on the evidence before this Court, which was subject to cross-examination, it is clear that the respondent provided the Committee with significantly incorrect numbers. Rather than the 30,000 such applications expected to be outstanding as of December 31, 2002, the evidence established that there will be 80,000 to 120,000 such applications expected to be outstanding as of March 31, 2003. Of course, this hearing is only with respect to 124 applications.

The adverse effect of the new Regulations on the Applicants

21. It is not necessary to detail the differences between the former Regulations and the new Regulations on the applicants. It is clear that the applicants are concerned that they will be

La preuve indique donc que le défendeur n'a pas suivi la démarche recommandée par le Comité parlementaire afin de pouvoir traiter les demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 au plus tard à la date limite reportée au 31 mars 2003.

Objet de la prorogation jusqu'au 31 mars 2003

19. La prorogation du délai relatif à l'évaluation des demandes déposées avant le 1^{er} janvier 2002 visait à donner le temps nécessaire au traitement de ces demandes. Le ministre a prorogé le délai une première fois du 28 juin 2002 au 31 décembre 2002 afin [TRADUCTION] «d'atténuer les préoccupations liées à la justice et à l'équité». Étant donné qu'il était évident, aux yeux du Comité, que 30 000 demandes appartenant à cette catégorie n'auraient pas encore été examinées le 31 décembre 2002, il a recommandé que ce délai soit prorogé à nouveau jusqu'au 31 mars 2003.

Les chiffres

20. Lorsque la présente affaire a été entendue, le défendeur n'avait pas une idée raisonnable du nombre de demandes de visas d'immigrants qui ont été déposées avant le 1^{er} janvier 2002 et qui ne seront pas traitées avant le 31 mars 2003. Lorsqu'ils ont témoigné devant le Comité le 12 mars 2002, les représentants du défendeur ont souligné que 30 000 demandes de cette nature ne seraient pas traitées avant le 31 décembre 2002. Compte tenu de ce témoignage, qui a fait l'objet d'un contre-interrogatoire, il est évident que le défendeur a fourni au Comité des données numériques sensiblement erronées. Plutôt que les 30 000 demandes de cette nature qui seraient probablement pendantes le 31 décembre 2002, il appert de la preuve que de 80 000 à 120 000 demandes semblables n'auront vraisemblablement pas encore été examinées le 31 mars 2003. Bien entendu, la présente affaire concerne uniquement 124 demandes.

Les conséquences défavorables du nouveau Règlement pour les demandeurs

21. Il n'est pas nécessaire d'exposer en détail les différences entre l'ancien Règlement et le nouveau en ce qui concerne les demandeurs. Il est évident que ceux-ci craignent que leurs

denied a visa under the new Regulations, while they would be granted a visa if they are assessed under the 1978 Regulations. For this reason, the applicants believe that they will lose important rights to a Canadian visa if they are to be assessed under the selection criteria in the new Regulations. The Court is satisfied that the applicants have legitimate concerns in this regard.

Delays and the visa application process

22. The 124 applications, which are the subject of this consolidated application, were filed at 21 different overseas visa offices. The evidence is clear that these offices have experienced exponential increases in immigrant visa applications and the visa offices only process a limited number of applicants per year in accordance with a quota assigned by the respondent. As a result, there is a backlog at many visa posts where applicants must wait years for an interview. The visa application process is explained at the respondent's website dated June 5, 2002 entitled "Canadian Immigration Mission Overseas—A Quick Guide to Visa Offices; Where They Are, What they Do and Who Works There". The visa application process is explained as follows:

The application is assessed at a visa office. This involves confirming the identity of the applicant, determining the eligibility for immigration, and determining if the applicant meets security, medical and criminal requirements. Sometimes, this can be done through the mail. Complicated cases may require interview. The visa officer must make the decision whether to issue or refuse the visa.

The evidence established that the visa application is initially "paper screened" by a case analyst who makes a preliminary "immigrant assessment record summary". At this stage, the visa applicant is assigned a number of units of assessment, and a visa officer decided whether the application is denied on the basis of the preliminary assessment, whether the application is denied on the basis of the preliminary assessment, whether the application is granted without requiring an interview, or whether the applicant should be scheduled for an interview. The evidence established that this paper screening step only takes between 10 and 15 minutes. In 2001, for all immigrant categories worldwide, 48% of the applications were granted at this stage without requiring an interview.

23. If an interview is required following the paper screening, the applicants are placed in a notional queue, which visa offices frequently reported takes 15 months. The average

demandes de visas ne craignent que leurs demandes de visas ne soient refusées en vertu du nouveau Règlement alors qu'elles seraient acceptées s'ils étaient évalués sous le régime du Règlement de 1978. C'est pourquoi ils estiment qu'ils perdront des droits importants liés à l'obtention d'un visa canadien s'ils sont évalués en vertu des critères de sélection énoncés dans le nouveau Règlement. La Cour estime que les demandeurs ont des préoccupations légitimes à cet égard.

Les délais et le processus de traitement des demandes de visas

22. Les 124 demandes qui sont examinées en l'espèce ont été déposées à 21 différents bureaux des visas situés à l'étranger. La preuve indique sans conteste un accroissement exponentiel du nombre de demandes de visas dont ils sont saisis et qu'ils ne traitent qu'un nombre restreint de demandes par année conformément au contingent que le défendeur leur attribue. Par conséquent, il existe un arriéré à de nombreux bureaux des visas, où les demandeurs doivent attendre des années avant d'être appelés en entrevue. Le processus de traitement des demandes de visas est expliqué dans le site Web du défendeur daté du 5 juin 2002 et intitulé «Missions canadienne à l'étranger offrant des services d'immigration—Guide de référence rapide sur les bureaux des visas: où ils sont situés, ce qu'ils font et qui y travaille». Le processus de traitement des demandes de visas est expliqué comme suit:

La demande est examinée à un bureau des visas. Cela suppose confirmer l'identité du demandeur, déterminer la recevabilité de la demande et vérifier que le demandeur satisfait aux exigences sur les plans de la sécurité, de la santé et de la justice. Il est possible quelquefois de procéder à ce genre de vérifications par courrier. Dans les cas complexes, une entrevue peut être nécessaire. C'est l'agent des visas qui décide de délivrer ou non un visa.

Il appert de la preuve que la demande de visa fait d'abord l'objet d'une «sélection administrative» par un analyste, qui établit un document préliminaire intitulé «résumé du dossier d'évaluation de l'immigrant». À ce stade, un certain nombre de points d'appréciation sont attribués au demandeur et l'agent des visas décide s'il y a lieu de refuser la demande sur la foi de l'évaluation préliminaire, de faire droit à la demande sans exiger d'entrevue ou de faire une entrevue au demandeur. La preuve indique que cette sélection administrative ne nécessite que 10 à 15 minutes. Au cours de l'année 2001, 48 p. 100 des demandes visant toutes les catégories d'immigrants à l'échelle planétaire ont été accueillies à ce stade sans qu'une entrevue soit exigée.

23. Lorsqu'une entrevue est exigée par suite de la sélection administrative, les demandeurs sont inscrits sur une liste d'attente fictive; selon le bureau des visas concerné, le délai

length of the interview, when it does take place, is about 1 hour. At that point, the visa officer assesses a final award of units of assessment unless certain matters arise at the interview which require verification.

Example of the delay

24. To give one actual example, the Court will refer to the application filed by Mr. Majumdar Anup Kumar (hereinafter referred to as Mr. Majumdar), Court docket No. IMM-3077-02.

- (e) Mr. Majumdar filed an application for permanent residence in Canada at the Canadian visa office in Hong Kong on June 1, 1999. Mr. Majumdar is a mechanical engineer with a Bachelor of Mechanical Engineering and with twelve years work experience. All the necessary documents and the required visa processing fee in the amount of \$1,100 were sent with the application.
- (f) On August 5, 1999 the Hong Kong visa office acknowledged receipt of the visa application with the correct fee payment, assigned the application a file number, and advised that an initial assessment of the application would be conducted within the next "6 months".
- (g) On October 21, 1999 the Hong Kong visa office advised that the initial assessment of the application had been completed and that the applicant would be notified within "15 months" regarding an interview date and that interviews generally take place 2-3 months following the notification letter (15 months from October 21, 1999 is January 21, 2001).
- (h) Since the 15 month period expired without any contact from the visa office, on June 12, 2001 (20 months later), counsel for the applicant sent a letter to the program manager for the respondent at the Hong Kong office requesting an interview date and status report.
- (i) There was no response to the letter so counsel sent a "reminder fax" to the program manager on August 22, 2001. The fax noted that counsel had left "several telephone messages on the program manager's voice mail".

d'attente atteint souvent 15 mois. La durée moyenne de l'entrevue, lorsqu'elle a lieu, est d'environ une heure. Au cours de cette entrevue, l'agent des visas détermine de façon définitive le nombre de points d'appréciation à attribuer au demandeur, à moins que certaines questions soulevées au cours de l'entrevue ne nécessitent une vérification.

Exemple du retard

24. Afin de donner un exemple concret, la Cour citera le cas de la demande qu'a déposée M. Majumdar Anup Kumar (ci-après appelé M. Majumdar) dans le dossier numéro IMM-3077-02.

- a) M. Majumdar a déposé une demande de résidence permanente au Canada au bureau canadien des visas situé à Hong Kong le 1^{er} juin 1999. M. Majumdar est un ingénieur en mécanique qui est titulaire d'un baccalauréat en génie mécanique et compte douze ans d'expérience. Tous les documents nécessaires ainsi que les frais de traitement prescrits, soit une somme de 1 100 \$, ont été joints à la demande.
- b) Le 5 août 1999, le bureau des visas de Hong Kong a accusé réception de la demande de visa et du paiement des frais prescrits, attribué un numéro de dossier à la demande et informé le demandeur qu'une évaluation initiale de sa demande aurait lieu dans les «six prochains mois».
- c) Le 21 octobre 1999, le bureau des visas de Hong Kong a informé le demandeur que l'évaluation initiale de la demande avait été faite, qu'il serait avisé dans les «15 prochains mois» de la date de l'entrevue et que les entrevues ont généralement lieu de deux à trois mois après la lettre d'avis (un délai de 15 mois suivant le 21 octobre 1999 nous mène au 21 janvier 2001).
- d) Le 12 juin 2001 (20 mois plus tard), étant donné que le délai de 15 mois avait expiré sans que le demandeur reçoive de nouvelle du bureau des visas, l'avocat de celui-ci a fait parvenir une lettre au directeur du programme du défendeur au bureau des visas de Hong Kong afin de lui demander une date d'entrevue et un rapport concernant l'évolution du dossier de son client.
- e) N'ayant reçu aucune réponse à cette lettre, l'avocat a fait parvenir par télécopieur un avis de rappel au directeur du programme le 22 août 2001. Dans cet avis, l'avocat a souligné qu'il avait laissé [TRADUCTION] «plusieurs messages téléphoniques sur la boîte vocale du directeur du programme».

- (j) As of the date of the hearing, Mr. Majumdar has not been contacted by the visa office in Hong Kong and has not been scheduled for an interview, notwithstanding that this application was filed 44 months ago.

25. Mr. Majumdar deposed that he would not qualify under the new immigration selection criteria for skilled workers, that he would have qualified for a visa under the former Regulations, and that he had invested more than \$6,000 and over three years of his life toward his application for a Canadian visa.

Immigration revenue from cost recovery fees charged visa applicants

26. Immigration revenue from cost recovery fees that were charged to visa applicants and collected by all visa missions for the fiscal year end of March 31, 2002 totalled \$310 million. The budget expenditures for overseas visa offices in 2002 was \$185.8 million. Accordingly, the government collected \$125 million more in visa application cost recovery revenue that it spent in 2002 for overseas visa offices. The evidence established that this revenue is deposited in the Consolidated Revenue Fund. The evidence also established that the respondent did not make any request in 2002 for additional resources or budget allocations to process the backlog of visa applications by March 31, 2003.

SWAT Teams

27. The evidence established that the respondent sent special teams, called SWAT teams, to overseas visa offices in 2001 to clear backlogs at missions with large inventories. The respondent requested and obtained extra resources from the government in 2001 for this purpose. The Committee recommended that such SWAT teams be used in 2002 to clear backlogs. However, the respondent made no request for extra resources for such SWAT teams to clear backlogs prior to March 31, 2003. The evidence of Mr. Daniel Jean, Director General of International Region, Citizenship and Immigration Canada established that such SWAT teams can be put together from experienced officials based in Ottawa and that the necessary training for the SWAT teams takes two weeks.

Number of officials processing visa applications overseas

28. The actual number of immigration officials in overseas offices processing applications for visas declined in 2002

- f) À la date de l'audience, M. Majumdar n'a pas encore été joint par le bureau des visas the Hong Kong et aucune entrevue n'a été fixée pour lui, malgré le fait que sa demande a été déposée 44 mois plus tôt.

25. M. Majumdar a déclaré au cours de son témoignage qu'il ne serait pas admissible selon les nouveaux critères de sélection applicables aux travailleurs qualifiés, qu'il aurait été admissible à un visa en vertu de l'ancien Règlement et qu'il avait investi plus de 6 000 \$ et plus de trois ans de sa vie dans la préparation et la présentation d'une demande de visa canadien.

Recettes d'Immigration découlant des droits exigés des demandeurs de visas

16. Pour l'exercice financier terminé le 31 mars 2002, les recettes d'Immigration découlant des droits qui ont été exigés des demandeurs de visas et perçus par tous les bureaux des visas ont atteint une somme de 310 000 000 \$, alors que les dépenses budgétaires de ces bureaux se sont élevées à 185 800 000 \$ au cours de la même période. En conséquence, le gouvernement a perçu 125 000 000 \$ de plus au titre des droits exigés à l'égard des demandes de visas que le montant qu'il a dépensé en 2002 pour les bureaux des visas à l'étranger. Il appert de la preuve que ces recettes sont versées au Trésor et que le défendeur n'a pas demandé de ressources supplémentaires ou d'autres crédits budgétaires en 2002 afin de traiter l'arriéré des demandes de visas d'ici le 31 mars 2003.

Équipes de formation d'intervention spéciale

27. Il a été mis en preuve qu'en 2001, le défendeur a envoyé des équipes de formation et d'intervention spéciale aux bureaux des visas à l'étranger afin d'éliminer les arriérés aux missions comptant un nombre élevé de cas à traiter. Le défendeur a demandé et obtenu des ressources supplémentaires du gouvernement en 2001 à cette fin. Le comité a recommandé que ces équipes soient utilisées en 2002 afin d'éliminer les arriérés. Toutefois, le défendeur n'a fait aucune demande de ressources supplémentaires permettant d'affecter ces équipes à cette tâche et d'éliminer l'arriéré d'ici le 31 mars 2003. D'après le témoignage de M. Daniel Jean, directeur général de la Région internationale à Citoyenneté et d'Immigration Canada, ces équipes peuvent être composées de représentants expérimentés qui sont basés à Ottawa et qui doivent recevoir une formation de deux semaines.

Nombre d'agents qui traitent les demandes de visas à l'étranger

28. Le nombre réel d'agents d'immigration qui traitent les demandes de visas dans les bureaux situés à l'étranger a baissé

compared with 2001. Immigration staff at overseas visa offices in 2002 totalled 1,366, compared with 1,403 in 2001.

No effort to process backlog before March 31, 2003

29. In the cross-examination of Mr. Daniel Jean, the principal witness for the respondent, Mr. Jean said there is no temporary objective, program or personnel in place to clear the backlog of applications because the respondent is meeting its immigration target levels. Mr. Jean confirmed that there were no new resources deployed to clear the backlog.

Hong Kong Visa Office closed for three months

30. About 11,000 applications received before January 1, 2002 in Hong Kong will likely not be processed as of March 31, 2003. The Hong Kong visa office closed for three months in the summer of 2002 and thereby stopped assessing applicants. The purpose of the closure was to train the Hong Kong staff on the new Act.

Applicants are not queue jumpers

31. It is important to note that the applicants in this have followed the Canadian rules and Canadian law to seek admission to Canada. They are not "queue jumpers". Moreover, these applicants are generally skilled workers who believe that they would qualify for landing in Canada under the former Regulations.

en 2002 comparativement à 2001, passant en effet de 1 403 à 1 366.

Absence de mesures visant à traiter l'arriéré avant le 31 mars 2003

29. Au cours de son-interrogatoire, M. Daniel Jean, le principal témoin du défendeur, a mentionné qu'il n'y a pas d'objectif, de programme et de personnel temporaire en place pour éliminer l'arriéré des demandes, parce que le défendeur atteint actuellement ses niveaux cibles en matière d'immigration. M. Jean a confirmé qu'aucune nouvelle ressource n'était déployée en vue d'éliminer l'arriéré.

Fermeture du bureau des visas de Hong Kong pour une période de trois mois

30. Environ 11 000 demandes reçues avant le 1^{er} janvier 2002 à Hong Kong ne seront vraisemblablement pas traitées le 31 mars 2003. Le bureau des visas de Hong Kong a été fermé pendant trois mois au cours de l'été 2002 et le personnel a donc cessé d'évaluer les demandeurs. La fermeture avait pour but de former le personnel de Hong Kong au sujet de la nouvelle Loi.

Les demandeurs ne sont pas des resquilleurs

31. Il importe de souligner que les demandeurs en l'espèce ont respecté les règles et exigences canadiennes afin d'obtenir leur admission au Canada. Ils ne sont pas des «resquilleurs». De plus, ces demandeurs sont généralement des travailleurs qualifiés qui croient qu'ils seraient admissibles à obtenir le droit de s'établir au Canada sous le régime de l'ancien Règlement.

T-155-02
2003 FCT 583

T-155-02
2003 CFPI 583

**Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and
The Procter & Gamble Company (Applicants)**

**La compagnie pharmaceutique Procter & Gamble
Canada, Inc. et The Procter & Gamble Company
(demanderesses)**

v.

c.

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

Le ministre de la Santé et Genpharm Inc. (défendeurs)

**INDEXED AS: PROCTER & GAMBLE PHARMACEUTICALS
CANADA, INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: COMPAGNIE PHARMACEUTIQUE PROCTER &
GAMBLE CANADA, INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(1^{re} INST.)**

Trial Division, Gauthier J.—Toronto, February 3;
Ottawa, May 12, 2003.

Section de première instance, juge Gauthier—Toronto,
3 février; Ottawa, 12 mai 2003.

Patents — Practice — Motion to dismiss application on basis patent should not have been listed on patent register because (i) out of time, (ii) surrendered patent ineligible — Standard to be applied to motions under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(5) not determined — Reissued patents subject to Regulations, s. 4(4) time requirement — Difference between grant and issuance of patent — Motion dismissed as not plain, obvious patent not eligible for inclusion on register.

Brevets — Pratique — Requête en vue de faire rejeter la demande au motif que le brevet n'aurait pas dû être inscrit au registre des brevets parce que (i) il a été inscrit hors délai, (ii) abandonné, il ne pouvait être valablement inscrit — La Cour ne s'est pas prononcée sur les critères applicables aux requêtes fondées sur l'art. 6(5) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Les brevets redélivrés sont assujettis au délai prévu à l'art. 4(4) du Règlement — Il existe une différence entre l'octroi et la délivrance d'un brevet — La requête est rejetée puisqu'il n'apparaît pas de manière claire et manifeste que le brevet n'est pas admissible à l'inscription au registre.

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and the Procter & Gamble Company (Procter) successfully applied for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to Genpharm Inc. until after the expiration of Procter's Canadian Patent 1338376 ('376 patent) (for a new use of its drug etidronate disodium). In this context, Genpharm brought this motion, pursuant to subsection 6(5) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations), to dismiss the notice of application of Procter on the basis that the '376 patent should not have been listed on the patent register because it was allegedly registered outside of the period specified in subsection 4(4) of the NOC Regulations and because the patent ('702) which was surrendered on the reissue of the '376 patent was also not eligible for listing on the patent register. (The '376 patent included the original claims of the '702 patent as well as additional claims for the use of a bone resorption inhibiting polyphosphonate, such as etidronate disodium, for the treatment and prevention of osteoporosis.) Later, Procter filed an amendment of a patent list to include the '376 patent on the patent register instead of the '702 patent.

La compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. et the Procter & Gamble Company (Procter) ont demandé et obtenu une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Genpharm Inc. avant l'expiration du brevet canadien n° 1338376 de Procter (brevet '376) (relativement à la nouvelle utilisation de son médicament étidronate disodium). C'est dans ce contexte que Genpharm a déposé la présente requête, fondée sur le paragraphe 6(5) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement), en vue de faire rejeter l'avis de demande de Procter au motif que le brevet '376 n'aurait pas dû être inscrit au registre des brevets parce qu'il aurait été inscrit en dehors de la période prévue au paragraphe 4(4) du Règlement, et parce que le brevet ('702), abandonné lors de la redélivrance du brevet '376, ne peut valablement être inscrit au registre des brevets. (Le brevet '376 comprend les revendications figurant dans le brevet '702, ainsi que des revendications additionnelles portant sur l'administration d'un polyphosphonate inhibant la résorption osseuse, tel que l'étidronate disodium, pour le traitement et la prévention de l'ostéoporose.) Par la suite, Procter a déposé une modification de la liste de brevets pour

Held, the motion should be dismissed.

Whether or not the restrictive standard enunciated in the Supreme Court of Canada case of *Hunt v. Carey Canada Inc.* should apply to motions to dismiss under subsection 6(5) was not determined in the present case because the same conclusion would have been arrived at in any event.

According to the Regulatory Impact Analysis Statement for the 1998 amendments to the NOC Regulations, subsection 3(1) thereof confirmed the authority of the Minister of Health to remove ineligible patents from the patent list. That provision confers the right to delete anything that does not meet the requirements set out in section 4 as a whole, including subsection 4(4) (time within which to submit a patent list or an amendment to an existing patent list). Based on subsection 47(1) of the *Patent Act*, which deals with "reissue", and on the wording of subsection 4(4) of the NOC Regulations, the latter provision did apply to the '376 patent.

The '376 patent clearly claimed the use of a medicine, and as such would be eligible for inclusion in the patent register. Subsection 47(2) of the *Patent Act* cannot be construed as exempting any portion of the '376 patent from the requirements of subsection 4(4) of the NOC Regulations and a determination with respect to the kit claims (the original claims of the '702 patent) is irrelevant. The purpose of subsection 47(2) is to give a retroactive effect to the claims in the newly issued patent which are identical to those of the surrendered patent. Such retroactivity was not intended to and cannot cure a failure to follow a mandatory procedure applicable in the context of an administrative scheme developed in parallel to the right to institute actions.

The question of whether the '376 patent was registered more than 30 days after its date of issue, in accordance with subsection 4(4), raises the question of the meaning of the terms "issuance" and "date of issue". (The '376 patent was granted on June 11, 1996, but was not physically issued until June 18, 1996, and Procter filed the amendment to the patent list to include the '376 patent on the register on July 17, 1996). The Minister of Health accepted that the '376 patent had been registered within the required period and included it in the patent register. The wording of section 43 of the *Patent Act* indicates that there is a difference between the grant of the patent and its issuance. On the facts, it was not clear when the Patent Office seal was affixed to the '376 patent, but it was

que le brevet '376 soit inclus au registre des brevets au lieu du brevet '702.

Jugement: la requête est rejetée.

En l'espèce, la Cour n'a pas tranché la question de savoir s'il fallait appliquer les critères restrictifs énoncés dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, de la Cour suprême du Canada, aux requêtes en irrecevabilité fondées sur l'article 6(5) puisque, de toute manière, elle serait parvenue à la même conclusion.

D'après le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation joint aux modifications apportées en 1998 au Règlement, l'article 3(1) confirme que le ministre de la Santé est habilité à retirer des brevets inadmissibles de la liste de brevets. Cette disposition confère au ministre le droit de supprimer tout brevet qui ne respecte pas les exigences de l'article 4 dans son ensemble, y compris celles énoncées au paragraphe 4(4) (délai prévu pour soumettre une liste de brevets ou toute modification apportée à une liste de brevets). Selon le paragraphe 47(1) de la *Loi sur les brevets*, lequel traite de la «redélivrance», et le texte du paragraphe 4(4) du Règlement, cette dernière disposition s'applique au brevet '376.

Le brevet '376 revendique clairement l'utilisation d'un médicament et à ce titre, il est admissible à l'inscription au registre des brevets. Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur les brevets* ne peut être interprété de manière à exempter une partie quelconque du brevet '376 des exigences énoncées au paragraphe 4(4) du Règlement; il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les revendications relatives à la trousse (revendications figurant initialement dans le brevet '702) portent ou non sur un médicament ou sur l'usage d'un médicament. Le paragraphe 47(2) vise à conférer un effet rétroactif aux revendications comprises dans le nouveau brevet délivré qui sont identiques aux revendications du brevet abandonné. Cette rétroactivité ne vise pas à corriger et ne peut remédier au défaut d'avoir respecté une procédure obligatoire applicable dans le contexte d'un régime administratif institué en parallèle au droit d'instituer une action.

Pour répondre à la question de savoir si le brevet '376 a été enregistré plus de 30 jours après sa date de délivrance, conformément au paragraphe 4(4), il faut examiner la signification des termes «délivrance» et «date de délivrance». (Le brevet '376 a été octroyé le 11 juin 1996, mais n'a été matériellement délivré que le 18 juin 1996 et, le 17 juillet 1996, Procter a déposé la modification apportée à la liste de brevets de manière à ce que le brevet '376 y figure). Le ministre de la Santé a jugé que le brevet '376 avait été inscrit dans le délai prescrit et il l'a donc inclus au registre des brevets. Le libellé de l'article 43 de la *Loi sur les brevets* indique qu'il existe une différence entre la date d'octroi d'un brevet et sa date de délivrance. D'après les faits, on ne sait pas

clear that, because of a clerical error, this did not take place on June 11, 1996. On this motion, there was no need to determine whether the '376 patent was properly included in the register; it had only to be decided if Genpharm had established that it was not eligible for registration. On the basis of the evidence presented, it was not plain and obvious that the '376 patent was not eligible for inclusion on the register.

Even if the restrictive standard of *Hunt* was not applied, Genpharm did not establish that the '376 patent was not registered within 30 days of the date of issuance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 43 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42), 47(1),(2).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 3(1) (as am. by SOR/98-166, s. 2), (4) (as am. *idem*), 4(2) (as am. *idem*, s. 3), (4) (as am. *idem*), (6) (as am. *idem*), (7) (as am. *idem*), 5 (as am. *idem*, s. 4; 99-379, s. 2), 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5), (5) (as enacted *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Bayer Inc. v. Apotex Inc. (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.); *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321.

REFERRED TO:

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health), [2003] 1 F.C. 402; (2002), 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 291 N.R. 339 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2002] S.C.C.A. No. 407.

MOTION to dismiss a notice of application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Genpharm Inc. until after the expiration of Procter's Canadian Patent 1338376. Motion dismissed.

clairement à quelle date précise le sceau du Bureau des brevets a été apposé sur le brevet '376. On sait toutefois qu'à cause d'une erreur d'écriture, ces événements n'ont pas eu lieu le 11 juin 1996. Dans le cadre de la présente requête, il n'est pas nécessaire que la Cour détermine si le brevet '376 a été valablement inscrit au registre des brevets; elle doit seulement décider si Genpharm a établi que ce brevet n'est pas admissible à l'inscription. Sur la foi des éléments de preuve déposés, il n'apparaît pas de manière claire et manifeste que le brevet '376 n'est pas admissible à l'inscription au registre.

Même si la Cour n'a pas appliqué les critères restrictifs de l'arrêt *Hunt*, Genpharm n'a pas établi que le brevet '376 avait été inscrit après l'expiration du délai de 30 jours suivant sa délivrance.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 43 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42), 47(1),(2).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 3(1) (mod. par DORS/98-166, art. 2), (4) (mod., *idem*), 4(2) (mod., *idem*, art. 3), (4) (mod., *idem*), (6) (mod., *idem*), (7) (mod., *idem*), 5 (mod., *idem*, art. 4; 99-379, art. 2), 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5), (5) (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bayer Inc. c. Apotex Inc. (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (C.F. 1^{re} inst.); *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; [1990] 6 W.W.R. 385; 49 B.C.L.R. (2d) 273; 4 C.C.L.T. (2d) 1; 43 C.P.C. (2d) 105; 117 N.R. 321.

DÉCISION CITÉE:

Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), [2003] 1 C.F. 402; (2002), 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 291 N.R. 339 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] C.S.C.R. n° 407.

REQUÊTE en vue de faire rejeter l'avis de demande afin d'obtenir une ordonnance visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Genpharm Inc. avant l'expiration du brevet canadien n° 1338376 de Procter. Requête rejetée.

APPEARANCES:

Ronald E. Dimock and Angela M. Furlanetto for applicant.

Eric Peterson for respondent Minister of Health.

Roger T. Hughes, Q.C. and Kamleh J. Nicola for respondent Genpharm.

SOLICITORS OF RECORD:

Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

Sim Hughes, Ashton & MacKay LLP, Toronto, for respondent Genpharm.

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

[1] GAUTHIER J.: The applicants Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. and The Procter & Gamble Company (Procter) and Genpharm Inc. (Genpharm) have litigated over the same patent, Canadian Patent No. 1338376 (the '376 patent) under the *Patented Medicines (Notice of Compliance Regulations)*, [SOR/93-133, as amended by] SOR/98-166 (the NOC Regulations) since October 1999 in three separate proceedings. The first two resulted in orders of prohibition which were affirmed by the Federal Court of Appeal [[2003] 1 F.C. 402]. Motions for permission to appeal the Supreme Court were filed in September 2002 and have yet to be heard.*

[2] The present proceeding, the third one, was initiated in January 2002. The parties have exchanged affidavit evidence and conducted several cross-examinations and the matter has been set to be heard on December 2 and 3, 2003.

* Editor's Note: Applications for leave to appeal were dismissed March 27, 2003 ([2003] S.C.C.A. No. 407).

ONT COMPARU:

Ronald E. Dimock et Angela M. Furlanetto pour la demanderesse.

Eric Peterson pour le défendeur, le Ministre de la Santé.

Roger T. Hughes, c.r. et Kamleh J. Nicola pour la défenderesse Genpharm.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Dimock Stratton Clarizio LLP, Toronto, pour la demanderesse.

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

Sim Hughes, Ashton & MacKay LLP, Toronto, pour la demanderesse Genpharm.

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

[1] LE JUGE GAUTHIER: Depuis octobre 1999, les demanderesse, la Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Inc. et The Procter & Gamble Company (Procter), et Genpharm Inc. (Genpharm) ont entamé des procédures concernant le même brevet dans le cadre de trois instances distinctes, soit le brevet canadien n° 1338376 (le brevet '376) délivré en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133, modifié par] DORS/98-166 (le Règlement). Les deux premières instances se sont conclues par des ordonnances d'interdiction subséquentement confirmées par la Cour d'appel fédérale [[2003] 1 C.F. 402]. Des demandes d'autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour suprême ont été déposées en septembre 2002 et n'ont pas encore été entendues.*

[2] La présente instance, la troisième, a été instituée en janvier 2002. Les parties ont échangé des déclarations assermentées et procédé à plusieurs contre-interrogatoires et l'audience a été fixée aux 2 et 3 décembre 2003.

* Note de l'arrêviste: Les demandes d'autorisation de pourvoi ont été rejetées le 27 mars 2003 ([2003] C.S.C.R. n° 407).

[3] It is in that context, that Genpharm brings this motion to dismiss the notice of application of Procter on the basis that the '376 patent should not have been listed on the patent register. Genpharm alleges that (i) the '376 patent was registered outside of the period specified by subsection 4(4) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the NOC Regulations and that (ii) the Canadian Patent No. 1282702 (the '702 patent) which was surrendered on the reissue of the '376 patent was also not eligible for listing on the patent register as it did not include claims to a medicine or the use of a medicine.

[4] To understand the second ground advanced by Genpharm, it is relevant to note that the original patent listed by Procter for its etidronate disodium drug Didrocal was the '702 patent issued on April 9, 1991. The notice of compliance for the Didrocal was issued on July 19, 1995. The '702 patent was listed shortly thereafter on the patent register.

[5] Procter filed an application for a reissue on June 4, 1995, and in accordance with subsection 47(1) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, the '702 patent was definitely surrendered when the '376 patent was issued to replace it.

[6] The '376 patent included the original claims of the '702 patent which the parties have referred to as the "kit claims" as well as additional claims for the use of a bone resorption inhibiting polyphosphonate (such as etidronate disodium) for the treatment and prevention of osteoporosis.

[7] On July 17, 1996, Procter filed an amendment to a patent list (Form IV) to include the '376 patent on the patent register instead of the '702 patent.

[8] The three proceedings between the parties have all taken place after the '376 patent was included on the patent register.

[9] Before addressing the main issues raised by Genpharm's motion, it is also important to note that there has been no decision made pursuant to paragraph 6(5)(a)

[3] C'est dans ce contexte que Genpharm a déposé la présente requête en vue de faire rejeter l'avis de demande de Procter au motif que le brevet '376 n'aurait pas dû être inscrit au registre des brevets. Genpharm allègue que: (i) le brevet '376 a été inscrit en dehors de la période prévue au paragraphe 4(4) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement; (ii) le brevet canadien n° 1282702 (le brevet '702), abandonné lors de la redélivrance du brevet '376, ne pouvait valablement être inscrit au registre des brevets, car il ne contenait aucune revendication concernant un médicament ou l'usage d'un médicament.

[4] Pour comprendre le deuxième motif soulevé par Genpharm, il faut savoir que le premier brevet inscrit par Procter pour son étidronate disodium Didrocal était le brevet '702, délivré le 9 avril 1991. L'avis de conformité concernant le Didrocal a été publié le 19 juillet 1995. Le brevet '702 a été inscrit peu après au registre des brevets.

[5] Procter a déposé une demande de redélivrance le 4 juin 1995 et, conformément au paragraphe 47(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, lorsque le brevet '376 a été délivré en remplacement du brevet '702, ce dernier a été définitivement abandonné.

[6] Le brevet '376 comprenait les revendications figurant dans le brevet '702, que les parties désignent par «revendications relatives à la trousse», ainsi que des revendications additionnelles portant sur l'administration d'un polyphosphonate inhibant la résorption osseuse (tel que l'étidronate disodium) pour le traitement et la prévention de l'ostéoporose.

[7] Le 17 juillet 1996, Procter a déposé une modification d'une liste de brevets (formulaire IV) pour inclure le brevet '376 au registre des brevets au lieu du brevet '702.

[8] Les trois instances opposant les parties ont toute été instituées après l'inscription du brevet '376 au registre des brevets.

[9] Avant de me pencher sur les principaux arguments soulevés par Genpharm dans sa requête, il est également important de mentionner qu'aucune décision n'a été

of the NOC Regulations since the provision was added in 1998 [DORS/98-166, s. 5] and the parties disagree on the standard or test to be applied in assessing the merits of this motion.

[10] Subsection 6(5) of the NOC Regulations reads as follows:

6. (1) . . .

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

[11] In *Bayer Inc. v. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (F.C.T.D.), Justice Joyal on a motion to dismiss under paragraph 6(5)(b) of the NOC Regulations held that such a motion should be granted only where the notice of application is clearly improper and bereft of any possibility of success. He agreed with the arguments presented to him that paragraph 6(5)(b) simply gives the Court explicit jurisdiction to consider motions to dismiss where earlier the Court had to rely on its own rules to do so. Thus, the restrictive standard enunciated in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at page 980, should apply.

[12] Procter argues that the reasoning adopted in *Bayer* applies when dealing with a motion under paragraph 6(5)(a) while Genpharm submits that the purpose of this provision is to get rid of groundless notices of application and there is thus no reason to adopt such a restrictive approach.

[13] The parties said little more to support their respective position.

rendue en vertu de l'alinéa 6(5)a) du Règlement depuis que cette disposition a été ajoutée en 1998 [DORS/98-166, art. 5]; en outre, les parties ne s'entendent pas sur la norme ou les critères applicables pour évaluer le bien-fondé de la présente requête.

[10] Le paragraphe 6(5) du Règlement se lit comme suit:

6. (1) [. . .]

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas:

a) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité;

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

[11] Dans *Bayer Inc. c. Apotex Inc.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 334 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Joyal, qui devait se prononcer sur une requête en rejet présentée en vertu de l'alinéa 6(5)b) du Règlement, affirme que cette requête doit être accueillie seulement si l'avis de demande est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli. Il souscrit aux arguments selon lesquels l'alinéa 6(5)b) confère simplement à la Cour la compétence pour examiner une requête en radiation alors qu'auparavant, la Cour devait se fonder sur ses propres règles pour rendre une telle décision. Par conséquent, on doit appliquer les critères restrictifs énoncés dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la page 980.

[12] Procter soutient que le raisonnement adopté dans *Bayer* s'applique aux requêtes déposées en vertu de l'alinéa 6(5)a) tandis que Genpharm prétend que cette disposition vise à éliminer les requêtes frivoles et que par conséquent, rien ne justifie d'adopter une approche aussi restrictive.

[13] Les parties n'ont pas dit grand-chose de plus pour faire valoir leur point de vue respectif.

[14] The administrative scheme set out in sections 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] and 6 of the NOC Regulations is intended to apply only where a notice of compliance is filed in respect of a drug that can be compared with another drug for which a patent was properly included in a patent list on the Register. Thus, a motion to strike a notice of application filed under subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5] based on the fact that the only patent currently on the Register should not be there, is or is akin to a motion to strike out the proceeding on the basis that there is no reasonable cause of action.

[15] It is settled law that if this interpretation is correct, the restrictive standard set out in *Hunt, supra*, should apply. Genpharm would thus have to prove that it is plain and obvious that the '376 patent was not eligible for inclusion in the Register.

[16] In this particular case, as noted by Procter, Genpharm did not raise the issue that the '376 patent was not properly included in the Register because of late filing, in its notice of allegation. Genpharm may therefore be precluded from raising this issue at the December hearing.

[17] Genpharm did not challenge the decision of the Minister to include the '376 patent on the Register.

[18] In the circumstances, it may well be that the issue of whether or not this patent was registered after the period provided for in subsection 4(4) will not be adjudged otherwise than on the current motion. The parties did not address this issue.

[19] That being said with respect to the restrictive standard to be applied generally to motions under paragraph 6(5)(a), this finding will not be determinative in the present case because the Court would have reached the same conclusion even if it had not applied it. I shall now turn to the substantive issues.

[20] Considering the written and oral arguments presented by the parties, the Court will need to review the following questions:

[14] Le régime administratif instauré par les articles 5 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] et 6 du Règlement s'applique seulement lorsqu'un avis de conformité est déposé concernant un médicament pouvant être comparé à un autre médicament dont le brevet a été dûment inclus au registre. Par conséquent, une requête visant à rejeter un avis de demande déposé en vertu du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5] au motif que le seul brevet actuellement inscrit au registre est invalide correspond ou s'apparente à une requête en radiation de procédure au motif qu'il n'existe aucune cause d'action raisonnable.

[15] Il est bien établi en droit que si cette interprétation est correcte, la norme restrictive énoncée dans *Hunt*, précité, doit s'appliquer. Il appartient donc à Genpharm de prouver que clairement et manifestement, le brevet '376 ne pouvait être valablement inscrit au registre.

[16] Comme le fait remarquer Procter dans le cas qui nous occupe, Genpharm n'a pas mentionné dans son avis d'allégation que le brevet '376 n'aurait pas été valablement inclus au registre parce qu'il a été déposé en retard. Genpharm pourrait donc être empêchée de soulever cet argument lors de l'audience de décembre.

[17] Genpharm n'a pas contesté la décision du ministre d'inclure le brevet '376 au registre.

[18] Dans les circonstances, il se pourrait bien que la question de savoir si le brevet a été inscrit après le délai prévu au paragraphe 4(4) puisse être tranchée seulement dans le cadre de la présente requête. Les parties n'ont pas soulevé cet élément.

[19] Ceci dit, en ce qui concerne les critères restrictifs que l'on doit généralement appliquer aux requêtes faites en vertu de l'alinéa 6(5)a), cette conclusion n'est pas déterminante en l'espèce parce que la Cour serait parvenue à la même conclusion si elle avait décidé de ne pas appliquer ces critères. Examinons maintenant les questions de fond.

[20] Compte tenu des arguments écrits et oraux soumis par les parties, la Cour se doit d'examiner les questions suivantes:

- | | |
|--|---|
| (i) Is subsection 4(4) a criteria for the eligibility referred to in paragraph 6(5)(a)? | (i) Le paragraphe 4(4) constitue-t-il un critère en ce qui concerne l'admissibilité mentionnée à l'alinéa 6(5)a)? |
| (ii) Does subsection 4(4) apply to the '376 patent? | (ii) Le paragraphe 4(4) s'applique-t-il au brevet '376? |
| (iii) Does the '376 patent or the '702 patent include claims to a medicine or use of a medicine? | (iii) Le brevet '376 ou le brevet '702 comporte-t-il des revendications relatives à un médicament ou à l'usage d'un médicament? |
| (iv) Was the '376 patent registered more than 30 days after its date of issue? | (iv) Le brevet '376 a-t-il été inscrit plus de 30 jours après sa date de délivrance? |
| (v) If so, is Genpharm estopped from raising this argument? | (v) Le cas échéant, Genpharm est-elle empêchée de soulever cet argument? |

- | | |
|--|--|
| (i) Is subsection 4(4) a criteria for the eligibility referred to in paragraph 6(5)(a) of the NOC Regulations? | (i) Le paragraphe 4(4) constitue-t-il un critère en ce qui concerne l'admissibilité mentionnée à l'alinéa 6(5)a) du Règlement? |
|--|--|

[21] Procter submits that a patent is not eligible for inclusion in the Register only if it does not meet the requirements set out in paragraph 4(2)(b) [as am. *idem*, s. 3] of the NOC Regulations and that the requirements set out in subsection 4(4) are not relevant on a motion made pursuant to paragraph 6(5)(a).

[21] Procter prétend que seuls les brevets ne respectant pas les exigences énoncées à l'alinéa 4(2)b) [mod., *idem*, art. 3] du Règlement ne sont pas admissibles à l'inscription au registre. Selon elle, les exigences figurant au paragraphe 4(4) ne sont pas pertinentes dans le cas des requêtes faites en vertu de l'alinéa 6(5)a).

[22] The expression "not eligible for inclusion on the register" found in 6(5)(a) is not defined and is used only in one other provision of the NOC Regulations. However, subsection 4(7) [as am. *idem*] which requires the person submitting a patent list to certify that the patents set out in the said list are eligible for inclusion on the Register, does little to explain the concept of "eligibility".

[22] L'expression «ne sont pas admissibles à l'inscription au registre» qui se trouve à l'alinéa 6(5)a) n'est pas définie et elle est utilisée dans une seule autre disposition du Règlement. Quant au paragraphe 4(7) [mod., *idem*], en vertu duquel la personne qui soumet une liste de brevets est tenue d'attester que les brevets figurant dans cette liste sont admissibles à l'inscription au registre, il n'explique pas davantage le concept d'admissibilité.

[23] This concept appears to have been introduced by the amendments to the NOC Regulations of March 12, 1998, SOR/98-166. The Regulatory Impact Analysis Statement indicates that one of the amendments is to "expressly confirm the authority of the Minister of Health to audit the patent list and to refuse to add or to remove *ineligible patents* from the patent list" (motion record, at page 11).

[23] Ce concept semble avoir été intégré avec les modifications réglementaires apportées par le règlement DORS/98-166, le 12 mars 1998. Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation indique que l'une des modifications vise à «confirmer expressément que le ministre de la Santé est habilité à vérifier la liste de brevets et à refuser d'y ajouter des *brevets inadmissibles* et à en retirer de tels brevets» (dossier de la requête, à la page 11).

[24] The 1998 amendments added a new subsection 3(1) [as am. *idem*, s. 2] which states:

3. (1) The Minister shall maintain a register of any information submitted under section 4. To maintain it, the Minister may refuse to add or may delete any information that does not meet the requirements of that section.

[25] The Court agrees with Genpharm that this is the provision intended to enable the Minister to audit and delete patents which were ineligible and that it does confer the right to delete anything that does not meet the requirements set out in section 4 as a whole, including subsection 4(4). This means, for example, that if a patent does not have a filing date that precedes the date of filing of a submission for a notice of compliance, it would not be eligible for inclusion in the register. In that same manner, if a patent issued more than 30 days before its registration, it would not be eligible for registration.

(ii) Does subsection 4(4) apply to the '376 patent

[26] According to Procter, a reissued patent should be dealt with pursuant to subsection 4(6) [as am. *idem*, s. 3] of the NOC Regulations which refers to the updating of the patent list and does not fix any timeline to do so if one does not seek to add a patent. Subsection 4(6) reads as follows:

4. (1) . . .

(6) A person who submits a patent list must keep the list up to date but may not add a patent to an existing patent list except in accordance with subsection (4).

[27] This provision would definitely apply to changes in the information provided under paragraph 4(2)(c) [as am. *idem*] or 4(2)(e) [as am. *idem*] of the NOC Regulations.

[28] The Court agrees with Procter that it did not add a patent to its patent list for Didrocal as it deleted at the same time the '702 patent. This was a substitution not an addition. But the Court cannot agree that because the last portion of subsection 4(6) does not apply, it automatically means that subsection 4(4) will not apply

[24] Les modifications de 1998 ajoutent un nouveau paragraphe 3(1) [mod., *idem*, art. 2] libellé en ces termes:

3. (1) Le ministre tient un registre des renseignements fournis aux termes de l'article 4. À cette fin, il peut refuser d'y ajouter ou en supprimer tout renseignement qui n'est pas conforme aux exigences de cet article.

[25] La Cour convient avec Genpharm que cette disposition vise à habiliter le ministre à vérifier et à retirer les brevets qui ne sont pas admissibles et qu'elle ne confère pas le droit de supprimer tout brevet qui ne respecte pas les exigences de l'article 4 dans son ensemble, y compris celles énoncées au paragraphe 4(4). Cela veut dire, par exemple, que si la date de dépôt d'un brevet n'est pas antérieure à la date de soumission d'une demande d'avis de conformité, ce brevet ne serait pas admissible à l'inscription au registre. De la même manière, si un brevet est délivré plus de 30 jours après son inscription, il ne serait pas admissible à l'inscription.

(ii) Le paragraphe 4(4) s'applique-t-il au brevet '376?

[26] Selon Procter, un brevet redélivré doit être assujéti au paragraphe 4(6) [mod., *idem*, art. 3] du Règlement qui concerne la mise à jour de la liste de brevets et n'impose aucun délai pour ce faire si la personne concernée ne cherche pas à ajouter un brevet. Cette disposition se lit comme suit:

4. (1) [. . .]

(6) La personne qui soumet une liste de brevets doit la tenir à jour mais ne peut ajouter de brevets à une liste que si elle le fait en conformité avec le paragraphe (4).

[27] Ce paragraphe s'appliquerait sans l'ombre d'un doute à la modification des renseignements fournis en vertu des alinéas 4(2)c) [mod., *idem*] ou 4(2)e) [mod., *idem*] du Règlement.

[28] La Cour reconnaît que Procter n'a pas ajouté de brevet à sa liste de brevets pour le Didrocal puisqu'en même temps, elle a retiré le brevet '702. Il s'agissait d'une substitution et non d'un ajout. Mais la Cour ne peut souscrire à l'argument voulant que si la dernière partie du paragraphe 4(6) ne s'applique pas, cela signifie

to the '376 patent.

[29] Subsection 4(4) states:

4. (1) . . .

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

[30] Procter argues that the words “a patent that was issued” cannot or should not apply to the '376 patent because it is a reissued patent. It submits no authorities or detailed arguments to support this view. It adds in its written submissions that the Form IV (amendment to a patent list) used to register the '376 patent was not an original patent list submission for a new invention thus it can not be governed by the strict timelines of subsection 4(4).

[31] On the other hand, Genpharm submits that the words used in the NOC Regulations should be given the same meaning as in the *Patent Act*, the legislation under which these Regulations were adopted.

[32] Subsection 47(1) of the *Patent Act* dealing with “reissue” clearly states that “the Commissioner may, on the surrender of the patent . . . , cause a new patent, in accordance with an amended description and specification made by the patentee, to be issued to him for the same invention for the then unexpired terms for which the original patent was granted” [emphasis added].

[33] The Court also notes that subsection 4(4) expressly states that one can submit a patent list or an amendment to an existing patent list, thus, the argument with respect to the use of a Form IV is not valid.

[34] The Court finds that subsection 4(4) applies to the '376 patent.

automatiquement que le paragraphe 4(4) ne s'applique pas au brevet '376.

[29] Le paragraphe 4(4) est libellé ainsi:

4. (1) [. . .]

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

[30] Procter soutient que l'expression «la délivrance d'un brevet» ne peut ou ne doit pas s'appliquer au brevet '376 parce qu'il s'agit d'un brevet redélivré. Elle ne soumet aucune jurisprudence ou argumentation détaillée à l'appui de cette prétention. Elle ajoute dans son plaidoyer écrit que le formulaire IV (modification de la liste de brevets) utilisé pour inscrire le brevet '376 ne constitue pas la première soumission d'une liste de brevets relative à une nouvelle invention et qu'il ne peut donc être assujéti aux délais stricts prévus au paragraphe 4(4).

[31] Pour sa part, Genpharm fait valoir que le libellé du Règlement doit être interprété de la même manière que la *Loi sur les brevets*, en vertu de laquelle il a été adopté.

[32] Le paragraphe 47(1) de la *Loi sur les brevets* relatif à la «redélivrance» énonce clairement que «le commissaire peut, si le breveté abandonne ce brevet [. . .], faire délivrer au breveté un nouveau brevet, conforme à une description et spécification rectifiée par le breveté, pour la même invention et pour la partie restant alors à courir de la période pour laquelle le brevet original a été accordé» [non souligné dans l'original].

[33] La Cour remarque également que le paragraphe 4(4) énonce expressément qu'une personne peut soumettre une liste de brevets ou toute modification apportée à une liste de brevets. L'argument concernant l'usage du formulaire IV n'est donc pas valide.

[34] La Cour estime que le paragraphe 4(4) s'applique au brevet '376.

(iii) Does the '376 or '702 patents include claims to a medicine or the use of a medicine.

[35] The '376 patent clearly claims the use of a medicine (see claims 17 to 37) and as such would be eligible for inclusion in the patent register.

[36] The Court will not deal with the question of whether or not the '702 patent claimed a medicine or the use of a medicine. As mentioned, this patent has not been in the patent register since 1996 and it is not the subject of the current notice of application of Procter. The '702 patent has been surrendered. It does not exist anymore and cannot be revived.

[37] The parties appeared to agree at the hearing that the Court must look at the "kit claims" in the '376 patent and decide whether they cover a medicine or the use of a medicine because of the effect of subsection 47(2) of the *Patent Act*. The said provision states:

47. (1) . . .

(2) The surrender referred to in subsection (1) takes effect only on the issue of the new patent, and the new patent and the amended description and specification have the same effect in law, on the trial of any action thereafter commenced for any cause subsequently accruing, as if the amended description and specification had been originally filed in their corrected form before the issue of the original patent, but, in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing, and the reissued patent to the extent that its claims are identical with the original patent constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent.

[38] The purpose of this subsection is to give a retroactive effect to the claims in the newly issued patent (i.e. '376 patent) which are identical to the claims of the surrendered patent ('702 patent). But clearly, this applies only with respect to any action pending at the time of the reissue or with respect to any cause of action then existing.

(iii) Le brevet '376 ou le brevet '702 comportent-ils des revendications relatives à un médicament ou à l'usage d'un médicament?

[35] Le brevet '376 revendique clairement l'utilisation d'un médicament (voir les revendications 17 à 37) et à ce titre, il est admissible à l'inscription au registre des brevets.

[36] La Cour n'examinera pas la question de savoir si le brevet '702 revendique un médicament ou l'usage d'un médicament. Tel que mentionné plus haut, ce brevet ne figure plus au registre des brevets depuis 1996 et il ne fait pas l'objet de l'avis de demande déposé par Procter en l'espèce. Le brevet '702 a été abandonné, il n'existe plus et il ne peut être réactivé.

[37] Les parties ont semblé convenir à l'audience que la Cour devait se pencher sur les «revendications relatives à la trousse» du brevet '376 et décider si elles portent sur un médicament ou sur l'usage d'un médicament en raison de l'effet prévu au paragraphe 47(2) de la *Loi sur les brevets*. Cette disposition est libellée ainsi:

47. (1) [. . .]

(2) Un tel abandon ne prend effet qu'au moment de la délivrance du nouveau brevet, et ce nouveau brevet, ainsi que la description et spécification rectifiée, a le même effet en droit, dans l'instruction de toute action engagée par la suite pour tout motif survenu subséquentement, que si cette description et spécification rectifiée avait été originalement déposée dans sa forme corrigée, avant la délivrance du brevet original. Dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redéveloppé sont identiques, un tel abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redéveloppé, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

[38] Ce paragraphe vise à conférer un effet rétroactif aux revendications comprises dans le nouveau brevet délivré (en l'espèce, le brevet '376) qui sont identiques aux revendications du brevet abandonné (le brevet '702). Mais de toute évidence, cette règle s'applique uniquement dans les cas où une action est pendante au moment de la redélivrance ou qu'il existe à cette date des motifs d'instance.

[39] Such retroactivity was not intended and cannot in the Court's opinion cure a failure to follow a mandatory procedure applicable in the context of an administrative scheme developed in parallel to the right to institute actions albeit for infringement or any other cause of action arising under the *Patent Act* or at common law.

[40] Therefore, the Court holds that subsection 47(2) of the *Patent Act* cannot be construed as exempting any portion of the '376 patent from the requirements of subsection 4(4) of the NOC Regulations and a determination with respect to the kit claims is irrelevant.

- (iv) Was the '376 patent registered more than 30 days after its date of issue?

[41] The parties did not present any authority or detailed argument on the meaning of the terms "issuance" and "date of issue" in subsection 4(4). The Court notes that these terms are not defined in the *Patent Act* or the NOC Regulations. However, section 43 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the *Patent Act* specifies that:

43. (1) Subject to section 46, every patent granted under this Act shall be issued under the seal of the Patent Office, and shall bear on its face the filing date of the application for the patent, the date on which the application became open to public inspection under section 10, the date on which the patent is granted and issued and any prescribed information.

(2) After the patent is issued, it shall, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the patentee and the legal representatives of the patentee for the term mentioned in section 44 or 45, whichever is applicable.

[42] Genpharm relies on the date on which the patent is said to have been granted and issued on the face of the '376 patent, i.e. June 11, 1996. It also referred to an answer given during the examination of Mr. Andrew McCleanaghan who filed an affidavit in support of the notice of application of Procter in March 2002, to the effect that the '376 patent was granted on June 11, 1996 (see questions 63 and 64). It argues that this evidence is sufficient to meet its burden of proof.

[39] Cette rétroactivité ne vise pas à corriger et, de l'avis de la Cour, ne peut remédier au défaut d'avoir respecté une procédure obligatoire applicable dans le contexte d'un régime administratif institué en parallèle au droit d'instituer une action en contrefaçon ou toute autre action découlant de la *Loi sur les brevets* ou de la common law.

[40] Par conséquent, la Cour juge que le paragraphe 47(2) de la *Loi sur les brevets* ne peut être interprété de manière à exempter une partie quelconque du brevet '376 des exigences énoncées au paragraphe 4(4) du Règlement; il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les revendications relatives à la trousse portent ou non sur un médicament ou sur l'usage d'un médicament.

- (iv) Le brevet '376 a-t-il été inscrit plus de 30 jours après sa date de délivrance?

[41] Les parties n'ont soumis aucune jurisprudence ou argumentation détaillée concernant la signification des termes «délivrance» et «date de délivrance» au paragraphe 4(4). La Cour constate que ces termes ne sont définis ni dans la *Loi sur les brevets*, ni dans le Règlement. Toutefois, l'article 43 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la *Loi sur les brevets* précise que:

43. (1) Sous réserve de l'article 46, le brevet accordé sous le régime de la présente loi est délivré sous le sceau du Bureau des brevets. Il mentionne la date de dépôt de la demande, celle à laquelle elle est devenue accessible au public sous le régime de l'article 10, celle à laquelle il a été accordé et délivré ainsi que tout renseignement réglementaire.

(2) Une fois délivré le brevet, est sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux pour la période mentionnée aux articles 44 ou 45.

[42] Genpharm s'appuie sur la date à laquelle le brevet est réputé avoir été octroyé et délivré, tel qu'il appert à la lecture du brevet '376, soit le 11 juin 1996. Elle mentionne également une réponse donnée par M. Andrew McCleanaghan lors de son interrogatoire (ce dernier avait soumis une déclaration assermentée au soutien de l'avis de demande déposé par Procter en mars 2002) dans laquelle il précise que le brevet '376 a été octroyé le 11 juin 1996 (voir les questions 63 et 64). Genpharm fait valoir qu'avec ces éléments, elle s'est acquittée de son fardeau de preuve.

[43] Procter submits that although the '376 patent was granted on June 11, 1996, it was not physically issued until June 18, 1996, and that by filing their Form IV on July 17, 1996, they were within the 30 days provided for at subsection 4(4).

[44] In their letter dated July 17 to the Bureau of Pharmaceutical Assessment, they fully disclosed this fact. They also enclosed with their said letter, copy of a letter from the Patent Office confirming that a printing problem delayed the physical issuance of the patents granted on June 11, 1996. This letter from the Patent Office dated June 27, 1996, states:

Mr. Anthony McDonough has recently been appointed Commissioner of Patents. Therefore, new patent granted certificates had to be printed. Due to printing delays, June 11, 1996, patents were mailed out on June 18, 1996. We are sorry for any inconvenience this delay may have caused.

[45] The Minister of Health accepted that the '376 patent had been registered within the required period and included it in the patent register. As mentioned, this decision has not been challenged by Genpharm.

[46] Although the Minister of Health is named as a respondent and was served with the motion record, he has not filed any submissions. Thus, the Court does not know if, using the power granted to him under subsection 3(4) (as am. by SOR/98-166, s. 2) of the NOC Regulations, he consulted with officers and employees of the Patent Office to get any further information in that respect.

[47] From the wording of section 43 above, one can reasonably conclude that there is a difference between the grant of the patent and its issuance. One can also understand that either these two acts are performed on the same day or the date appearing on the face of the patent will be the date when the patent, after having been granted, has been issued by the Commissioner of Patents under the seal of the Patent Office.

[43] Procter soutient que même si le brevet '376 a été octroyé le 11 juin 1996, il n'a été matériellement délivré que le 18 juin 1996; ainsi, lorsqu'elle a déposé le formulaire IV le 17 juillet 1996, le délai de 30 jours prévu au paragraphe 4(4) n'avait pas encore expiré.

[44] Dans sa lettre du 17 juillet adressée au Bureau de l'évaluation des produits pharmaceutiques, Procter fait expressément mention de ce fait. Elle a également joint à cette lettre la copie d'une lettre du Bureau des brevets confirmant qu'un problème d'impression avait retardé le délivrance matérielle du brevet octroyé le 11 juin 1996. Cette lettre du Bureau des brevets, en date du 27 juin 1996, se lit comme suit:

[TRADUCTION] M. Anthony McDonough a récemment été nommé commissaire aux brevets. Par conséquent, le Bureau devait imprimer de nouveaux certificats pour les brevets délivrés. En raison des retards d'impression, les brevets délivrés le 11 juin 1996 ont été postés le 18 juin 1996. Nous sommes désolés de tout inconvénient que ce retard a pu entraîner.

[45] Le ministre de la Santé a jugé que le brevet '376 avait été inscrit dans le délai prescrit et il l'a donc inclus au registre des brevets. Tel que mentionné plus haut, cette décision n'a pas été contestée par Genpharm.

[46] Bien que le ministre de la Santé soit désigné comme défendeur en l'instance et qu'on lui ait signifié le dossier de la requête, il n'a déposé aucun argument écrit. Par conséquent, la Cour n'est pas en mesure de déterminer si le ministre, usant du pouvoir qui lui est conféré au paragraphe 3(4) [mod. par DORS/98-166, art. 2] du Règlement, a consulté les agents et les employés du Bureau des brevets pour obtenir des renseignements supplémentaires à ce sujet.

[47] D'après le libellé de l'article 43 susmentionné, on peut raisonnablement conclure qu'il existe une différence entre la date d'octroi d'un brevet et sa date de délivrance. On peut également comprendre que ces deux événements se produisent généralement le même jour; dans le cas contraire, la date figurant sur le brevet correspond à la date à laquelle le brevet, après avoir été octroyé, a été délivré par le commissaire aux brevets sous le sceau du Bureau des brevets.

[48] It is not clear when the patent certificates bearing the name of the new Patent Commissioner were actually delivered to the Patent Office or when the Patent Office seal was affixed to the '376 patent. But what is clear is that this did not take place on June 11, 1996. It appears that there was a clerical error admitted to by the Patent Office.

[49] On this motion, the Court does not need to determine whether the '376 patent was properly included in the patent register, it only needs to decide if Genpharm has established that it was not eligible for registration.

[50] Therefore, the Court does not need to determine exactly when the '376 patent was issued and this is as well for, as mentioned, many factual elements are missing in that respect.

[51] The Court does find that on the basis of the evidence presented, it is not plain and obvious that the '376 patent was not eligible for inclusion on the register.

[52] Even if the Court did not apply the restrictive standard of *Hunt, supra*, it would not be satisfied that Genpharm has established that the '376 patent was not registered within 30 days of its date of issuance.

[53] In effect, there are only two definite dates before the Court, that is (i) the date of the grant and (ii) the date on which the patent was mailed out to Procter. As mentioned, in this case the first date is not relevant and the '376 patent was registered less than 30 days from the second date.

[54] In the circumstances, it is not necessary to decide if Genpharm is estopped from raising this issue.

[55] The motion is dismissed with costs.

THIS COURT ORDERS that:

1. The motion is dismissed with costs.

[48] On ne sait pas clairement à quel moment précis les certificats portant le nom du nouveau commissaire aux brevets ont été livrés au Bureau des brevets ou à quelle date précise le sceau du Bureau des brevets a été apposé sur le brevet '376. On sait toutefois que ces événements n'ont pas eu lieu le 11 juin 1996. Il semble que le Bureau des brevets ait admis avoir commis une erreur d'écriture.

[49] Dans le cadre de la présente requête, la Cour n'est pas tenue de déterminer si le brevet '376 a été valablement inscrit au registre des brevets; elle doit seulement décider si Genpharm a établi que ce brevet n'était pas admissible à l'inscription.

[50] Par conséquent, la Cour n'a pas à déterminer à quel moment précis le brevet '376 a été délivré, d'autant plus que comme nous l'avons vu, plusieurs éléments matériels manquent au dossier.

[51] La Cour juge que sur la foi des éléments de preuve déposés, il n'apparaît pas de manière claire et manifeste que le brevet '376 n'était pas admissible à l'inscription au registre.

[52] Même si la Cour n'avait pas appliqué les critères restrictifs de l'arrêt *Hunt*, précité, elle estime que Genpharm n'a pas établi que le brevet '376 a été inscrit après l'expiration du délai de 30 jours suivant sa délivrance.

[53] En fait, seulement deux dates ont été établies devant la Cour, à savoir: (i) la date à laquelle le brevet a été octroyé; (ii) la date à laquelle le brevet a été posté à Procter. Comme nous l'avons vu, la première date n'est pas pertinente en l'espèce et le brevet '376 a été inscrit moins de 30 jours suivant la deuxième date.

[54] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de décider si Genpharm est empêchée de soulever ce problème.

[55] La requête est rejetée avec dépens.

LA COUR ORDONNE:

1. La requête est rejetée avec dépens.

T-1359-01
2003 FCT 546

T-1359-01
2003 CFPI 546

Sunshine Village Corporation (*Applicant*)

v.

Parks Canada, Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage, The Superintendent, Banff National Park, and The Attorney General of Canada (*Respondents*)

INDEXED AS: SUNSHINE VILLAGE CORP. v. CANADA (PARCS) (T.D.)

Trial Division, Heneghan J.—Edmonton, November 5, 2002; Ottawa, May 2, 2003.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Banff National Park Superintendent imposing permit fee for reconstruction of gondola in ski area pursuant to Regulations under Canada National Parks Act — Whether fee to be calculated based on gondola's entire cost — Whether gondola a "building or structure" — Reference to cases holding ships, trucks, railway, cars not building, structure — Gondola "building or structure" as within National Building Code of Canada 1980 definition, incorporated into Regulations by reference — Schedule to Regulations imposing higher building permit fee for Banff, Jasper than for other national parks — RIAS not explaining reason for this — Case law on discrimination considered — Power to regulate not including power to discriminate unless authorized by statute — Can be authorized expressly or as necessary incident of powers delegated — In instant case, no express or implied authorization — Cost of permit to be recalculated, refund given.

Construction of Statutes — Whether gondola used for transporting skiers "building or structure" within Regulations under Canada National Parks Act — Correctness standard upon judicial review as question of statutory interpretation — Regulations not defining "building or structure" but incorporating by reference National Building Code of Canada 1980, which does define "building" — Reference to case law holding ships, bunkhouse on wheels, buffet on railway parlour car not building — Purposive analysis supports conclusion gondola a "building or structure" as Act's purpose to preserve, manage national parks and Regulations advance purpose by providing basis for calculating permit fees,

Sunshine Village Corporation (*demanderesse*)

c.

Parcs Canada, Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, le directeur du parc national Banff et le Procureur général du Canada (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: SUNSHINE VILLAGE CORP. c. CANADA (PARCS) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Heneghan—Edmonton, 5 novembre 2002; Ottawa, 2 mai 2003.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le directeur du parc national Banff a imposé, en vertu du règlement d'application de la Loi sur les parcs nationaux du Canada, un droit de permis pour la reconstruction de télécabines dans une aire de ski — Le droit devait-il être calculé en fonction du coût total des télécabines — Les télécabines peuvent-elles être qualifiées «de bâtiment ou de structure» — Renvoi à des affaires dans lesquelles il a été jugé que les navires, les camions, les wagons ne sont pas des bâtiments ni des structures — Les télécabines sont «des bâtiments ou des structures» suivant la définition du Code national du bâtiment, Canada, 1980, incorporé dans le Règlement par renvoi — L'annexe du Règlement impose aux parcs Banff et Jasper des droits de permis plus élevés qu'aux autres parcs nationaux — Le RÉIR ne fournit aucune explication à ce sujet — La Cour a examiné la jurisprudence en matière de discrimination — Le pouvoir de réglementer ne comprend pas celui de discriminer à moins que la loi l'y autorise — L'autorisation peut être expresse ou supposée du fait qu'elle est nécessaire à l'exercice du pouvoir délégué — En l'espèce, il n'y a aucune autorisation expresse ou implicite — Le coût du permis doit être recalculé et un remboursement doit être versé.

Interprétation des lois — Les télécabines servant à transporter les skieurs sont-elles «des bâtiments ou des structures» au sens du Règlement d'application de la Loi sur les parcs nationaux du Canada — La norme de la décision correcte s'applique au contrôle judiciaire puisqu'il s'agit d'une question d'interprétation des lois — Le Règlement ne donne aucune définition des mots «bâtiment ou structure» mais il incorpore, par renvoi, le Code national du bâtiment, Canada, 1980, lequel définit le terme «bâtiment» — Renvoi à des affaires dans lesquelles il a été jugé que les navires, une remorque dortoir et le buffet de la voiture-salon d'un train ne sont pas des bâtiments — L'analyse de l'objet de la Loi étaye

controlling building of structures on park land.

This was an application for judicial review of a decision made by the Superintendent of Banff National Park requiring the payment of \$105,000 for a building permit in respect of work to be carried out in a ski area.

The fee demanded was calculated relative to the cost of the project, the reconstruction of a gondola used to transport skiers from the base facility to the upper village. Applicant argued that the decision was patently unreasonable and was based on an improper reading of the application to rebuild the gondola. The corporation argued that an object used solely for locomotion is not a building or structure and that it is an object's function that determines its status as a building or structure. The gondola ought to be classified as machinery or equipment. A further submission was that the building permit fees provided for in the Regulations are discriminatory and *ultra vires* the *Canada National Parks Act*. The fee basis for permits in Banff and Jasper National Parks is higher than for other parks. It was urged that regulations must apply equally to every person in the absence of express authority authorizing discrimination. It was further suggested that no policy justification for the differential treatment had been demonstrated.

Respondents pointed to the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) for the proposition that cost recovery by imposing building permit fees is part of the mandate of Parks Canada. They submitted that the purposive approach to statutory interpretation supports the gondola's characterization as a building or structure. They suggested that the gondola cannot be deconstructed into independent elements in defining it.

Held, the application should be allowed in part, the regulatory provision establishing a differential basis for calculating building permit fees in Banff National Park being *ultra vires*.

There were here two questions for resolution: (1) is the gondola a "building or structure" within the meaning of the Regulations; and (2) was the fee properly calculated? These being matters of statutory interpretation, correctness was the appropriate review standard.

la conclusion selon laquelle les télécabines sont «des bâtiments ou des structures» puisque la Loi a pour objet de préserver et de gérer les parcs nationaux, et que le Règlement contribue à la réalisation de cet objet en établissant un fondement pour le calcul de droits de permis, contrôlant ainsi les structures érigées sur les territoires des parcs.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par le directeur du parc national Banff par laquelle celui-ci a exigé le paiement d'une somme de 105 000 \$ pour l'obtention d'une permis de construction à l'égard des travaux à exécuter dans une aire de ski.

Le droit exigible a été calculé en fonction du coût du projet, savoir la reconstruction des télécabines servant à transporter les skieurs des installations situées au bas de la montagne jusqu'au village sis en altitude. Selon la demanderesse, la décision était manifestement déraisonnable et fondée sur une compréhension inexacte de la demande de reconstruction des télécabines. Elle a fait valoir qu'un objet servant uniquement à des fins de locomotion ne peut être qualifié de bâtiment ou de structure, et que la fonction de cet objet détermine s'il a la qualité de bâtiment ou de structure. Il serait plus juste de qualifier les télécabines de machines ou d'équipement. La demanderesse a également soutenu que les droits des permis de construction prévus dans le Règlement sont discriminatoires et *ultra vires* au regard de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*. Le droit de permis dans les parcs nationaux de Banff et de Jasper est plus élevé que dans les autres parcs nationaux. On a fait valoir qu'en l'absence d'une autorisation expresse justifiant la discrimination, le Règlement doit s'appliquer également à tous. De plus, aucun principe n'a été établi pour justifier un traitement différent.

Les défendeurs ont renvoyé au Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) pour établir la preuve que le recouvrement des coûts par l'imposition de droits pour les permis de construction font partie du mandat de Parcs Canada. Ils ont soutenu que la méthode téléologique d'interprétation des lois permet de qualifier les télécabines de bâtiment ou de structure. Selon leurs prétentions, les télécabines ne peuvent être caractérisées en les décomposant en une série d'éléments indépendants.

Jugement: la demande est accueillie en partie, la disposition réglementaire qui établit un fondement différent pour le calcul des droits de permis de construction dans le parc national Banff est *ultra vires*.

En l'espèce, la Cour devait répondre à deux questions: 1) les télécabines sont-elles «un bâtiment ou une structure» au sens du Règlement; 2) les droits ont-ils été correctement calculés? Puisqu'il s'agit de questions portant sur l'interprétation des lois, la norme de la décision correcte est celle qu'il convient d'appliquer.

While the Regulations fail to define “building or structure” they do incorporate by reference the *National Building Code of Canada 1980*, which defines a “building” as “any structure used or intended for supporting or sheltering any use or occupancy”. The following have been held not to be buildings or structures: a tanker truck, a bunkhouse on wheels, a ship, a railway freight car and the buffet of a parlour car on a railway. But the gondola has two towers permanently affixed to the ground. The gondola, while transporting people, houses them by protecting them from the elements. It is thus a “building” as defined by the National Building Code. The gondola is the sum of its parts and cannot be deconstructed in calculating the permit fee. This conclusion was supported by a purposive analysis since the Act’s purpose is to preserve and manage our national parks and the Regulations advance that purpose by establishing a basis for calculating permit fees, thus controlling the way in which structures are erected on park lands.

The RIAS, a useful tool in determining legislative intent, explains why permit fees have been raised but fails to speak to why higher fees are to be imposed at Jasper and Banff than elsewhere. The Act itself does not authorize such differential treatment. The power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. Discriminatory regulations are illegal unless authorized by the governing legislation, either expressly or by implication as a necessary incident of the delegated power. While the Act makes specific provision for commercial ski operations at Banff National Park, it is silent as to the imposition of a different fee structure. The provision for a differential fee lacked a statutory basis and was *ultra vires*. The entire gondola is a “building or structure” but the permit cost must be recalculated and a refund given.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.
Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, ss. 4, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 36.
Canada Occupational Safety and Health Regulations, SOR/86-304, s. 1.1 (as am. by SOR/94-263, s. 2).
Charter of the French Language, R.S.Q., c. C-11.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2).
National Building Code of Canada 1980.
National Parks Building Regulations, C.R.C., c. 1114, ss.

Le Règlement ne donne aucune définition des mots «bâtiment ou structure», mais il incorpore par renvoi le *Code national du bâtiment, Canada, 1980*, lequel définit le terme «bâtiment» comme étant une «construction permettant ou abritant tout type d’usage ou d’occupation ou destinée à ces fins». Il a été jugé que les éléments suivants ne sont pas des bâtiments ni des structures: un camion-citerne, une remorque dortoir, un navire, un wagon, le buffet de la voiture-salon d’un train. Les télécabines se composent toutefois de deux tourelles fixées en permanence au sol. Même si les télécabines servent au transport de personnes, elles les gardent à l’abri et les protègent contre les éléments. Il s’agit donc d’un «bâtiment», tel que défini dans le Code national du bâtiment. Les télécabines, égales à la somme de leurs parties, ne peuvent être décomposées aux fins du calcul du droit rattaché au permis. Cette conclusion est étayée par une analyse de l’objet de la loi. En effet, la Loi a pour objet de préserver et de gérer nos parcs nationaux, et le Règlement contribue à la réalisation de cet objet en établissant un fondement pour le calcul des droits de permis, ce qui a pour effet de contrôler la façon dont les structures sont érigées sur le territoire des parcs.

Le RÉIR, utile pour analyser l’intention du législateur, explique la hausse des droits relatifs aux permis, mais il ne dit pas pourquoi les droits imposés à Jasper et à Banff devraient être plus élevés qu’ailleurs. La Loi elle-même n’autorise pas cette différence de traitement. Le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d’adopter des dispositions discriminatoires. Le règlement discriminatoire est illégal à moins que la loi habilitante l’autorise expressément ou qu’une telle autorisation puisse être supposée du fait qu’elle est nécessaire à l’exercice du pouvoir délégué. Même si la Loi prévoit des dispositions traitant spécifiquement des activités relatives aux installations commerciales de ski dans le parc national Banff, elle demeure silencieuse sur l’imposition d’un barème de droits différents. La différence de traitement n’ayant aucune assise législative, elle est *ultra vires*. Les télécabines sont «un bâtiment ou une structure», mais le coût du permis doit être recalculé et un remboursement doit être versé.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51.
Code national du bâtiment, Canada, 1980.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 4, 8, 9, 10, 11, 12, 16, 17, 36.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2).
Règlement canadien sur la sécurité et la santé au travail, DORS/86-304, art. 1.1 (mod. par DORS/94-263, art. 2).
Règlement sur les bâtiments des parcs nationaux, C.R.C.,

2(1) (as am. by SOR/81-667, s. 1), 3, 5(1), 15, Sch. I (as enacted by SOR/81-667, s. 4; 96-427, s. 2).

ch. 1114, art. 2(1) (mod. par DORS/81-667, art. 1), 3, 5(1), 15, ann. I (édicte par DORS/81-667, art. 4; 96-427, art. 2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cardiff Rating Authority v. Guest Keen Baldwin's Iron & Steel Co. Ltd., [1949] 1 All E.R. 27 (K.B.); *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; (1988), 53 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 87 N.R. 37; 17 Q.A.C. 241; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; (1993), 100 D.L.R. (4th) 167; 10 Admin. L.R. (2d) 196; 79 C.C.C. (3d) 142; 19 C.R. (4th) 329; 14 M.P.L.R. (2d) 35; 149 N.R. 161; 61 O.A.C. 161; *Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371; (1993), 109 D.L.R. (4th) 46; 19 Admin. L.R. (2d) 1; 35 B.C.A.C. 241; 85 B.C.L.R. (2d) 257; 18 M.P.L.R. (3d) 1; 160 N.R. 249.

CONSIDERED:

R. v. Springman, [1964] S.C.R. 267; (1964), 47 W.W.R. 298; [1964] 3 C.C.C. 105; 42 C.R. 407; *R. v. Transport Provost Inc.*, [1996] O.J. No. 987 (Gen. Div.) (QL).

REFERRED TO:

Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.); *Trans Mountain Oil Pipeline Co. (Re)* (1966), 58 D.L.R. (2d) 97; 56 W.W.R. 705 (B.C.C.A.); *Trans Mountain Oil Pipe Line Company v. Jasper School District No. 3063*, [1958] S.C.R. 349; (1958), 13 D.L.R. (2d) 385; *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (1999), 18 Admin. L.R. (3d) 269; 32 C.E.L.R. (N.S.) 84; 175 F.T.R. 122 (F.C.T.D.); affd [2001] 2 F.C. 461; (2001), 27 Admin. L.R. (3d) 229; 37 C.E.L.R. (N.S.) 1; 266 N.R. 169 (C.A.); *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 170 (F.C.A.); *Gilles Bégin Lumber Ltd. v. New Brunswick Geographic Information Corp.* (1995), 169 N.B.R. (2d) 29 (C.A.); *Aluminium du Canada Ltée v. Corporation municipale du village de Melocheville*, [1973] S.C.R. 792; *Young v. Canada (Attorney General)* (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 167; 174 F.T.R. 100 (F.C.T.D.); *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Shell Canada*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Cardiff Rating Authority v. Guest Keen Baldwin's Iron & Steel Co. Ltd., [1949] 1 All E.R. 27 (K.B.); *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres.*, [1985] 1 R.C.S. 368; (1985), 14 D.L.R. (4th) 161; 29 M.P.L.R. 220; 58 N.R. 339; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; (1988), 53 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 87 N.R. 37; 17 Q.A.C. 241; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; (1993), 100 D.L.R. (4th) 167; 10 Admin. L.R. (2d) 196; 79 C.C.C. (3d) 142; 19 C.R. (4th) 329; 14 M.P.L.R. (2d) 35; 149 N.R. 161; 61 O.A.C. 161; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; (1993), 109 D.L.R. (4th) 46; 19 Admin. L.R. (2d) 1; 35 B.C.A.C. 241; 85 B.C.L.R. (2d) 257; 18 M.P.L.R. (3d) 1; 160 N.R. 249.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Springman, [1964] R.C.S. 267; (1964), 47 W.W.R. 298; [1964] 3 C.C.C. 105; 42 C.R. 407; *R. c. Transport Provost Inc.*, [1996] O.J. n° 987 (Div. gén.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.); *Trans Mountain Oil Pipeline Co. (Re)* (1966), 58 D.L.R. (2d) 97; 56 W.W.R. 705 (C.A.C.-B.); *Trans Mountain Oil Pipe Line Company v. Jasper School District No. 3063*, [1958] R.C.S. 349; (1958), 13 D.L.R. (2d) 385; *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (1999), 18 Admin. L.R. (3d) 269; 32 C.E.L.R. (N.S.) 84; 175 F.T.R. 122 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par [2001] 2 C.F. 461; (2001), 27 Admin. L.R. (3d) 229; 37 C.E.L.R. (N.S.) 1; 266 N.R. 169 (C.A.); *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293; 243 N.R. 170 (C.A.F.); *Gilles Bégin Lumber Ltd. c. Corp. d'Information Géographique du Nouveau-Brunswick* (1995), 169 R.N.-B. (2^e) 29 (C.A.); *Aluminium du Canada Ltée c. Corporation municipale du village de Melocheville*, [1973] R.C.S. 792; *Young c. Canada (Procureur général)* (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 167; 174 F.T.R. 100 (C.F. 1^{re} inst.); *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F.

Products Ltd. v. Vancouver (City), [1994] 1 S.C.R. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 41 B.C.A.C. 81; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Banff National Park Superintendent requiring payment of a fee in a certain amount for a permit to rebuild a gondola used to transport skiers. Application allowed in part.

APPEARANCES:

Daniel P. Carroll for applicant.
Kirk N. Lambrecht, Q.C. for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Field LLP, Edmonton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

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

HENEGHAN J.:

INTRODUCTION

[1] Sunshine Village Corporation (the applicant) brings this application for judicial review relative to the decision made by the Superintendent of the Banff National Park, acting as an employee of the Department of Canadian Heritage. In his decision, the Superintendent required payment of the sum of \$105,000 for a building permit for work proposed to be carried out by the applicant in the Sunshine Village ski area in Banff National Park.

FACTS

[2] The applicant operates a ski area in Banff National Park known as "Sunshine Village". It operates pursuant to a lease made in 1981 between Her Majesty the Queen and TIW Industries Ltd. The ski area has been in operation for approximately 68 years. The ski facilities include a gondola, that is a lift system that transports skiers from the base facility to the upper village.

1^{re} inst.); *Shell Canada Products Ltd. c. Vancouver (Ville de)*, [1994] 1 R.C.S. 231; (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; [1994] 3 W.W.R. 609; 41 B.C.A.C. 81; 88 B.C.L.R. (2d) 145; 20 Admin. L.R. (2d) 202; 20 M.P.L.R. (2d) 1; 163 N.R. 81.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision rendue par le directeur du parc national Banff par laquelle celui-ci avait exigé le paiement d'une certaine somme pour l'obtention d'un permis pour la reconstruction de télécabines servant à transporter les skieurs. La demande est accueillie en partie.

ONT COMPARU:

Daniel P. Carroll pour la demanderesse.
Kirk N. Lambrecht, c.r. pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIERS:

Field LLP, Edmonton, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

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

LE JUGE HENEGHAN:

INTRODUCTION

[1] Sunshine Village Corporation (la demanderesse) demande le contrôle judiciaire de la décision rendue par le directeur du parc national Banff, en sa qualité d'employé du ministère du Patrimoine canadien. Dans sa décision, le directeur exigeait le paiement d'une somme de 105 000 \$ pour l'obtention d'un permis de construction à l'égard des travaux que la demanderesse se proposait d'exécuter dans Sunshine Village, une aire de ski située dans le parc national Banff.

FAITS

[2] Le demanderesse exploite une aire de ski dans le parc national Banff sous le nom de «Sunshine Village». Cette exploitation est assujettie à un bail conclu en 1981 entre Sa majesté la Reine et TIW Industries Ltd. L'aire de ski est en exploitation depuis environ 68 ans. Les installations de l'aire de ski comprennent des télécabines, un système de remontée mécanique qui transporte les

skieurs des installations situées au bas de la montagne jusqu'au village sis en altitude.

[3] In December 2000, the applicant applied to Parks Canada for a development permit pursuant to the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32 (the Act). It sought the permit to rebuild and construct the gondola.

[3] En décembre 2000, la demanderesse a présenté à Parcs Canada une demande de permis d'aménagement conformément à la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32 (la Loi). Elle sollicitait le permis afin de réparer et de reconstruire les télécabines.

[4] In May 2001, the applicant applied for a development permit to replace the gondola. The application for this permit referenced POMA of America, the consultant selected by the applicant to advise in connection with this project.

[4] En mai 2001, la demanderesse a demandé un permis d'aménagement dans le but de remplacer les télécabines. La demande de permis faisait mention du cabinet-conseil POMA of America, que la demanderesse avait choisi pour la conseiller en rapport avec ce projet.

[5] The applicant required approval from the appropriate Parks Canada (Advisory) Board. That Board considers, among other things, environmental matters. The applicant submitted a detailed package to that Board in May 2001.

[5] La demanderesse devait obtenir l'aval du conseil consultatif de Parcs Canada compétent en la matière. Ce conseil est chargé d'examiner, entre autres, les questions de nature environnementale. La demanderesse a remis un dossier détaillé au conseil en mai 2001.

[6] Building permit No. 01-010 was issued to the applicant on June 27, 2001. The permit said that "the fee of \$105,000 for this building permit is hereby acknowledged". The building permit also says the building in issue, that is the gondola, has a minimum value of \$15,000,000.

[6] Le 27 juin 2001, un permis de construction portant le n° 01-010 a été délivré à la demanderesse. Sur le permis, on pouvait lire que [TRADUCTION] «le titulaire reconnaît par les présentes qu'un droit de 105 000 \$ est rattaché à ce permis de construction». Le permis de construction indiquait également que le bâtiment en cause, en l'occurrence, les télécabines, avait une valeur minimale de 15 000 000 \$.

APPLICANT'S SUBMISSIONS

[7] The applicant is here challenging the calculation of the fee for the building permit and says that the Superintendent erred in law in determining that the fee should be calculated relative to the entire cost of the gondola. It argues that the decision should be reviewed on the standard of correctness.

PRÉTENTIONS DE LA DEMANDERESSE

[7] La demanderesse conteste le calcul du droit exigible pour le permis de construction et affirme que le directeur a commis une erreur de droit en décidant que ce calcul devait être fait en fonction du coût total des télécabines. Elle soutient également que la décision devrait être assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte.

[8] In this regard, the applicant relies on *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 1982. The applicant argues that the lack of a privative clause in the Act, means that less judicial deference should be afforded to decisions made under the Act.

[8] À cet égard, la demanderesse se fonde sur *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 1982. Elle fait valoir que l'absence de disposition privative dans la Loi signifie qu'une moins grande retenue judiciaire devrait être exercée à l'endroit des décisions prises en vertu de la Loi.

[9] As well, the applicant says that the Superintendent, the decision maker, is not an “expert” for the purpose of interpreting the statute and applicable regulations. Finally, the applicant argues that the purpose of the legislation does not require the decision maker to make a “broad, polycentric decision that involves the weighing of various social, political or economic factors”.

[10] Next, the applicant argues that the decision was patently unreasonable and incorrect because it was based on an improper reading of the application to rebuild the gondola. The decision maker incorrectly concluded that the entire project qualified as a building or structure pursuant to the *National Parks Building Regulations*, C.R.C., c. 1114, as amended by SOR/96-427 (the Regulations) without regard to relevant factors including the erroneous definition of “building or structure”.

[11] The applicant argues that the permit was granted for the replacement of the gondola and its internal components. The gondola transports skiers to and from the ski area, and is composed of a number of different parts. It includes cabins that are suspended from cables that are supported by towers. A number of mechanical and electrical parts including sheave trains, haul rope, cabins, grips and hangers, drive gear bar, vault drive shaft, terminal mechanism, bull wheels, electrical controls, electric motors, auxiliary diesel engine, excavation ring drive and various spare parts.

[12] The applicant says the respondents erred in calculating the permit fee on the estimated total cost of \$15,000,000 when the evidence shows that the structural support cost is \$3,564,000.

[13] Furthermore, Schedule “A” of the permit specifically excludes a number of items that are included in the total estimate of \$15,000,000. The development permit package submitted by the applicant included those items in the cost of the proposal.

[9] En outre, la demanderesse affirme que le décideur en l’espèce, nommément le directeur, n’est pas un «spécialiste» en matière d’interprétation de la Loi et de ses règlements d’application. Enfin, la demanderesse soutient que la Loi n’a pas pour objet de forcer le décideur à prendre «une décision d’envergure, polycentrique nécessitant l’appréciation de divers facteurs sociaux, politiques et économiques».

[10] Ensuite, la demanderesse prétend que la décision était manifestement déraisonnable et erronée parce qu’elle était fondée sur une compréhension inexacte de la demande de reconstruction des télécabines. Le décideur a conclu à tort que le projet entier constituait un bâtiment ou une structure au sens du *Règlement sur les bâtiments des parcs nationaux*, C.R.C., ch. 1114, modifié par DORS/96-427 (le Règlement) sans tenir compte des facteurs pertinents, y compris le fait que la définition de «bâtiment ou structure» était incorrecte.

[11] La demanderesse soutient que le permis délivré visait le remplacement des télécabines et de ses composants internes. Les télécabines assurent le transport des skieurs jusqu’aux pentes de ski et se composent d’un certain nombre d’éléments: des cabines, qui sont suspendues à des câbles, eux-même supportés par des tourelles, ainsi qu’un certain nombre de pièces mécaniques et électriques dont des trains de galets, un câble tracteur, des cabines, des dispositifs d’attache et des suspentes, un engrenage moteur, un arbre d’entraînement, un mécanisme de sortie, des tambours, des commandes et des moteurs électriques, un moteur diesel d’appoint, un engrenage à pignon et roue intérieure et un lot de pièces de remplacement.

[12] La demanderesse affirme que les défendeurs ont commis une erreur en calculant le droit relatif au permis en fonction d’un coût total évalué à 15 000 000 \$ alors que la preuve indique que le coût de la structure de support est de 3 564 000 \$.

[13] De plus, l’annexe A du permis exclut spécifiquement un certain nombre d’éléments qui ont été inclus dans le coût estimatif total de 15 000 000 \$. Le dossier remis par la demanderesse en rapport avec le permis d’aménagement tenait compte de ces éléments dans l’évaluation du coût de la proposition.

[14] The applicant argues that an object that is made solely for the purpose of locomotion is not a building or structure and relies on *R. v. Springman*, [1964] S.C.R. 267 and *R. v. Transport Provost Inc.*, [1996] O.J. No. 987 (Gen. Div.) (QL).

[15] It submits that the function of the object determines its status as a building or a structure, relying on *Gilles Bégin Lumber Ltd. v. New Brunswick Geographic Information Corp.* (1995), 169 N.B.R. (2d) 29 (C.A.). Since the gondola serves the primary function of carrying people to the ski area, it is properly described as machinery or equipment, not as a “building or structure”. In this regard the applicant relies on *Aluminium du Canada Ltée v. Corporation municipale du village de Melocheville*, [1973] S.C.R. 792.

[16] The applicant refers to section 3 of the Regulations which require that any building construction in the Park shall comply with the standards set out in the *National Building Code of Canada, 1980*. This Code defines “building” but does not define “structure”.

[17] Finally, the applicant submits that the building permit fees set out in the Regulations are discriminatory and *ultra vires* the Act. Section 16 of the Act authorizes the Governor in Council to make regulations. However, according to Schedule I [as enacted by SOR/81-667, s. 4; 96-427, s. 2] of the Regulations, the fee basis for building permits in Banff and Jasper National Parks is different from those for any other national park. In Banff and Jasper, the permit fee is \$7 per \$1,000 or fraction thereof of the estimated value of the building or structure; in any other park, the basis is \$5 per \$1,000 or fraction thereof.

[18] The applicant argues that unless there is express authority to allow regulations to be discriminatory, the regulations must apply equally to every person. In this regard, the applicant relies on *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899 (C.A.).

[14] La demanderesse prétend qu’un objet qui est construit uniquement à des fins de locomotion ne peut être qualifié de bâtiment ou de structure et invoque à ce sujet les arrêts *R. c. Springman*, [1964] R.C.S. 267 et *R. v. Transport Provost Inc.*, [1996] O.J. n° 987 (Div. gén.) (QL).

[15] Se fondant sur *Gilles Bégin Lumber Ltd. c. Corp. d’Information Géographique du Nouveau-Brunswick* (1995), 169 R.N.-B. (2^e) 29 (C.A.), elle allègue que la fonction de l’objet détermine s’il a la qualité de bâtiment ou de structure. Puisque la fonction principale des télécabines est de transporter des gens vers les pentes de ski, il est plus exact de les qualifier de machines ou d’équipement, et non de «bâtiment ou structure». Sur ce point, la demanderesse se fonde sur *Aluminium du Canada Ltée c. Corporation municipale du village de Melocheville*, [1973] R.C.S. 792.

[16] La demanderesse a fait remarquer que, suivant l’article 3 du Règlement, les bâtiments qui sont construits dans un parc doivent être conformes aux normes énoncées dans le *Code national du bâtiment, Canada, 1980*. Ce code définit «bâtiment» mais non «structure».

[17] Finalement, la demanderesse soutient que les droits des permis de construction prévus dans le Règlement sont discriminatoires et *ultra vires*. L’article 16 de la Loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements. Toutefois, selon l’annexe I [édicte par DORS/81-667, art. 4; 96-427, art. 2] du Règlement, les droits des permis de construction dans les parcs nationaux Banff et Jasper sont calculés selon un taux différent de celui qui s’applique dans les autres parcs nationaux. À Banff et à Jasper, le droit de permis est de 7 \$ pour chaque tranche de 1 000 \$ ou fraction d’une telle tranche de la valeur estimative du bâtiment ou de la structure; dans tout autre parc national, le droit est de 5 \$ pour chaque tranche de 1 000 \$ ou fraction d’une telle tranche.

[18] La demanderesse fait valoir qu’à moins d’une autorisation expresse portant que les règlements peuvent être discriminatoires, ceux-ci doivent s’appliquer également à tous. À ce sujet, la demanderesse invoque l’arrêt *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899 (C.A.).

[19] The applicant argues that there is nothing in the Act that allows for this separate and distinct treatment of Banff or Jasper National Parks. Further, the respondents have not demonstrated any special policy reason for the different treatment of these two parks.

RESPONDENTS' SUBMISSIONS

[20] Generally, the respondents take the position that the standard of review is correctness in relation to the interpretation of the Act and the Regulations. However, at the same time, the respondents argue that there is also a deferential standard of review applicable where the decision maker makes a finding of fact in relation to its interpretation of the legislation. The respondents submit that the decision here involved the interpretation of "building or structure", and has broad implications for the management of national parks in Canada. Consequently, some deference should be given to the decision maker in this case.

[21] The respondents say that the decision to apply the fee of \$105,000 was correct. They refer to the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) for the Regulations and characterize it as being a guide to the interpretation of the Regulations. The respondents argue that according to the RIAS, cost recovery through this imposition of building and related permit fees is part of the mandate of Parks Canada.

[22] The respondents acknowledge that the Regulations do not define the words "building or structure". However, they argue that both the ordinary meaning rule of statutory interpretation and the purposive approach to statutory interpretation support the conclusion that the gondola is a building or structure.

[23] Furthermore, the respondents argue that the components of the gondola all work together to produce an object intended to provide access to the ski areas. The gondola cannot be deconstructed into independent elements for the purpose of defining it. All the parts are

[19] La demanderesse prétend que la Loi ne contient aucune disposition permettant que les parcs nationaux de Banff et Jasper soient assujettis à un traitement différent. De plus, les défendeurs n'ont pas fait la preuve d'un motif spécial d'intérêt public justifiant le traitement différent réservé à ces parcs.

PRÉTENTIONS DES DÉFENDEURS

[20] D'un point de vue général, les défendeurs sont d'avis que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte en ce qui concerne l'interprétation de la Loi et du Règlement. Ceci dit, les défendeurs maintiennent que la norme de contrôle fondée sur la retenue judiciaire s'applique également lorsqu'un décideur tire une conclusion quant aux faits en rapport avec l'interprétation qu'il fait de la législation. Les défendeurs font valoir que la décision en cause comportait la nécessité d'interpréter le sens de «bâtiment ou structure», et que ses répercussions sont importantes pour la gestion des parcs nationaux du Canada. Par conséquent, il importe de faire montre d'une certaine retenue à l'égard de l'opinion du décideur en l'espèce.

[21] Les défendeurs affirment que la décision d'imposer des droits s'élevant à 105 000 \$ était correcte. Ils se réfèrent au Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (RÉIR) préparé en rapport avec le Règlement, qu'ils estiment être un guide d'interprétation de ce règlement. Les défendeurs font valoir que, selon le RÉIR, le recouvrement des coûts par l'imposition de droits pour les permis de construction et les permis connexes fait partie du mandat de Parcs Canada.

[22] Les défendeurs reconnaissent que le Règlement ne définit pas les mots «bâtiment ou structure». Toutefois, ils prétendent que tant l'application de la règle d'interprétation législative basée sur le sens courant des mots que celle de la méthode téléologique d'interprétation des lois nous amènent à conclure que les télécabines sont un bâtiment ou une structure.

[23] De plus, les défendeurs prétendent que les composants des télécabines participent tous au fonctionnement d'un objet destiné à permettre l'accès aux pistes de ski. Les télécabines ne peuvent être caractérisées en les décomposant en une série d'éléments

intended to operate as a whole, with only one use. Accordingly, it is a “building or structure”. The respondents here rely on *Trans Mountain Oil Pipeline Co. (Re)* (1966), 58 D.L.R. (2d) 97 (B.C.C.A.) and *Trans Mountain Oil Pipe Line Company v. Jasper School District No. 3063*, [1958] S.C.R. 349.

[24] As for the difference in the calculation of the fee for Banff and Jasper National Parks, the respondents say that this is only a distinction which is not discriminatory in itself. Further, the respondents submit that the decision in *St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, *supra*, is distinguishable.

[25] The respondents argue that the applicant enjoys significant commercial advantages from its operation in Banff National Park. The imposition of a fee that offsets costs “makes eminent good sense”.

ANALYSIS

[26] This application challenges the basis for calculating the fee for a building permit relating to replacement of a gondola in the Banff National Park. There are two questions arising from this application: is the gondola a “building or structure” within the meaning of the Regulations and was the fee properly calculated? The latter question includes a determination of the appropriate base value and whether the Regulations are discriminatory. Since these questions involve statutory interpretation, the applicable standard of review is correctness.

[27] The relevant statutory provisions are sections 4, 8 and paragraphs 16(1)(a), (m), (n), (r) and subsection 16(3) of the Act. They provide as follows:

4. (1) The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the

indépendants. Toutes les pièces sont censées fonctionner ensemble et ne servent qu’à un seul usage. Par conséquent, les télécabines sont «un bâtiment ou une structure». Les défendeurs fondent ce dernier argument sur les arrêts *Trans Mountain Oil Pipeline Co. (Re)* (1966), 58 D.L.R. (2d) 97 (C.A.C.-B.) et *Trans Mountain Oil Pipe Line Company v. Jasper School District No. 3063*, [1958] R.C.S. 349.

[24] Pour ce qui est du calcul différent qui s’applique aux droits exigibles pour les parcs nationaux Banff et Jasper, les défendeurs affirment qu’il s’agit d’une distinction qui n’est pas discriminatoire en soi. En outre, les défendeurs font valoir que la présente affaire se distingue de l’affaire *St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, précitée.

[25] Les défendeurs soutiennent que la demanderesse jouit d’avantages importants au plan commercial du fait qu’elle exploite son entreprise dans le parc national Banff. L’imposition d’un droit en compensation des coûts «est tout à fait logique».

ANALYSE

[26] La présente demande conteste le fondement sur lequel repose le calcul du droit exigible à l’égard d’un permis de construction visant le remplacement de télécabines dans le parc national Banff. La demande soulève deux questions: premièrement, les télécabines sont-elles «un bâtiment ou une structure» au sens du Règlement et, deuxièmement, les droits ont-ils été correctement calculés? Cette dernière question nécessite de déterminer la valeur de base appropriée et de décider si le Règlement est discriminatoire. Puisqu’il importe de procéder à une interprétation de la législation pour statuer sur ces questions, la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer est celle de la décision correcte.

[27] Les dispositions législatives applicables en l’espèce sont les articles 4 et 8, les alinéas 16(1)a), m), n), et r) et le paragraphe 16(3) de la Loi, qui prévoient ce qui suit:

4. (1) Les parcs sont créés à l’intention du peuple canadien pour son agrément et l’enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente

parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

...

8. (1) The Minister is responsible for the administration, management and control of parks, including the administration of public lands in parks and, for that purpose, the Minister may use and occupy those lands.

...

16. (1) The Governor in Council may make regulations respecting

(a) the preservation, control and management of parks;

...

(m) the control of the location, standards, design, materials, construction, maintenance, removal and demolition of buildings, structures, facilities, signs and other improvements and the establishment of zones governing uses of land and buildings;

(n) the control of businesses, trades, occupations, amusements, sports and other activities or undertakings, including activities related to commercial ski facilities referred to in section 36, and the places where such activities and undertakings may be carried on;

...

(r) the determination of fees, rates, rents and other charges for the use of park resources and facilities, the provision of works and services referred to in paragraph (i) and improvements referred to in paragraph (j), and the issuance and amendment of permits, licences and other authorizing instruments pursuant to subsection (3);

...

(3) Regulations made under this section may authorize the superintendent of a park, in the circumstances and subject to the limits that may be specified in the regulations,

(a) to vary any requirement of the regulations for purposes of public safety or the conservation of natural resources in the park;

(b) to issue, amend, suspend and revoke permits, licences and other authorizations in relation to any matter that is the subject of regulations and to set their terms and conditions; and

loi et aux règlements de façon à rester intacts pour les générations futures.

[...]

8. (1) Les parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, sont placés sous l'autorité du ministre; celui-ci peut, dans l'exercice de cette autorité, utiliser et occuper les terres domaniales situées dans les parcs.

[...]

16. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant:

a) la préservation, la gestion et l'administration des parcs;

[...]

m) la réglementation de l'emplacement, de la conception, de la construction, de l'entretien, de l'amélioration, de l'enlèvement et de la démolition de bâtiments, installations, pancartes et autres structures, des normes à appliquer et des matériaux à utiliser ainsi que le zonage en vue de l'utilisation des terres ou des bâtiments;

n) la réglementation des activités—notamment en matière de métiers, commerces, affaires, sports et divertissements —, telles que, entre autres, les activités relatives aux installations commerciales de ski visées à l'article 36, y compris en ce qui touche le lieu de leur exercice;

[...]

r) la fixation des droits à percevoir pour l'utilisation des installations et des ressources se trouvant dans les parcs, pour la fourniture des ouvrages et des services visés à l'alinéa i) et des infrastructures visées à l'alinéa j) et pour la délivrance ou la modification des licences, permis et autres autorisations visés au paragraphe (3);

[...]

(3) Les règlements pris sous le régime du présent article peuvent habilitier le directeur d'un parc, dans les circonstances et sous réserve des limites qu'ils prévoient, à :

a) en modifier les exigences à l'égard du parc en vue de la protection du public ou de la préservation de ses ressources naturelles;

b) délivrer, modifier, suspendre ou révoquer des licences, permis ou autres autorisations relativement à ces matières et en fixer les conditions;

(c) to order the taking of any action to counter any threat to public health or to remedy the consequences of any breach of the regulations in the park.

c) ordonner la prise de mesures afin de parer aux menaces pour la santé publique ou de remédier aux conséquences des contraventions aux règlements dans le parc.

[28] Subsection 2(1) [as am. by SOR/81-667, s. 1], section 3, subsection 5(1), section 15 and Schedule I, Part I of the Regulations are also relevant and provide as follows:

[28] Le paragraphe 2(1) [mod. par DORS/81-667, art. 1], l'article 3, le paragraphe 5(1), l'article 15 et la partie I de l'annexe I du Règlement sont également pertinents:

2. (1) In these Regulations,

2. (1) Dans le présent règlement,

“National Building Code” means the *National Building Code of Canada 1980*;

«Code national du bâtiment» désigne le *Code national du bâtiment, Canada, 1980*;

...

[. . .]

3. Except as provided in these Regulations, no person shall construct a building in a park otherwise than in accordance with the standards set forth in the National Building Code.

3. Sous réserve du présent règlement, il est interdit à quiconque de construire dans un parc un bâtiment qui ne soit pas conforme aux normes énoncées dans le Code national du bâtiment.

...

[. . .]

5. (1) No person shall

5. (1) Il est interdit à quiconque

(a) remove top soil or otherwise commence an excavation for a building,

a) d'enlever la terre de surface ou d'entreprendre de quelque autre manière une excavation en vue d'une construction,

(b) commence the erection, alteration, reconstruction or structural repair of a building, or

b) de commencer l'érection, la réfection, la reconstruction d'un bâtiment ou l'exécution de réparations à sa charpente, ou

(c) relocate or remove any building,

c) de déplacer ou d'enlever un bâtiment quelconque,

unless he has first obtained a building permit for that purpose from the Superintendent.

à moins d'avoir obtenu au préalable la permission du surintendant à cette fin.

...

[. . .]

15. (1) The fees for the permits required by these Regulations are as set out in the schedule.

15. (1) Les droits des permis exigés dans le présent règlement s'établissent aux montants indiqués à l'annexe ci-après.

(2) A permit issued under these Regulations is valid for one year or for the period stated therein, whichever is the lesser.

(2) Tout permis délivré en vertu du présent règlement est valide pour un an ou pour la période indiquée dans le permis, soit pour la plus courte des deux périodes.

(3) A permit issued under these Regulations is invalid in respect of any authorized construction or installation that is not commenced within six months of the date of issue of the permit.

(3) Tout permis délivré en vertu du présent règlement devient périmé si la construction ou l'installation qu'il autorise n'est pas commencée dans un délai de six mois suivant la date de délivrance dudit permis.

...

[. . .]

SCHEDULE

(Subsections 11.1(8) to (10) and 15(1))

PART I

FEES FOR PERMITS

Item	Column I Type of Permit	Column II Fee (\$)
1.	Building permit, per \$1,000 or fraction thereof of estimated value of the building or structure	
	(a) in Banff or Jasper National Park	7.00
	(b) in any other park	5.00

[29] Section 4 of the Act is a general statement of the purpose of the legislation and the purpose of national parks. National parks are created for the “people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to the Act and the regulations”. Section 8 states that the Minister is vested with the control and management of the parks.

[30] Pursuant to subsection 16(1) of the Act, the Governor in Council may enact regulations for various purposes including the construction of buildings, structures and other improvements, the control of businesses including commercial ski facilities, and the determination of rates and fees and the issuance of permits. Subsection 16(3) identifies the authority of the Superintendent of a park to issue permits in accordance with the Regulations.

[31] The statutory and regulatory provisions referred to above form the legislative context for this application which involves a determination of the status of the gondola as a “building or structure”. The Regulations do not define “building or structure” but incorporate by reference the *National Building Code of Canada 1980*, which defines “building” as follows:

ANNEXE

(paragraphes 11.1(8) à (10) et 15(1))

PARTIE I

DROITS DE PERMIS

Article	Colonne I Permis	Colonne II Droits (\$)
1.	Permis de construction, pour chaque tranche de 1 000 \$ ou fraction de celle-ci de la valeur estimative du bâtiment ou de la construction:	
	a) dans les parcs nationaux Banff ou Jasper	7
	b) dans tout autre parc national	5

[29] L'article 4 de la Loi constitue une déclaration générale de l'objet de cette loi et de l'objectif poursuivi par la création de parcs nationaux. Ceux-ci sont créés «à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente loi et aux règlements». L'article 8 prévoit que les parcs sont placés sous l'autorité du ministre.

[30] Suivant le paragraphe 16(1) de la Loi, le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour diverses fins, notamment la construction de bâtiments et de structures, la réglementation des activités telles celles relatives aux installations commerciales de ski et la fixation des droits et la délivrance de permis. Le paragraphe 16(3) indique que le directeur d'un parc peut être habilité à délivrer des permis en conformité avec les règlements.

[31] Les dispositions législatives et réglementaires énoncées ci-dessus forment le cadre législatif applicable à la présente demande, laquelle nécessite de déterminer si les télécabines sont «un bâtiment ou une structure». Aucune définition des mots «bâtiment ou structure» n'est prévue dans le Règlement, mais celui-ci incorpore par renvoi le *Code national du bâtiment, Canada, 1980*, lequel définit ainsi le terme «bâtiment»:

Any structure used or intended for supporting or sheltering any use or *occupancy*.

[32] The parties have submitted opposing arguments as to how this definition applies to the gondola in question. The applicant submits that it does not because the item is used primarily for transportation and in any event, it can be broken down into various separate components, the value of which should be independently assessed for the purpose of determining the cost of the permit.

[33] In *Springman, supra*, the Supreme Court of Canada concluded that a bunkhouse on wheels was not a building for the purposes of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. In its decision, at page 273, the Court referred to and quoted from Denning L.J. (as he then was) in *Cardiff Rating Authority v. Guest Keen Baldwin's Iron & Steel Co. Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 27 (K.B.), at page 31 as follows:

A structure is something which is constructed, but not everything which is constructed is a structure. A ship, for instance is constructed, but is not a structure. A *structure* is something of substantial size which is built up from component parts and intended to remain permanently on a permanent foundation, but it is still a structure even though some of its parts may be moveable, as, for instance about a pivot. Thus, a windmill or a turntable is a structure. A thing which is not permanently in one place is not a *structure*, but it may be "in the nature of a structure" if it has a permanent site and has all the qualities of a structure, save that it is on occasion moved on or from its site.

[34] The Supreme Court went on to say, in *Springman*, as follows at page 273:

We are not concerned here with anything "that is in the nature of a structure". We have to deal with items that are either "buildings" or "structures".

My view that the items in question in this appeal are neither "buildings" nor "structures" is strengthened by the judgment of the Manitoba Court of Appeal in *Rex v. Arpin* in which it was held that a railway freight car was not a "building" within

Construction permettant ou abritant tout type d'usage ou d'*occupation* ou destinée à ces fins.

[32] Les parties ont présentés des arguments contraires concernant l'application de cette définition aux télécabines en question. La demanderesse soutient qu'elle ne s'applique pas car l'objet est utilisé principalement pour le transport et qu'en tout état de cause, il peut être décomposé en divers éléments distincts dont la valeur devrait être évaluée de façon autonome pour la fixation du coût du permis.

[33] Dans *Springman*, précité, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une remorque dortoir n'était pas un bâtiment au sens du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. À la page 273 de ses motifs, la Cour a cité les propos suivants du lord juge Denning (titre qu'il portait alors) dans *Cardiff Rating Authority v. Guest Keen Baldwin's Iron & Steel Co. Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 27 (K.B.), à la page 31:

[TRADUCTION] Une structure est quelque chose que l'on a construit, mais ce ne sont pas toutes les choses que l'on construit qui sont des structures. Par exemple, on peut construire un navire, mais ce n'est pas pour autant une structure. Une *structure* est une chose de taille considérable que l'on construit à partir de composants et qui est destinée à demeurer en permanence sur des fondations permanentes, mais elle ne perd pas sa qualité de structure même si certains de ses composants sont mobiles, par exemple, s'ils se déplacent autour d'un pivot. Ainsi, le moulin à vent et le pont tournant sont des structures. Une chose qui n'est pas placée en permanence en un endroit n'est pas une *structure*, mais il se peut qu'elle soit «de la nature d'une structure» si elle se trouve sur un site permanent et qu'elle possède toutes les qualités d'une structure, à l'exception du fait qu'elle soit à l'occasion placée sur ce site ou qu'elle en soit retirée.

[34] Toujours à la page 273, la Cour suprême a ajouté ce qui suit:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas à nous préoccuper en l'espèce de ce qui est «de la nature d'une structure». Les choses à l'égard desquelles nous devons nous prononcer sont soit des «bâtiments», soit des «structures».

Je suis d'avis que les choses qui font l'objet du présent appel ne sont ni des «bâtiments» ni des «structures»; je suis conforté dans cette opinion par le jugement de la Cour d'appel du Manitoba dans *Rex v. Arpin*, où il a été décidé qu'un wagon

the meaning of s. 461 of the *Criminal Code* of Canada, and by the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia en banc in *The King v. Levy and Gray*, in which it was held that the buffet of a parlour car on a railway was not a “building” within s. 461 of the Code. In this latter case Chisholm J. (as he then was) said at p. 232:

I have come to the conclusion that the buffet of a parlour car is not a building within the meaning of section 461 of the Criminal Code. A building is defined by *Bouvier* (p. 400) as “an edifice”, erected by art and fixed upon or over the soil, composed of brick, marble, wood or other proper substance, connected together, and designed for use in the position in which it is so fixed.

[35] In *R. v. Transport Provost Inc.*, *supra*, the Court dealt with the question of whether the term “structure”, as used in the *Canada Labour Code* [R.S.C., 1985, c. L-2] and the *Canada Occupational Safety and Health Regulations*, [SOR/86-304, s. 1.1 (as am. by SOR/94-263, s. 2)] included tanker trucks.

[36] The Court applied both the “ordinary meaning rule” of statutory interpretation and a purposive analysis in coming to the conclusion that tanker trucks were not included in the term “structure”. It considered the decision in *Cardiff Rating Authority*, *supra*. The Court also applied section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and acknowledged the need to interpret legislation in a manner that best ensures the attainment of legislative objectives. The Court reached the following conclusion at paragraphs 33 and 34:

I am satisfied that the ordinary meaning of structure cannot include a truck or tank trailer.

Applying an expanded meaning to the word structure, since the legislation is remedial by nature, it cannot in my view include a truck or tank trailer which are mobile vehicles. Under certain circumstances, if a tank trailer were converted to a non-mobile permanent use similar to a house trailer, then it might qualify under the expanded definition. The legislature must have considered this issue, since it dealt with unguarded structures, temporary structures and ladders in section 12.10.

n’était pas un «bâtiment» au sens de l’art. 461 du *Code criminel* canadien, et celle de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (en formation plénière) dans *The King v. Levy and Gray*, où il a décidé que le buffet de la voiture-salon d’un train n’était pas un «bâtiment» au sens de l’art. 461 du Code. À la p. 232 de ce dernier jugement, le juge Chisholm (tel était alors son titre) tient les propos suivants:

J’en suis arrivé à la conclusion que le buffet de la voiture-salon n’est pas un bâtiment au sens de l’article 461 du Code criminel. *Bouvier* définit un bâtiment (à la p. 400) comme étant «un édifice» érigé selon une technique, immobilisé au sol ou au-dessus du sol, fait de matériaux adéquats liés ensemble, tels de la brique, du marbre ou du bois, et conçu pour être utilisé dans l’état où il a été immobilisé.

[35] Dans *R. v. Transport Provost Inc.*, précité, la Cour de l’Ontario a dû décider si le terme «ouvrage», au sens où l’entendent le *Code canadien du travail* [L.R.C. (1985), ch. L-2] et le *Règlement canadien sur la santé et la sécurité et la santé au travail* [DORS/86-304, art. 1.1 (mod. par DORS/94-263, art. 2)], visait les camions-citernes.

[36] La Cour a appliqué la règle d’interprétation législative du «sens courant des mots» et la méthode téléologique pour en arriver à la conclusion que les camions-citernes n’étaient pas visés par le terme «ouvrage». Elle a examiné la décision rendue dans *Cardiff Rating Authority*, précité. Elle a également appliqué l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et a admis la nécessité d’interpréter la législation de la manière qui favorise le plus la réalisation de ses objectifs. Aux paragraphes 33 et 34 de ses motifs, la Cour livre ses conclusions:

[TRADUCTION] J’estime que le mot «ouvrage», dans son acception courante, ne peut viser les camions-citernes.

Même en conférant une acception plus large à ce mot, ce qui est conforme à la nature correctrice de la loi, on ne peut, à mon sens, affirmer qu’il vise les camions ou remorques citernes, puisque ce sont des véhicules, ou en d’autres termes, qu’ils sont mobiles. Dans certaines circonstances, si on convertissait un camion-citerne pour en faire, en un lieu fixe, un usage permanent semblable à celui d’une maison mobile, on pourrait alors probablement l’inclure dans la définition élargie. La législature a sûrement pris cet aspect en considération, puisque les structures non protégées, les structures temporaires et les échelles sont régies par l’article 12.10.

[37] The applicant relies on these decisions but in my opinion, they do not assist. The approach taken by Denning L.J. (as he then was), in *Cardiff Rating Authority*, *supra*, remains persuasive.

[38] The gondola here in issue is composed of many parts, including two towers that are permanently affixed to the ground. The gondola is operated electrically and is carried by cables. Its sole purpose is to transport people. While doing so, it houses them by protecting them from the elements. It is a “building” within the meaning of the *National Building Code of Canada 1980*, and consequently, for the purpose of Regulations, the gondola is correctly considered a “building or structure”.

[39] I am not persuaded by the applicant’s argument that the gondola can be deconstructed into separate components for the purpose of calculating the permit fee. It is the sum of its parts.

[40] I draw this conclusion from the evidence submitted, in particular the application for the building permit. This includes a description of the various items that are required to construct and install the gondola. While it is clear that any number of these items can be employed for other uses, it is also apparent that they were, and continue to be, necessary to build and operate the gondola.

[41] Furthermore, a purposive analysis also supports the finding that the gondola in this case is indeed a “building or structure” pursuant to the Regulations. Here, the overall purpose of the Act is to preserve, protect, manage and control Canada’s national parks: see *Young v. Canada (Attorney General)* (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 167 (F.C.T.D.) and *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (1999), 18 Admin. L.R. (3d) 269 (F.C.T.D.), affirmed, [2001] 2 F.C. 461 (C.A.).

[42] The Regulation under review aids in this purpose by establishing a basis for calculating fees for permits,

[37] La demanderesse se fonde sur ces décisions mais, selon moi, celles-ci ne sont d’aucune assistance. La méthode adoptée par le lord juge Denning dans *Cardiff Rating Authority*, précité, demeure toutefois convaincante.

[38] Les télécabines en cause ici se composent de plusieurs parties, dont deux tourelles qui sont fixées en permanence au sol. Les cabines fonctionnent à l’électricité et se déplacent grâce à des câbles. Les télécabines servent à une seule fin: le transport de personnes. Pendant le transport, elles gardent ces personnes à l’abri et les protègent contre les éléments. Elles sont un «bâtiment» au sens du *Code national du bâtiment, Canada, 1980* et, conséquemment, pour l’application du Règlement, elles sont considérées à bon droit comme «un bâtiment ou une structure».

[39] Je n’ai pas trouvé convaincant l’argument de la demanderesse selon lequel les télécabines pouvaient être décomposées en une série d’éléments distincts aux fins du calcul du droit rattaché au permis. Autrement dit, qu’elle est égale à la somme de ses parties.

[40] Je tire cette conclusion de la preuve qui m’a été présentée, en particulier la demande de permis de construction. Celle-ci comprend une description de tout ce qui est requis pour la construction et l’installation des télécabines. Bien qu’il soit évident qu’un nombre quelconque de ces composants puissent être utilisés à d’autres fins, il est tout aussi évident qu’ils étaient nécessaires à la construction et au fonctionnement des télécabines et continuent de l’être.

[41] En outre, l’analyse de l’objet de la loi étaye elle aussi la conclusion que les télécabines en question sont «un bâtiment ou une structure» au sens du Règlement. En l’occurrence, l’objet de la Loi, d’un point de vue général, est de préserver, de protéger, de gérer et de réglementer les parcs nationaux canadiens: voir *Young c. Canada (Procureur général)* (1999), 31 C.E.L.R. (N.S.) 167 (C.F. 1^{re} inst.) et *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (1999), 18 Admin. L.R. (3d) 269 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par [2001] 2 C.F. 461 (C.A.).

[42] Le règlement en cause contribue à la réalisation de cet objet en établissant un fondement pour le calcul

thus controlling the way in which buildings and structures are built upon park lands. Concluding that Sunshine Village's gondola is a "building or structure" furthers the above objectives of the Act.

[43] The final issue is whether Schedule I, Part I of the Regulations, which provides a different base amount for calculating the cost of a building permit in Banff and Jasper National Parks, is discriminatory because it is higher than the base used in relation to all other national parks.

[44] The respondents argue that a difference in the base rate does not amount to discrimination but reflects a legitimate goal of increasing revenues. Here the respondents rely on the RIAS which provide in part as follows:

This amendment raises building and related permit fees to levels comparable to those charged in surrounding jurisdictions. Existing permit fees have not been increased in many years and are currently a fraction of those charged in surrounding jurisdictions. Parks Canada currently recovers only a small portion of its administrative, monitoring, and planning costs associated with construction in national parks. This amendment will bring revenues from fees closer to 100% recovery of costs incurred for provision of the service. According to Treasury Board policy, it is Parks Canada's responsibility to recover such service costs from those who directly benefit from them.

[45] The Federal Court has held that the RIAS, while not a part of the regulations, is a useful tool in analysing the legislative intent as it was prepared as part of the regulatory process: see *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.) and *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.).

[46] In this case, the RIAS addresses the reason why building and related permit fees, overall, were raised to levels comparable to those charged in other jurisdictions. However, this document does not speak to the purpose

des droits de permis, ce qui a pour effet de contrôler la façon dont les bâtiments et les structures sont construits sur le territoire des parcs. Conclure que les télécabines de Sunshine Village sont «un bâtiment ou une structure» favorise la réalisation des objectifs de la Loi énoncés ci-dessus.

[43] La dernière question en litige consiste à décider si la partie I de l'annexe I du Règlement, qui prévoit un taux de base différent pour le calcul du coût d'un permis de construction dans les parcs nationaux Banff et Jasper, est discriminatoire du fait que ce taux est plus élevé que celui qui s'applique à l'égard de tous les autres parcs nationaux.

[44] Les défendeurs font valoir que ce taux différent n'entraîne pas de discrimination et qu'il tient compte d'un objectif légitime, soit celui d'augmenter les revenus. À ce sujet, les défendeurs se fondent sur le RÉIR, lequel prévoit entre autres ce qui suit:

La présente modification hausse les droits payables pour les permis de construction et les autres permis connexes à des niveaux comparables aux taux exigés dans les juridictions avoisinantes. Il n'y a eu aucune augmentation des droits depuis des années de sorte qu'ils sont actuellement inférieurs aux tarifs pratiqués dans les juridictions avoisinantes. À l'heure actuelle, Parcs Canada ne recouvre qu'une petite partie de ses coûts d'administration, de surveillance et de planification liés à la construction dans les parcs nationaux. La présente modification va permettre de s'approcher davantage d'un taux de récupération de 100 p. 100 des coûts entraînés par la prestation du service. Conformément à la politique du Conseil du Trésor, il appartient à Parcs Canada de recouvrer les coûts du service auprès de ceux qui en profitent directement.

[45] La Cour fédérale a jugé que les RÉIR, bien qu'ils ne fassent pas partie de la réglementation, sont néanmoins utiles pour analyser l'intention du législateur puisqu'ils sont rédigés dans le cadre du processus réglementaire: voir *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.) et *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)* (1999), 87 C.P.R. (3d) 293 (C.A.F.).

[46] Dans la présente affaire, le RÉIR énonce la raison pour laquelle les droits afférents aux permis de construction et aux autres permis connexes ont été, dans l'ensemble, élevés à des niveaux comparables à ceux qui

behind the differentiation in fees charged between Jasper and Banff National Parks on one hand and all other parks on the other. In my opinion, the RIAS does not further the respondents' submission in this regard.

[47] The respondents have failed to show that the Act authorizes this differential treatment in fee calculation. The Act authorizes the Governor in Council to enact regulations covering fees for permits, that is pursuant to paragraph 16(1)(r). It does not say that differential fees may or shall be imposed for different parks falling within its scope.

[48] Certain cases from the Supreme Court of Canada, which were not raised by the parties, are relevant to the issue of discrimination. That issue is clearly raised in this application. In *Montréal (City) v. Arcade Amusements Inc. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 368, the Supreme Court of Canada stated at page 404:

The rule that the power to make by-laws does not include that of enacting discriminatory provisions unless the enabling legislation provides the contrary has been observed from time immemorial in British and Canadian public law.

Further at page 406 the Court noted:

Contemporary academic opinion in Quebec, *inter alia*, recognizes the rule stated by Lord Russell of Killowen in *Kruse v. Johnson*, *supra*. Thus, Louis-Philippe Pigeon wrote in *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, at p. 34:

[TRANSLATION] Another important observation has been made regarding the regulatory power. It is the following: the power to make regulations does not include a power to adopt discriminatory provisions. In other words, unless the legislation authorizing it states the contrary a regulation must apply to everyone in the same way. If the intent is to make a distinction, this must be stated. One of the interesting decisions on this point is *Rex v. Paulowich*, [1940] 1 W.W.R. 537; and there are many others.

Similarly, in their *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, p. 558, René Dussault and Louis Borgeat observed:

sont exigés par d'autres autorités. Toutefois, le document est silencieux quant à l'objectif qui explique la différence de taux applicable entre, d'un côté, les parcs nationaux Jasper et Banff et, de l'autre, l'ensemble des autres parcs. À mon avis, le RÉIR ne fait pas avancer la cause des défendeurs sur ce point.

[47] Les défendeurs n'ont pas réussi à démontrer que la Loi autorise cette différence de traitement dans le calcul des droits. La Loi permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant les droits à percevoir pour l'obtention d'un permis par son alinéa 16(1)r). Elle n'indique pas que des droits différents peuvent ou doivent être imposés à l'égard de certains parcs qui sont inclus dans son champ d'application.

[48] Certains arrêts de la Cour suprême du Canada dont les parties n'ont pas fait mention sont pertinents relativement à la question de la discrimination. Or, la présente demande soulève clairement cette question. Dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 368, la Cour suprême du Canada, à la page 404, déclare ce qui suit:

La règle selon laquelle le pouvoir de faire des règlements ne comporte pas celui d'édicter des dispositions discriminatoires à moins que les textes législatifs habilitants ne prescrivent le contraire a été observée de temps immémorial en droit public anglais et canadien.

Puis, à la page 406, la Cour ajoute:

La doctrine québécoise contemporaine, entre autres, reconnaît le principe énoncé par lord Russell of Killowen dans *Kruse v. Johnson*, précité. Ainsi, Louis-Philippe Pigeon écrit-il, dans *Rédaction et interprétation des lois*, 1978, à la p. 34:

Il est une autre observation importante à faire sur la question du pouvoir de réglementation. C'est la suivante: le pouvoir de faire des règlements ne permet pas d'établir des dispositions discriminatoires. Autrement dit, un règlement doit, à moins que le texte qui l'autorise dise le contraire, s'appliquer à tout le monde de la même façon. Si l'on veut pouvoir faire des distinctions il faut le dire. Une des décisions intéressantes sur ce point, c'est *Rex c. Paulowich* (1940) 1 W.W.R. 537. Il y en a quantité d'autres.

De même, René Dussault et Louis Borgeat, dans leur *Traité de droit administratif*, t. I, 1984, à la p. 558:

[TRANSLATION] This rule clearly has the corollary that any discriminatory regulation not authorized by legislation is illegal.

[49] In *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, the majority of the Supreme Court of Canada held that a section of the *Charter of the French Language*, R.S.Q., c. C-11, which authorized the enactment of regulations related to the evaluation of language proficiency for professionals who had to obtain permits to practice in “professional corporations” were *intra vires* the enabling statute. Justice Lamer, as he then was, for the majority of the Court, stated the following at pages 105 and 106:

In theory, the power to regulate does not include the power to discriminate. Accordingly, where a statute contains no authorization, express or implied, a discriminatory regulation may be challenged and set aside. This rule was recognized by this Court in *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368. . . .

. . .

In the absence of express provisions to the contrary or delegation by necessary implication, the legislator reserves the exclusive right to discriminate. [Emphasis added.]

[50] Regulations which deal with differential treatment may be permitted as long as the governing legislation, either expressly authorizes such treatment or such authorization may be implied as a necessary incident of the powers delegated under a statute: see *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at page 668; *Allard, infra*, paragraph 80; *Forget, supra*, pages 105-106 and *Arcade Amusements, supra*, pages 413-414. See also *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231.

[51] In *Allard Contractors v. Coquitlam (District)*, [1993] 4 S.C.R. 371, the Supreme Court of Canada considered whether municipal by-laws which mandated a fee for a permit for the removal of soil and other substances from municipal land, such fee being dependent on the volume of soil removed, were discriminatory. The fee had previously been charged at

Ce principe a évidemment pour corollaire l’illégalité de tout règlement discriminatoire non autorisé par une disposition législative.

[49] Dans *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, la Cour suprême du Canada, à la majorité, a déclaré conforme à sa loi habilitante une disposition de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, qui autorisait la prise de règlements concernant l’évaluation des connaissances linguistiques des professionnels, lesquels devaient obtenir un permis auprès de l’ordre professionnel compétent pour pouvoir exercer leur profession. Rédigeant les motifs des juges majoritaires, M. le juge Lamer, plus tard juge en chef de la Cour, a fait les remarques suivantes aux pages 105 et 106:

En principe, le pouvoir de réglementer ne comprend pas celui de discriminer. Aussi, en l’absence d’une autorisation émanant de la loi, explicite ou implicite, un règlement discriminatoire pourra-t-il être attaqué et annulé. Cette règle fut d’ailleurs reconnue par cette Cour dans l’affaire *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368 [. . .]

[. . .]

À moins de dispositions explicites au contraire ou à moins de délégation par voie d’inférence nécessaire, le législateur se réserve l’exclusivité du pouvoir de faire des distinctions. [Soulignement ajouté.]

[50] Les règlements qui prévoient des différences de traitements sont permis pour autant que la loi habilitante l’autorise expressément ou qu’une telle autorisation puisse être supposée du fait qu’elle est nécessaire à l’exercice des pouvoirs délégués par cette loi: voir *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la page 668; *Allard, infra*, au paragraphe 80; *Forget*, précité, aux pages 105 et 106 et *Arcade Amusements*, précité, aux pages 413 et 414. Voir aussi *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

[51] Dans *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, la Cour suprême du Canada était appelée à décider si un règlement municipal était discriminatoire. Le règlement municipal en question prévoyait, à l’égard des permis visant l’enlèvement du sol et d’autres substances sur le territoire de la municipalité, l’imposition de droits établis en fonction du

a flat rate and as a consequence of the change in fee calculation, commercial extractors had a great increase in fees, comparative to non-commercial users.

[52] There, the Supreme Court of Canada held that the by-laws did distinguish between commercial and non-commercial use, however such discrimination was authorized by section 930(2) of the *Municipal Act* [R.S.B.C. 1979, c. 290] which stated:

930. (1) . . .

(2) The council may, by bylaw, impose a fee for the removal referred to in subsection (1) (d) or for the deposit referred to in subsection (1) (e) and the fee may impose a charge for each volumetric unit, as provided in the bylaw, of soil, sand, gravel, rock or other substance removed or deposited and the volumetric fee may be different for different areas of the municipality.

[53] In *Sharma, supra*, the Supreme Court of Canada held that the general reasonableness or rationality of municipal by-laws which drew a distinction between free-standing vendors and owner/occupant vendors was not authorized by the enabling statute, the *Municipal Act* and accordingly were *ultra vires*. The Court stated that the general reasonableness or rationality of the by-laws was not the issue but rather the real issue was whether the discriminatory treatment was specifically authorized by the enabling legislation or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by, in that case, the province.

[54] Cases such as *Arcade Amusements, supra*; *Forget, supra*; *Allard, supra* and *Sharma, supra*, effectively illustrate that subordinate legislation made pursuant to the authority of an enabling statute must remain within the boundaries established by such legislation.

[55] In the present case, I find no express authority from the enabling statute for the authorization of

volume de terre qui était enlevé. Avant la prise de ce règlement, les droits étaient calculés selon un taux fixe; les modifications apportées au calcul des droits avaient entraîné pour les entreprises commerciales d'extraction une hausse considérable des sommes qu'elles devaient verser en droits par rapport aux utilisateurs non commerciaux.

[52] Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a jugé que le règlement municipal établissait bel et bien une distinction entre les utilisations commerciale et non commerciale, mais que ce traitement discriminatoire était autorisé par l'article 930(2) de la *Municipal Act*, [R.S.B.C. 1979, ch. 290] ainsi libellé:

[TRADUCTION]

930. (1) [. . .]

(2) Le conseil peut, par règlement, exiger un droit pour l'enlèvement visé au paragraphe (1) d) ou le dépôt visé au paragraphe (1) e) et ce droit peut comporter des frais, fixés par règlement, par unité volumétrique de terre, de sable, de gravier, de roche ou autre substance enlevée ou déposée; le droit volumétrique peut varier selon les secteurs de la municipalité.

[53] Dans *Sharma*, précité, la Cour suprême du Canada a jugé que la distinction établie par le règlement municipal en cause entre les vendeurs itinérants et les propriétaires de magasins n'était pas autorisée par la *Municipal Act*, la loi habilitante, et que le règlement municipal était par conséquent *ultra vires*. La Cour a déclaré que le caractère raisonnable ou rationnel général de la distinction n'était pas en cause et qu'il s'agissait en vérité de décider si le traitement discriminatoire était expressément autorisé par la loi habilitante ou s'il était nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué, en l'occurrence, par la province.

[54] Les arrêts *Arcade Amusements*, précité; *Forget*, précité; *Allard*, précité; et *Sharma*, précité, illustrent fort bien que la législation déléguée prise en vertu du pouvoir conféré par une loi habilitante ne peut outrepasser les limites établies par cette loi.

[55] En l'espèce, je ne vois dans la loi habilitante aucune autorisation expresse concernant l'imposition de

differential fees, nor can I see how such authority could be implied as a necessary incident of the powers delegated under the Act. Section 4 of the Act states the purpose of having national parks. Sections 8 to 12 deal with administration of national parks. Sections 16 and 17 authorize the Governor in Council to enact regulations for different purposes. Nothing in the Act authorizes differential treatment in the matter of calculating fees.

[56] The respondent filed the affidavit of Robert John Layton, an acting senior development officer responsible for Banff, Yoho and Kootenay National Parks. Mr. Layton deposed that the current rate has been uniformly applied to lift construction activities at all of the four ski hills in these mountain parks.

[57] The Act contains specific provisions concerning the operation of commercial ski operations in Banff National Park; see for example, section 36. The Act expressly refers to Banff National Park for specific purposes, the imposition of a different fee structure not being one of them. This indicates that if Parliament wanted to provide for the authority to make regulations which differentiated Banff National Park from other national parks, for the purpose of fees, it would have done so. However, the power conferred on the Governor in Council to make regulations does not authorize explicitly or otherwise, a differential basis for the imposition of fees.

[58] The RIAS does not override the Act. The basis for the differential fees must have a statutory basis. It is equally irrelevant that the respondents have a habit of imposing different fees for different parks. That part of the Regulation is *ultra vires*. Accordingly, the application is allowed in part.

[59] The entire gondola was properly found to be a "building or structure". However, the cost of the fee for the permit should have been assessed at \$5 per \$1,000 or fraction thereof, of the gondola's estimated value. The

droits différents, ni rien qui permette de supposer qu'une telle autorisation soit nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué conféré par la Loi. L'article 4 de la Loi énonce l'objectif qui sous-tend la création de parcs nationaux. Les articles 8 à 12 traitent de l'administration des parcs nationaux. Les articles 16 et 17 autorisent le gouverneur en conseil à prendre des règlements à des fins diverses. La Loi n'autorise nulle part l'imposition d'un traitement différent aux fins du calcul des droits.

[56] Les défendeurs ont déposé l'affidavit de Robert John Layton, qui occupe par intérim le poste d'agent principal de l'aménagement et a la responsabilité des parcs nationaux Banff, Yoho et Kootenay. M. Layton y déclare que le taux actuel a été appliqué de manière uniforme aux projets de construction de remontées mécaniques pour les quatre sites de ski situés dans ces parcs.

[57] La Loi contient des dispositions traitant spécifiquement des activités relatives aux installations commerciales de ski dans le parc national Banff, notamment à l'article 36. La Loi mentionne expressément le parc national Banff en rapport avec certaines fins précises dont l'imposition d'un barème de droits différents ne fait pas partie. Ceci nous indique que si le Parlement avait voulu autoriser la prise de règlements établissant des distinctions entre le parc national Banff et les autres parcs nationaux aux fins du calcul des droits, il l'aurait sans doute indiqué. Or, le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil n'autorise pas, de manière explicite ou autre, les différences de traitement dans l'imposition des droits.

[58] Le RÉIR n'a pas préséance sur la Loi. La différence de traitement doit trouver son origine dans les lois. Le fait que les défendeurs aient l'habitude d'imposer des droits différents selon le parc concerné est tout aussi dépourvu de pertinence. Cette partie du Règlement est *ultra vires*. Par conséquent, la demande est accueillie en partie.

[59] C'est à juste titre que les télécabines ont été caractérisées comme étant «un bâtiment ou une structure». Cependant, le coût imposé pour l'obtention du permis aurait dû être calculé à un taux de 5 \$ pour

cost of the permit shall be recalculated in accordance with these reasons and a refund given to the applicant.

[60] Costs are reserved, pending submissions from the parties.

ORDER

The application is allowed, in part. That part of the Regulation contained in Schedule I, Part I, establishing a differential basis for a building permit fee in Banff National Park, is *ultra vires*. The cost of the fee for the building permit is to be recalculated at \$5 per \$1,000 or fraction thereof, of the gondola's estimated value and a refund given to the applicant. Costs are reserved, pending submissions from the parties.

chaque tranche ou fraction de tranche de 1 000 \$ de la valeur estimative des télécabines. Le coût du permis sera recalculé en conformité avec les présents motifs et un remboursement devra être versé à la demanderesse.

[60] La questions des dépens est reportée pour permettre aux parties de présenter leurs observations.

ORDONNANCE

La demande est accueillie en partie. La partie du Règlement qui établit, à la partie I de l'annexe I, un fondement différent pour le calcul des droits des permis de construction dans le parc national Banff, est *ultra vires*. Le montant du droit exigible pour le permis de construction sera recalculé selon un taux de base de 5 \$ pour chaque tranche de 1 000 \$, ou fraction d'une telle tranche, de la valeur estimative des télécabines, et un remboursement sera versé à la demanderesse. La question des dépens est reportée pour permettre aux parties de présenter leurs observations.

A-534-01
2003 FCA 215

A-534-01
2003 CAF 215

The Attorney General of Canada (*Plaintiff*)

La procureure générale du Canada (*demanderesse*)

v.

c.

Stéphane Limosi (*Défendant*)

Stéphane Limosi (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. LIMOSI (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREURE GÉNÉRALE) c. LIMOSI (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Létourneau and Pelletier JJ.A.
—Québec, April 30; Ottawa, May 8, 2003.

Cour d'appel, juges Décary, Létourneau et Pelletier
J.C.A.—Québec, 30 avril; Ottawa, 8 mai 2003.

Employment Insurance — Meaning of “se voit donner un avis de violation” in Act, s. 7.1(4) — Defendant penalized by increase of number of working hours to qualify for benefits — Failed to report employment income — Board of Referees, affirmed by umpire, accepting defendant’s story notice not received, mail not easily accessible — Holding notice should have been sent by registered mail — S. 7.1(1) administrative penalty is automatic without Commission’s intervention — S. 7.1(4) clumsily drafted, seeming to indicate violation’s existence depends on notice of violation — Violation existed once incorrect statement made — Under Act, s. 114, claimant having 30 days to appeal from date decision communicated to him — Not penalized if notice issued, not delivered since appeal right exists until 30 days after notice brought to his attention — Act not requiring notice sent by registered mail — Patently unreasonable for Board of Referees, umpire to find defendant not having received notice communicated to him when benefits application denied — Violation not challenged on merits, therefore stands.

Assurance-emploi — Interprétation des mots «se voit donner un avis de violation» que l’on retrouve à l’art. 7.1(4) de la Loi — Le défendeur est pénalisé par la majoration des heures de travail en rapport avec l’admissibilité aux prestations — Il a omis de déclarer des revenus d’emploi — Le conseil arbitral, confirmé par le juge-arbitre, a accepté la version du défendeur selon laquelle il n’avait pas reçu l’avis parce que son courrier n’était pas facilement accessible et a statué que l’avis de décision aurait dû être envoyé par courrier recommandé — La pénalité administrative prévue par l’art. 7.1 est automatique, sans intervention de la Commission — L’art. 7.1(4) est mal formulé et semble indiquer que l’existence de la violation dépend d’un avis de violation — La violation existe à compter du moment où la fausse déclaration est faite — En vertu de l’art. 114 de la Loi, un prestataire peut, dans les 30 jours du moment où l’avis lui a été communiqué, contester par voie d’appel — Si l’avis est émis et non remis, le prestataire n’est pas pénalisé pour autant puisque son droit d’appel n’expire que 30 jours après que l’avis a été porté à sa connaissance — La Loi n’exige pas que l’avis soit envoyé par courrier recommandé — Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont commis une erreur de fait manifestement déraisonnable en concluant que le défendeur n’avait pas reçu l’avis lorsque sa demande de prestations de chômage a été refusée — La violation n’a pas été contestée à son mérite, donc demeure.

On November 23, 1999 defendant filed for unemployment benefits when his employment by one Laforet ceased. He then had 595 insurable hours of employment. In reviewing his application to establish a benefit period, the Commission noted that he had been issued two notices of serious violations under *Employment Insurance Act*, subsection 7.1(4). The first notice, sent on February 23, 1999, was for failure to report money earned while working for Edmondage Gaspé from April 3 to May 18, 1998. By this notice, defendant was advised that the number of insurable hours was increased to 630. The second notice, dated August 5 of the same year, was for failure to report earnings from employment by Amtech during the period October 8 to 22, 1998. The required number of hours was now

Le 23 novembre 1999, le défendeur dépose une demande de prestations de chômage suite à sa cessation de travail pour l’employeur Hectare Laforet. Il a, à ce moment, accumulé 595 heures d’emploi assurables. Procédant à l’analyse de cette demande aux fins d’établir une période de prestations, la Commission constate que le prestataire s’est vu donner deux avis de violation grave en vertu du paragraphe 7.1(4) de la Loi. Le premier avis est transmis au défendeur le 23 février 1999 pour avoir omis de déclarer la rémunération gagnée chez Édmondage Gaspé durant la période du 3 avril au 18 mai 1998. Cet avis fait grimper le nombre d’heures assurables requis à 630. Le deuxième avis de violation, daté du 5 août de la même année, se fonde aussi sur le fait que le défendeur n’a pas

elevated to 840. Neither decision was appealed. But when advised that his claim was denied, having worked only 595 hours when 840 were required, defendant appealed, alleging that he had not received the second violation notice. He also filed a new employment record totalling 765 hours. On March 22, 2000 the Board of Referees allowed his appeal, ignoring the second notice because defendant denied receiving it, his mail was not easily accessible and the notice had not been sent by registered mail. This decision was affirmed by an umpire and the Attorney General sought judicial review. The issue was the meaning to be accorded the words “*se voit donner un avis de violation*” in the sentence “*Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation*” in Act, subsection 7.1(4). Is it sufficient that the violation notice was mailed or must it be brought to insured’s attention? Or, in other words, is it enough that the notice was issued, or must it be delivered? In practice, does the system of penalties provide for procedural fairness?

Held, the application should be granted.

Subsection 7.1(1) makes provision for the imposition of an administrative penalty—an increase in the number of insurable hours of employment required to qualify for benefits—where an insured commits a violation of subsection 7.1(4). This is a statutory penalty which is imposed automatically without the Commission’s intervention. Subsection 7.1(4) is clumsily drafted, for it appears to indicate that the existence of a violation is dependent upon a notice of violation: “an insured person accumulates a violation if ... the Commission issues a notice of violation”.

Defendant’s violation, involving a false statement of earnings, existed once the incorrect statement was made. The notice of violation is but the procedural means of informing insured of the alleged violation. It does not differ from being given a ticket for speeding. The ticket’s purpose is to inform the offender of the offence charged so that he may challenge it and perhaps avoid a penalty.

Under section 114, a claimant has 30 days after the day on which the decision is communicated within which to appeal to the Board of Referees. If the notice is issued but not delivered, the claimant is not thereby penalized since his right of appeal exists until the notice is brought to his attention and the appeal deadline has expired.

déclaré pour la période du 8 au 22 octobre 1998 la rémunération gagnée chez Amtech. Le nombre d’heures requis s’établit maintenant à 840. Il n’y a pas d’appel non plus de cette décision. Lorsqu’il est informé qu’il n’a pas droit aux prestations de chômage puisqu’il n’a complété que 595 des 840 heures requises, le défendeur se porte en appel de cette décision de la Commission alléguant qu’il n’a pas reçu le second avis de violation. Il dépose également un nouveau relevé d’emploi totalisant 765 heures. Le 22 mars 2000, le conseil arbitral accueille l’appel du défendeur, ignorant le deuxième avis parce que le défendeur affirme ne pas l’avoir reçu parce que son courrier ne lui était pas facilement accessible et parce que l’avis n’avait pas été envoyé par courrier recommandé. Un juge-arbitre a confirmé cette décision et la procureure générale en a demandé le contrôle judiciaire. La question est de savoir quel sens il faut octroyer aux mots «se voit donner un avis de violation» dans la phrase «Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation» que l’on retrouve au paragraphe 7.1(4). Suffit-il que l’avis de violation soit posté ou faut-il qu’il soit porté à la connaissance du prestataire? En d’autres termes, suffit-il que l’avis de violation soit émis ou faut-il qu’il soit remis? En pratique le régime de sanctions respecte-t-il les principes de l’équité procédurale?

Arrêt: la demande est accueillie.

Le paragraphe 7.1(1) prévoit l’imposition d’une pénalité administrative—une majoration des heures d’emploi assurables requises pour pouvoir bénéficier de prestations—pour le prestataire responsable d’une des violations identifiées au paragraphe 7.1(4). La majoration est automatique, elle s’opère par l’effet de la Loi, sans intervention de la Commission. Le paragraphe 7.1(4) est mal formulé car il semble indiquer que l’existence ou la naissance même de la violation dépend d’un avis de violation: «[i]l y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation».

La violation commise par le défendeur, laquelle consiste en une fausse déclaration quant à la rémunération gagnée, existe à compter du moment où la fausse déclaration est faite. L’avis de violation n’est que le mécanisme procédural par lequel le prestataire est informé de la violation reprochée. La situation n’est pas différente de celle où une personne se mérite un avis d’infraction pour excès de vitesse. L’avis d’infraction vise à informer le délinquant du geste qu’on lui reproche pour lui permettre de le contester et d’éviter la peine qui s’y rattache.

En vertu de l’article 114 de la Loi, un prestataire peut, dans les 30 jours du moment où l’avis de cette violation qu’on lui reproche lui a été communiqué, contester par voie d’appel devant le conseil arbitral. Si l’avis est émis mais non remis, le prestataire n’est pas pénalisé pour autant puisque son droit de contester la violation reprochée subsiste tant que l’avis n’a pas été porté à sa connaissance et que le délai d’appel n’est pas expiré.

The Board of Referees concluded that the notice should have been sent by registered mail but that is not required by the Act and is, in any event, unnecessary, claimant's rights of challenge being safeguarded by section 114.

The Board accepted defendant's excuse that it was too difficult to get his mail but that was insufficient to offset the violation, one he elected not to challenge on its merits but rather to object to the procedure used.

The second violation notice was communicated to defendant when his benefits claim was rejected. It was a patently unreasonable error on the part of both the Board and the umpire to have concluded that defendant failed to receive this second notice. The fact is that the violation was never challenged as such and therefore stands.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 7.1, 114.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Geoffroy (2001), 273 N.R. 372 (F.C.A.).

APPLICATION for judicial review of an umpire's decision, affirming that of the Board of Referees, allowing defendant's appeal against a denial of employment insurance benefits. Application allowed.

APPEARANCES:

Paul Deschênes for plaintiff.
No one appearing for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.

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

[1] LÉTOURNEAU J.A.: What meaning should be given to the words "se voit donner un avis de violation"

Le conseil arbitral conclut dans un premier temps que l'avis de violation aurait dû être expédié par courrier recommandé mais que rien dans la Loi ne l'oblige et que, de toute façon, cela n'est pas vraiment nécessaire puisque les droits de contestation du prestataire sont protégés par l'article 114.

Quant au motif invoqué par le défendeur et retenu par le conseil arbitral, soit que son courrier lui était difficilement accessible, ce fait ne suffit pas à annuler la violation reprochée au défendeur, violation qu'il a choisi de ne pas contester à son mérite, préférant plutôt s'en prendre à la procédure suivie.

Le deuxième avis de violation a été communiqué au défendeur lorsqu'il s'est vu refuser sa demande de prestations de chômage. C'est une erreur de fait manifestement déraisonnable que de conclure, comme l'ont fait le conseil arbitral et le juge-arbitre, que le défendeur n'a pas reçu ce deuxième avis. Le fait est que la violation comme telle n'a jamais été contestée et donc demeure.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 7.1, 114.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Procureur général) c. Geoffroy (2001), 273 N.R. 372 (C.A.F.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un juge-arbitre confirmant la décision du conseil arbitral de faire droit à l'appel interjeté par le défendeur contre le refus de prestations de chômage. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Paul Deschênes pour la demanderesse.
Personne n'a comparu pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Quel sens faut-il octroyer aux mots «se voit donner un avis de violation»

[underlining added] in the sentence “*Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation*” contained in subsection 7.1(4) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (the Act)? Will it suffice if the notice of violation is mailed, or must it be brought to the attention of the insured person for the provisions of section 7.1 to take effect? In other words, will it suffice for the notice of violation to be issued, or must it be delivered? How does the system of penalties set out in section 7.1 work in practice? What legal consequences follow if the notice given is not received by the addressee? What are the guarantees of procedural fairness in such a case?

[2] The English text is not worded much better: it states “An insured person accumulates a violation if in any of the following circumstances the Commission ‘issues’ a notice of violation to the person” [underlining added]. Apart from the fact that it is difficult to see how a person can “accumulate” a first violation, it should be noted that Parliament has used the words “issues a notice” rather than “notifies the person”.

[3] The question surrounding interpretation of subsection 7.1(4) of the Act was submitted to this Court by an application for judicial review made by the Attorney General of Canada. I set out subsections 7.1(1), (4) and (5):

7.1 (1) The number of hours that an insured person, other than a new entrant or re-entrant to the labour force, requires under section 7 to qualify for benefits is increased to the number provided in the following table if the insured person accumulates one or more violations in the 260 weeks before making their initial claim for benefit.

...

(4) An insured person accumulates a violation if in any of the following circumstances the Commission issues a notice of violation to the person:

(a) one or more penalties are imposed on the person under section 38, 39, 41.1 or 65.1, as a result of acts or omissions mentioned in section 38, 39 or 65.1;

(b) the person is found guilty of one or more offences under section 135 or 136 as a result of acts or omissions mentioned in those sections; or

[soulignement ajouté] dans cette phrase «*Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation*» que l’on retrouve au paragraphe 7.1(4) de la *Loi sur l’assurance emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (Loi)? Suffit-il que l’avis de violation soit posté ou faut-il qu’il soit porté à la connaissance du prestataire pour que les prescriptions de l’article 7.1 prennent effet? En d’autres termes, suffit-il que l’avis de violation soit émis ou faut-il qu’il soit remis? Comment s’articule en pratique le régime de sanctions prévues à l’article 7.1? Quelles conséquences juridiques s’ensuivent si l’avis donné n’est pas reçu par son destinataire? Quelles sont les garanties d’équité procédurale en pareil cas?

[2] Le texte anglais qui n’est guère de facture meilleure énonce «*An insured person accumulates a violation if in any of the following circumstances the Commission “issues” a notice of violation to the person*» [soulignement ajouté]. Au delà du fait qu’il est difficile de voir comment une personne «accumule» une première violation, il convient de remarquer que le législateur utilise les termes «*issues a notice*» plutôt que «*notifies the person*».

[3] La problématique entourant l’interprétation du paragraphe 7.1(4) de la Loi nous est soumise par voie de demande de contrôle judiciaire faite par la procureure générale du Canada. Je reproduis les paragraphes 7.1(1), (4) et (5):

7.1 (1) Le nombre d’heures d’emploi assurable requis au titre de l’article 7 est majoré conformément au tableau qui suit, en fonction du taux régional de chômage applicable, à l’égard de l’assuré autre qu’une personne qui devient ou redevient membre de la population active s’il est responsable d’une ou de plusieurs violations au cours des deux cent soixante semaines précédant sa demande initiale de prestations.

[. . .]

(4) Il y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation parce que, selon le cas:

a) il a perpétré un ou plusieurs actes délictueux prévus à l’article 38, 39 ou 65.1 pour lesquels des pénalités lui ont été infligées au titre de l’un ou l’autre de ces articles, ou de l’article 41.1;

b) il a été trouvé coupable d’une ou plusieurs infractions prévues à l’article 135 ou 136;

(c) the person is found guilty of one or more offences under the *Criminal Code* as a result of acts or omissions relating to the application of this Act.

(5) Except for violations for which a warning was imposed, each violation is classified as a minor, serious, very serious or subsequent violation as follows:

(a) if the value of the violation is

- (i) less than \$1,000, it is a minor violation,
- (ii) \$1,000 or more, but less than \$5,000, it is a serious violation, or
- (iii) \$5,000 or more, it is a very serious violation; and

(b) if the notice of violation is issued within 260 weeks after the person accumulates another violation, it is a subsequent violation, even if the acts or omissions on which it is based occurred before the person accumulated the other violation. [My emphasis.]

[4] It can be seen from reading these provisions that if there is a violation of the Act a person's threshold of eligibility for unemployment benefits is raised by increasing the number of insurable hours of employment required.

[5] A review of the principal facts is necessary for a clearer understanding of the case.

Facts and procedure

[6] On November 23, 1999, the defendant filed an application for unemployment benefits when his work for the employer Hectare Laforet ceased. At that time he had accumulated 595 insurable hours of employment. Analyzing this application in order to establish a benefit period, the Commission found that the claimant had been issued two notices of serious violations under subsection 7.1(4) of the Act.

[7] The first notice was sent to the defendant on February 23, 1999, and a penalty claimed from him at the same time, for failing to report money earned working for Émondage Gaspé during the period April 3 to May 18, 1998. The notice increased the number of insurable hours required to 630. The defendant did not appeal this decision by the Commission, which concluded there had been misrepresentations resulting in a violation specified in section 7.1.

c) il a été trouvé coupable d'une ou plusieurs infractions au *Code criminel* pour tout acte ou omission ayant trait à l'application de la présente loi.

(5) À l'exception des violations pour lesquelles un avertissement est donné, chaque violation est qualifiée de mineure, de grave, de très grave ou de subséquente, en fonction de ce qui suit:

a) elle est mineure, si sa valeur est inférieure à 1 000 \$, grave, si elle est inférieure à 5 000 \$, et très grave, si elle est de 5 000 \$ ou plus;

b) elle est subséquente si elle fait l'objet d'un avis de violation donné dans les deux cent soixante semaines suivant une autre violation, même si l'acte délictueux sur lequel elle est fondée a été perpétré avant cette dernière. [Je souligne.]

[4] On voit à la lecture de ces dispositions qu'en cas de violation de la Loi, le seuil d'admissibilité d'une personne à des prestations de chômage augmente par voie de majoration des heures d'emploi assurables requises.

[5] Un résumé des principaux faits s'impose pour une meilleure compréhension du litige.

Faits et procédure

[6] Le 23 novembre 1999, le défendeur dépose une demande de prestations de chômage suite à sa cessation de travail pour l'employeur Hectare Laforet. Il a, à ce moment, accumulé 595 heures d'emploi assurables. Procédant à l'analyse de cette demande aux fins d'établir une période de prestations, la Commission constate que le prestataire s'est vu donner deux avis de violation grave en vertu du paragraphe 7.1(4) de la Loi.

[7] Le premier avis est transmis au défendeur le 23 février 1999, en même temps qu'une pénalité lui est réclamée, pour avoir omis de déclarer la rémunération gagnée chez Émondage Gaspé durant la période du 3 avril au 18 mai 1998. Cet avis fait grimper le nombre d'heures assurables requis à 630. Le défendeur n'en appelle pas de cette décision de la Commission qui conclut à de fausses représentations résultant en une violation prévue à l'article 7.1.

[8] The second notice of violation, also sent by mail, was dated August 5 of the same year. It too was based on the fact that the defendant did not report money earned, working for Amtech this time, from October 8 to 22, 1998. This was the second violation in the 260 weeks preceding his application for benefits. The number of hours required was now set at 840. This decision by the Commission concluding that there had been misrepresentations was also not appealed.

[9] On November 30, 1999, the Commission informed the defendant that he was not entitled to unemployment benefits since he had only completed 595 of the 840 hours required. On December 3, 1999, the defendant appealed this decision by the Commission, alleging he had not received the second notice of violation. One month before his appeal was heard by the Board of Referees, he filed a new record of employment totalling 765 hours.

[10] On March 22, 2000, the Board of Referees allowed the defendant's appeal. In the opinion of the Board, the defendant established that he had worked 765 hours and the number of hours required was 630, rather than 840. In coming to this conclusion, the Board ignored the second notice because the defendant said he had not received it, because his mail was not easily accessible and the notice was not sent to him by registered mail.

[11] On appeal the umpire affirmed the Board of Referees' decision: hence the application for judicial review.

Analysis of section 7.1 of Act

[12] Subsection 7.1(1) provides that an administrative penalty will be applied to an insured person who commits one of the violations mentioned in subsection 7.1(4). As already indicated, this penalty consists of an increase in the number of insurable hours of employment required in order to receive benefits. As my brother judge Décary J.A. said in *Canada (Attorney General) v. Geoffroy* (2001), 273 N.R. 372 (F.C.A.), at paragraph 5, the increase is automatic. It occurs pursuant to the Act, without any intervention by the Commission, once an

[8] Le deuxième avis de violation, transmis également par courrier, est daté du 5 août de la même année. Il se fonde aussi sur le fait que le défendeur n'a pas déclaré pour la période du 8 au 22 octobre 1998 la rémunération gagnée, cette fois-ci, chez Amtech. Il s'agissait d'une deuxième violation au cours des 260 semaines précédant sa demande de prestations. Le nombre d'heures requis s'établit maintenant à 840. Il n'y a pas d'appel non plus de cette décision de la Commission concluant à l'existence de fausses représentations.

[9] Le 30 novembre 1999, la Commission informe le défendeur qu'il n'a pas droit aux prestations de chômage puisqu'il n'a complété que 595 des 840 heures requises. Le 3 décembre 1999, le défendeur se porte en appel de cette décision de la Commission alléguant qu'il n'a pas reçu le second avis de violation. Un mois avant l'audition de son appel devant le Conseil arbitral, il dépose un nouveau relevé d'emploi totalisant 765 heures.

[10] Le 22 mars 2000, le Conseil arbitral accueille l'appel du défendeur. Selon le Conseil, le défendeur a établi qu'il avait travaillé 765 heures et le nombre d'heures requis est de 630 au lieu de 840. Pour en venir à cette conclusion, le conseil ignore le deuxième avis parce que le défendeur affirme ne pas l'avoir reçu, parce que son courrier ne lui était pas facilement accessible et parce que l'avis n'avait pas été envoyé par courrier recommandé.

[11] En appel, le juge-arbitre confirme la décision du Conseil arbitral. De là, la demande de contrôle judiciaire.

Analyse de l'article 7.1 de la Loi

[12] Le paragraphe 7.1(1) prévoit l'imposition d'une pénalité administrative pour le prestataire responsable d'une des violations identifiées au paragraphe 7.1(4). Tel que déjà mentionné, cette pénalité consiste en une majoration des heures d'emploi assurables requises pour pouvoir bénéficier de prestations. Comme le disait mon collègue le juge Décary dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Geoffroy* (2001), 273 N.R. 372 (C.A.F.), au paragraphe 5, la majoration est automatique. Elle s'opère par l'effet de la Loi, sans intervention de la

insured person is guilty of one of the violations mentioned.

[13] Décary J.A. quite rightly deplored the clumsy drafting of subsection 7.1(4), which as he noted appeared to indicate that the very existence or origin of the violation depended on a notice of violation. The words “an insured person accumulates a violation if . . . the Commission issues a notice of violation” [underlining added] can, at first glance, give this impression; however, this part of the wording of subsection 7.1(4) must be placed in the context of all the provisions of section 7.1 and construed in accordance with those other provisions. Doing so results in the following principles and critical path.

[14] The administrative penalty mentioned in section 7.1 is automatic. It originates and derives from a violation of the Act or a guilty verdict for *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] offences in connection with actions relating to implementation of the Act. In the case at bar, the violation involved an incorrect statement about money earned by the insured person. This violation existed once the incorrect statement was made. After that point the insured person became responsible for this action and the section 7.1 penalty took effect. The notice of violation mentioned in subsection 7.1(4) is merely the procedural means by which the insured person is informed by the Commission of the alleged violation. The situation is no different from that in which a taxpayer commits an infringement, for example, of the speed limit and incurs a speeding ticket. The offence is the failure to observe the speed limit. It exists once the wrongful act has been committed. The purpose of the speeding ticket is to inform the offender of the act alleged against him so he can challenge it and avoid the related penalty.

[15] Under section 114 of the Act a claimant may, within 30 days of the time a notice of the violation is communicated to him or her, challenge the wrongful acts alleged by the Commission by means of an appeal. Prescription of the appeal deadline does not run as long as the Commission’s decision alleging a violation has not been brought to the person’s attention.

Commission, dès qu’un prestataire se rend coupable d’une des violations identifiées.

[13] À juste titre, le juge Décary déplorait la formulation maladroite du paragraphe 7.1(4) qui, comme il le soulignait, semble indiquer que l’existence ou la naissance même de la violation dépend d’un avis de violation. Les termes «[i]l y a violation lorsque le prestataire se voit donner un avis de violation» [soulignement ajouté] peuvent, à prime abord, donner cette impression. Mais il faut replacer cette partie du texte du paragraphe 7.1(4) dans l’ensemble des dispositions de l’article 7.1 et l’interpréter en fonction de ces autres dispositions. Se dégagent alors les principes et le cheminement critique suivants.

[14] La pénalité administrative prévue par l’article 7.1 est automatique. Elle naît et découle d’une violation de la Loi ou d’un verdict de culpabilité pour des infractions au *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] pour des gestes relatifs à l’application de la Loi. En l’espèce, la violation consiste en une fausse déclaration quant à la rémunération gagnée par le prestataire. Cette violation existe à compter du moment où la fausse déclaration est faite. La responsabilité du prestataire pour ce geste est alors engagée et la pénalité de l’article 7.1 prend effet. L’avis de violation prévu au paragraphe 7.1(4) n’est que le mécanisme procédural par lequel le prestataire est informé par la Commission de la violation reprochée. La situation n’est pas différente de celle où un contribuable commet une infraction, par exemple, à la limite de vitesse et se mérite un avis d’infraction. L’infraction, c’est le défaut de respecter la limite de vitesse. Elle existe à compter du moment où le geste délictueux est posé. L’avis d’infraction vise à informer le délinquant du geste qu’on lui reproche pour lui permettre de le contester et d’éviter la peine qui s’y rattache.

[15] En vertu de l’article 114 de la Loi, un prestataire peut, dans les 30 jours du moment où l’avis de cette violation qu’on lui reproche lui a été communiqué, contester par voie d’appel les gestes délictueux que la Commission lui impute. La prescription du délai d’appel ne court pas tant que la décision de la Commission lui reprochant une violation n’a pas été portée à sa connaissance.

Appeals

114. (1) A claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission, or the employer of the claimant, may appeal to the board of referees in the prescribed manner at any time within

(a) 30 days after the day on which a decision is communicated to them; or

(b) such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow. [My emphasis.]

This is how I understand my brother Décary J.A.'s reference, at paragraph 6 of *Geoffroy, supra*, to the fact that the automatic increase in the number of hours required can only be enforced against an insured person once the notice of violation has been issued by the Commission.

[16] In section 7.1, read as I read it and interpreted as I see it, it is not really important to determine whether the words "issues a notice" mean "issue" or "deliver" the said notice. If the notice is both issued and delivered, it accomplishes its purpose, which is to inform the claimant of a violation alleged against him. On the other hand, if it is only issued the claimant is not thereby penalized since his right to challenge the alleged violation continues to exist so long as the notice or its contents have not been brought to his attention, and the 30-day appeal deadline has not expired.

[17] In practical terms, two situations may arise. The first involves a case in which the claimant has received the notice of violation. He must challenge the violation alleged against him within the specified deadline, otherwise the increased number of hours may be set up against him and becomes applicable. The second involves the notice not being received by the claimant unknown to the Commission, which on issuing it sent it to the person for whom it was intended. This is true in the case at bar of the second notice of violation, which the defendant maintained he never received. However, in such a situation the claimant will generally be informed of the violation alleged against him when he makes an application for unemployment benefits. He can then challenge the decision of the Commission which concluded that there had been a violation of the Act. This in part is what happened in the case at bar, where

Appels

114. (1) Quiconque fait l'objet d'une décision de la Commission, de même que tout employeur d'un prestataire faisant l'objet d'une telle décision, peut, dans les trente jours suivant la date où il en reçoit communication, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prévue par règlement devant le conseil arbitral. [Je souligne.]

C'est dans ce sens que je comprends la référence de mon collègue le juge Décary, que l'on retrouve au paragraphe 6 de l'arrêt *Geoffroy*, précité, au fait que la majoration automatique du nombre d'heures requis n'est opposable à un assuré qu'une fois l'avis de violation donné par la Commission.

[16] L'article 7.1 lu comme je le lis et interprété comme je le fais, il importe vraiment peu de déterminer si les termes «se voit donner un avis» veulent dire «émettre» ou encore «remettre» ledit avis. Car si l'avis est à la fois émis et remis, il remplit sa finalité qui est d'informer le prestataire d'une violation qu'on lui reproche. Par contre, s'il n'est qu'émis, le prestataire n'est pas pénalisé pour autant puisque son droit de contester la violation reprochée subsiste tant que l'avis ou son contenu n'a pas été porté à sa connaissance et que le délai d'appel de 30 jours n'est pas expiré.

[17] Sur le plan pratique, deux situations peuvent se produire. La première nous renvoie au cas où le prestataire a reçu l'avis de violation. Il se doit de contester la violation qu'on lui impute dans le délai imparti, sinon la majoration des heures lui est opposable et devient exécutoire. La deuxième implique que l'avis n'a pas été reçu par le prestataire et cela à l'insu de la Commission qui, l'ayant émis, l'a acheminé à son destinataire. C'est le cas en l'espèce du deuxième avis de violation que le défendeur prétend n'avoir jamais reçu. Cependant, en pareille situation, le prestataire sera généralement informé de la violation qu'on lui oppose lorsqu'il fera une demande de prestations de chômage. Il pourra alors contester la décision de la Commission qui conclut à l'existence d'une violation de la Loi. C'est en partie ce qui s'est passé dans la présente affaire où le défendeur, informé des conséquences de la deuxième

the defendant, once informed of the consequences of the second violation, filed an appeal to avoid having it applied to him. I say in part because, instead of challenging the conclusion regarding the violation itself, the defendant instead objected to the fact that it was not communicated to him and to the process by which the communication was to be made. This leads me to the umpire's decision and that of the Board of referees, which was approved by the umpire.

Analysis of Board of Referees' and umpire's decisions

[18] The Board of Referees concluded, first, that the notice of violation should have been sent by registered mail. There is nothing in the Act to require or indicate that this procedure ought to be used. Further, although this method may sometimes be more valid, though it is not an answer to all problems, as we have seen it is not really necessary since the claimant's rights of challenge are protected by section 114.

[19] As to the reason relied on by the defendant and accepted by the Board of Referees, namely that it was too difficult for him to get his mail, this fact is not relevant and is not enough to offset the violation with which the defendant is charged, a violation which he chose not to challenge on the merits, preferring instead to object to the procedure used.

[20] Finally, the second notice of violation was communicated to the defendant when his application for unemployment insurance benefits was denied. It is a patently unreasonable error of fact to conclude, as the Board of Referees and umpire did, that the defendant did not receive this second notice or was entitled to the benefit of the doubt on this point. In concluding I would add that, in these circumstances, the defendant's allegation accepted by the umpire, namely that the postal code placed on the letter sent to him was wrong, has no bearing on the fact that the notice was ultimately communicated to him, still less on the fact that the violation was not challenged as such and therefore stands.

[21] For these reasons, I would allow the application for judicial review, set aside the umpire's decision and

violation, a pris une procédure d'appel pour en éviter l'application. Je dis en partie parce que le défendeur, au lieu de s'attaquer à la conclusion relative à la violation elle-même, s'est plutôt plaint du fait qu'elle ne lui a pas été communiquée et du processus par lequel la communication devait être faite. Ceci m'amène à la décision du juge-arbitre et à celle du Conseil arbitral qui fut entérinée par le juge-arbitre.

Analyse des décisions du Conseil arbitral et du juge-arbitre

[18] Le Conseil arbitral conclut dans un premier temps que l'avis de violation aurait dû être expédié par courrier recommandé. Rien dans la Loi n'oblige ou n'indique qu'il faille recourir à ce procédé. Au surplus, si cette méthode peut parfois s'avérer plus utile sans pour autant être une panacée, elle n'est pas, comme on l'a vu, vraiment nécessaire puisque les droits de contestation du prestataire sont protégés par l'article 114.

[19] Quant au motif invoqué par le défendeur et retenu par le Conseil arbitral, soit que son courrier lui était difficilement accessible, ce fait n'est pas pertinent et ne suffit pas à annuler la violation reprochée au défendeur, violation qu'il a choisi de ne pas contester à son mérite, préférant plutôt s'en prendre à la procédure suivie.

[20] Enfin, le deuxième avis de violation a été communiqué au défendeur lorsqu'il s'est vu refuser sa demande de prestations de chômage. C'est une erreur de fait manifestement déraisonnable que de conclure, comme l'ont fait le Conseil arbitral et le juge-arbitre, que le défendeur n'a pas reçu ce deuxième avis ou qu'il a droit au bénéfice du doute sur ce point. J'ajouterais pour conclure que, dans ce contexte, l'allégation du défendeur acceptée par le juge-arbitre, selon laquelle le code postal inscrit sur la lettre qui lui était adressée était erroné, est sans incidence sur le fait que l'avis lui a été ultimement communiqué et encore moins sur le fait que la violation comme telle n'a pas été contestée et donc demeure.

[21] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du juge-

refer the matter back to the chief umpire or an umpire designated by him to be again decided on the basis that the Commission's appeal should be allowed.

DÉCARY J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

arbitre et je retournerais l'affaire au juge-arbitre en chef ou au juge-arbitre qu'il désignera pour qu'il la décide à nouveau en tenant pour acquis que l'appel de la Commission doit être accueilli.

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

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

IMM-1845-03
2003 FCT 354

IMM-1845-03
2003 CFPI 354

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Applicant*)

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

v.

c.

Kaileshan Thanabalasingham (*Respondent*)

Kaileshan Thanabalasingham (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. THANABALASINGHAM (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. THANABALASINGHAM (1^{re} INST.)

Trial Division, Russell J.—Toronto, March 21 and 26, 2003.

Section de première instance, juge Russell—Toronto, 21 et 26 mars 2003.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Immigration Inquiry Process — Respondent, citizen of Sri Lanka, is Convention refugee, permanent resident of Canada — Deportation ordered following latest criminal conviction — Being held in immigration detention — Deportation order under appeal — IRB member ordering respondent's release — Minister seeking stay of release order until next statutory review or judicial review leave application dealt with — Whether principles enunciated by F.C.A. in Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration) should be modified to deal with facts herein — What required to satisfy "serious issue" requirement — Higher standard where stay effectively determining review application as will be moot before heard — Prima facie case satisfying serious issue test — Minister submitting lengthy list of errors of law committed by Board member — Serious issues including: use of previous convictions, admissibility of evidence on unproven charges, evidence not cross-examined upon — Motion granted.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Processus d'enquête en matière d'immigration — Le défendeur, un citoyen du Sri Lanka, est un réfugié au sens de la Convention et il possède le statut de résident permanent au Canada — Ordonnance d'expulsion prononcée suite à sa plus récente condamnation au criminel — Présentement détenu en vertu de la législation sur l'immigration — Ordonnance d'expulsion frappée d'appel — Libération du défendeur ordonnée par un membre de la CISR — Le ministre demande une ordonnance de suspension de la libération jusqu'au prochain examen des motifs de détention prévu par la loi ou jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande d'autorisation de contrôle judiciaire — Les principes énoncés par la C.A.F. dans Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) doivent-ils être aménagés au vu des faits en l'espèce? — Que faut-il démontrer pour répondre à l'exigence de la «question sérieuse»? — La norme est plus élevée lorsque la suspension a pour effet de trancher la question soumise au contrôle judiciaire, qui deviendra théorique avant de pouvoir être entendue — Il faut une preuve prima facie pour satisfaire au critère de la question sérieuse — Le ministre a présenté une longue liste d'erreurs de droit commises par le commissaire — Les questions sérieuses comprennent: l'utilisation des condamnations antérieures, l'admissibilité de la preuve portant sur des accusations non fondées, les témoignages qui n'avaient pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire — Requête accueillie.

This was a motion by the Minister for a stay of the decision of an Immigration and Refugee Board member releasing respondent from immigration detention. This is the second such application herein. O'Keefe J. had granted such an order, effective until respondent's next statutory detention review, which has now taken place.

La requête du ministre vise la suspension de la décision d'un commissaire de la Commission d'immigration et du statut de réfugié ordonnant la libération du défendeur détenu en vertu de la législation sur l'immigration. C'est la deuxième requête de cette nature en l'espèce. Le juge O'Keefe avait délivré une telle ordonnance, jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au prochain examen des motifs de détention du défendeur, qui a maintenant eu lieu.

Respondent, a permanent resident of Canada, is a citizen of Sri Lanka. He has been recognized as a Convention refugee. His deportation has been ordered, based upon his most recent criminal conviction, which was for conspiracy to commit assault. He was the subject of two *Immigration Act*, subsection 27(1) reports, the first alleging that he was removable on account of the conspiracy conviction, the second alleging that he belonged to a criminal gang. An inquiry, based on both reports, was commenced but that regarding gang membership has been dropped. Respondent has appealed the deportation order to the Immigration Appeal Division but that is still pending. Respondent's appeal is but one of several in which complex jurisdictional issues have been raised by the Minister and evidentiary issues raised by respondent. A date remains to be set for the hearing of respondent's appeal. Respondent is married, is a University of Ottawa Engineering graduate and had employment at Ottawa and Montréal until let go following the downturn in the high-tech sector.

The decision which is the subject of the current stay application may be superseded by a new Board decision before it can be judicially reviewed—assuming leave for review is granted.

Counsel disagreed as to the extent to which the principles laid down by the Federal Court of Appeal in *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* ought to be modified in dealing with the case at bar. The Minister's submission was that the "serious issue" requirement could here be met by demonstrating a likelihood that applicant's arguments could be proven at the judicial review hearing. It was urged for respondent that, as the issuance of a stay would effectively determine the judicial review application, the threshold for finding a serious issue should be much higher than in the usual case. The point is, that because detention orders have to be frequently reviewed, if a stay is granted, it is likely that the judicial review application will have become moot before it can be heard. The bottom line is that respondent will remain incarcerated. Respondent's counsel cited numerous cases in which courts have denied interlocutory relief if granting it would effectively determine the underlying application. It was argued that, at the least, courts have insisted that an applicant demonstrate a "*prima facie* case" or a "high degree of assurance".

Held, the motion should be granted.

Le défendeur est citoyen du Sri Lanka et il possède le statut de résident permanent au Canada. Il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Il a fait l'objet d'une ordonnance d'expulsion fondée sur sa dernière condamnation au criminel, pour complot en vue de commettre des voies de fait. Il a fait l'objet de deux rapports en application du paragraphe 27(1) de la *Loi sur l'immigration*, le premier alléguant qu'il pouvait être renvoyé en raison de sa condamnation pour complot, le second alléguant qu'il était membre d'une organisation criminelle (gang). Une enquête fondée sur les deux rapports a été commencée, mais celui fondé sur la participation à un gang a été retiré. Le défendeur a déposé un appel de l'ordonnance d'expulsion auprès de la section d'appel de l'immigration, qui n'est toujours pas tranché. Plusieurs appels, y compris celui du défendeur, portent sur des questions complexes touchant à la compétence (soulevées par le ministre) et à la preuve (soulevées par le défendeur). L'appel du défendeur n'a pas encore été porté au rôle. Le défendeur est marié et il détient un diplôme en génie de l'Université d'Ottawa; il a détenu des emplois à Ottawa et à Montréal, et a été licencié à cause du ralentissement dans le secteur de la haute technologie.

La décision visée par la présente demande de suspension peut être rendue caduque par une nouvelle décision de la Commission avant qu'on ait pu procéder au contrôle judiciaire—à supposer que l'autorisation soit accordée.

Les avocats ne s'entendaient pas sur les aménagements à apporter aux principes énoncés par la Cour d'appel fédérale dans *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* au vu des faits en l'espèce. Le ministre a soutenu que le volet «question sérieuse» pouvait être satisfait en l'espèce par la démonstration qu'il était possible que les arguments du défendeur seraient retenus à l'audience de contrôle judiciaire. Le défendeur a soutenu qu'étant donné que l'octroi d'une suspension aurait pour effet de trancher la question soumise au contrôle judiciaire, la barre pour conclure à l'existence d'une question sérieuse devait être placée beaucoup plus haut que d'habitude. L'argument veut que comme les motifs de détention doivent être examinés fréquemment, l'octroi de la suspension demandée fait que la demande de contrôle judiciaire deviendra probablement théorique avant de pouvoir être entendue. La réalité est que le défendeur sera maintenu en détention. L'avocat du défendeur a cité plusieurs affaires où les tribunaux ont rejeté les demandes interlocutoires lorsque le résultat serait en fait de trancher la demande sous-jacente. On a soutenu que les tribunaux devaient au moins exiger qu'un demandeur démontre l'existence d'une «preuve *prima facie*» ou d'un «haut degré de certitude».

Jugement: la requête est accueillie.

While the Court could accept that the Minister must go beyond establishing that the issues are not frivolous or vexatious, he had only to make out a *prima facie* case to satisfy the serious issue test. Under our immigration system, courts have allowed stay applications in appropriate cases.

The Minister says that it was patently unreasonable for the Board member to have released respondent when other members have found that his detention should be continued since respondent constitutes a danger. It was further argued that the member erred in his view that detention reviews are *de novo* hearings. Again, it was suggested that the member was mistaken in his view that criminal convictions could not, in themselves, support a finding that a person is a danger. Another argument was that the member had inappropriately imported criminal law principles into his decision. The member was said to have erred as well in failing to determine whether respondent belonged to a criminal organization, a requirement of *Immigration and Refugee Protection Regulations*, section 246. The member allegedly failed to seriously consider whether the proposed bonds people were capable of insuring respondent's compliance with the conditions of release. Finally, he should have considered charges that failed to result in convictions.

In granting the previous stay application, O'Keefe J. accepted applicant's arguments regarding the use of previous convictions, the admissibility of evidence on unproven charges and of evidence not subjected to cross-examination. The matters singled out by O'Keefe J. satisfied the serious issue portion of the tri-partite test in the motion now before the Court. A stay should be granted to have effect until respondent's next statutory detention review or until the judicial review application is disposed of. This decision, in the Minister's favour, was not made without some reluctance. Should the parties fail to cooperate to insure that the review issues are dealt with before they become moot, applications of this sort will recur to the frustration of both sides.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 47(2)(b), 246.

Bien que la Cour accepte que le ministre est tenu de démontrer plus que le fait que la question soulevée n'est pas frivole ou vexatoire, il n'avait qu'à présenter une preuve *prima facie* pour satisfaire au critère de la question sérieuse. Dans le cadre de notre régime d'immigration, les tribunaux ont accordé des ordonnances de suspension lorsque approprié.

Le ministre soutient qu'il était manifestement déraisonnable pour le commissaire de la Commission d'ordonner la libération du défendeur au vu du fait que des commissaires précédents ont conclu qu'il devait être maintenu en détention parce qu'il était un danger. Il soutient aussi que le commissaire a commis une erreur en concluant que l'examen des motifs de détention est une audition *de novo*. Il ajoute que le commissaire a commis une erreur en concluant que des déclarations de culpabilité à des infractions criminelles ne justifient pas par elles-mêmes la conclusion qu'une personne est un danger. Il soutient aussi que le commissaire a incorporé de façon inappropriée des principes de droit criminel dans sa décision. Le commissaire aurait aussi commis une erreur en ne déterminant pas si le défendeur était membre d'une organisation criminelle, comme l'exige l'article 246 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le commissaire n'aurait pas examiné de façon sérieuse la question de savoir si les personnes fournissant la garantie avaient la capacité d'assurer que le défendeur respecterait les conditions de sa libération. Finalement, il aurait dû tenir compte des accusations qui n'avaient pas mené à une condamnation.

En accordant la dernière demande de suspension, le juge O'Keefe a retenu les arguments du demandeur au sujet de l'utilisation des condamnations antérieures, de l'admissibilité de la preuve portant sur des accusations non prouvées et des témoignages qui n'avaient pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Les questions soulevées par le juge O'Keefe satisfont à la partie du critère à trois volets qui porte sur l'existence dans cette requête d'une question sérieuse. La suspension est accordée jusqu'au prochain examen des motifs de détention du défendeur, ou jusqu'à ce qu'on ait tranché la demande de contrôle judiciaire. Cette décision en faveur du ministre est prise avec un certain regret. À moins que les parties ne coopèrent pour s'assurer que les questions à examiner sont traitées avant qu'elles ne deviennent théoriques, ce genre de demande se reproduira pour la plus grande frustration des parties.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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

Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16).

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

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 47(2)b), 246.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham, 2002 FCT 1196; [2002] F.C.J. No. 1619 (T.D.) (QL); *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (F.C.A.); *North of Smokey Fishermen's Assn. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 33; [2003] F.C.J. No. 40 (T.D.) (QL).

CONSIDERED:

Saskatchewan First Nations and Indian Bands v. Canada (Attorney General) (2002), 223 F.T.R. 64 (F.C.T.D.); *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.).

REFERRED TO:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.); *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 682; (2001), 204 F.T.R. 5; 13 Imm. L.R. (3d) 289 (T.D.).

MOTION for an order staying the decision of an Immigration and Refugee Board member, releasing respondent from immigration detention. Motion granted.

APPEARANCES:

Gregory G. George for applicant.
Barbara L. Jackman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Barbara L. Jackman, Toronto, for respondent.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham, 2002 CFPI 1196; [2002] A.C.F. n° 1619 (1^{re} inst.) (QL); *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123; 86 N.R. 302 (C.A.F.); *North of Smokey Fishermen's Assn. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 33; [2003] A.C.F. n° 40 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Premières nations et bandes indiennes de la Saskatchewan c. Canada (Procureur général) (2002), 223 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.); *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133; (1984), 13 D.L.R. (4th) 485; 42 C.R. (3d) 88; 54 N.R. 232 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., [1975] A.C. 396 (H.L.); *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.); *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 164 N.R. 1; *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 682; (2001), 204 F.T.R. 5; 13 Imm. L.R. (3d) 289 (1^{re} inst.).

REQUÊTE pour l'obtention d'une ordonnance suspendant la décision d'un commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ordonnant la libération du défendeur détenu en vertu de la législation sur l'immigration. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Gregory G. George pour le demandeur.
Barbara L. Jackman pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Barbara L. Jackman, Toronto, pour le défendeur.

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

RUSSELL J.:

BACKGROUND

[1] This is a motion for an order staying the decision of Anthony Iozzo, a member of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, dated March 18, 2003, releasing the respondent from detention. The motion requests a stay until the respondent's next statutory detention review or until the Court is able to deal with the underlying application for leave and judicial review.

[2] It is the second such stay application made by the applicant in relation to this respondent. The first application requested a stay of the decision of Vladislav Tumir, also a member of the Immigration and Refugee Board, Immigration Division, dated November 5, 2002, releasing the respondent from detention.

[3] The application from the Tumir decision was heard by O'Keefe J. who, in an order dated November 15, 2002 [2002 FCT 1196; [2002] F.C.J. No. 1619 (T.D.) (QL)], granted the stay until a decision was made in the respondent's next statutory detention review. That statutory detention review has now occurred, so that the stay granted by O'Keefe J. expired when the Iozzo decision was made to release the respondent. It is the Iozzo decision that forms the basis for the present stay application.

[4] In the stay motion on the Tumir decision O'Keefe J. was asked to consider granting the stay until the underlying judicial review application was heard, but he declined to do so because he did not know when that would occur. The date has now been fixed at May 7, 2003 to hear the judicial review application on the Tumir decision, but any such review will be moot because the Tumir decision has now been superseded by the Iozzo decision to release the respondent.

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

LE JUGE RUSSELL:

LE CONTEXTE

[1] La présente requête vise l'obtention d'une ordonnance suspendant la décision rendue le 18 mars 2003 par Anthony Iozzo, commissaire à la section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, par laquelle il ordonnait la libération du défendeur. La requête vise l'obtention d'une ordonnance de suspension jusqu'au prochain examen des motifs de détention du défendeur prévu par la loi, ou jusqu'à ce que la Cour soit en mesure de statuer sur la demande sous-jacente d'autorisation et de contrôle judiciaire.

[2] C'est la deuxième fois que le demandeur sollicite une telle ordonnance de suspension relativement à ce défendeur. La première requête sollicitait une suspension de la décision de Vladislav Tumir, un autre commissaire à la section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, décision datée du 5 novembre 2002, qui ordonnait la libération du défendeur.

[3] La requête en suspension de la décision Tumir a été entendue par le juge O'Keefe. Dans une ordonnance datée du 15 novembre 2002 [2002 CFPI 1196; [2002] A.C.F. n° 1619 (1^{re} inst.) (QL)], le juge O'Keefe a accordé la suspension jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au prochain examen des motifs de détention prévu par la loi. Cet examen ayant eu lieu, l'ordonnance du juge O'Keefe est devenue caduque au moment où le commissaire Iozzo a ordonné la libération du défendeur. La présente requête en suspension vise la décision Iozzo.

[4] Dans la requête en suspension de la décision Tumir, on a demandé au juge O'Keefe d'examiner la possibilité d'accorder une suspension jusqu'à l'audience de la demande sous-jacente de contrôle judiciaire, mais il ne l'a pas fait parce qu'il n'en connaissait pas la date. L'audience de contrôle judiciaire de la décision Tumir est maintenant prévue pour le 7 mai 2003, mais ce contrôle devient théorique étant donné que la décision Tumir est maintenant remplacée par la décision Iozzo ordonnant la libération du défendeur.

[5] The respondent was born on April 26, 1969 in Sri Lanka and is now 32 years old. He is a citizen of Sri Lanka and a permanent resident of Canada, having been landed on August 31, 1992. He is a recognized Convention refugee [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]. He is now subject to a deportation order issued on February 14, 2002, and as a permanent resident has filed an appeal with the Immigration Appeal Division.

[6] The respondent has three criminal convictions:

1. 1996, possession of a weapon;
2. 1997, fail to comply with a recognizance; and
3. 1998, conspiracy to commit assault.

The latter conviction based on charges laid in 1997, was the basis for the deportation order issued against the respondent on February 14, 2002.

[7] The respondent was arrested by immigration authorities on October 18, 2001. He was arrested in Ottawa, where he lived, and brought to Toronto. He has been detained since that time and is presently at the Maplehurst Detention Centre in Milton, Ontario. He was made the subject of two reports under subsection 27(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 16] (Act). The first report, dated July 8, 1998 alleged him to be removable from Canada because of the criminal conviction of conspiracy to commit assault on June 30, 1998. The direction for inquiry was signed on February 19, 1999. This is the report upon which his deportation order was based. There was another report under subsection 27(1) alleging the respondent to be a member of a gang, i.e. an organization engaged in criminal activity. The Minister commenced the inquiry on the basis of both reports under subsection 27(1) of the Act, but withdrew the report on the gang allegation. The respondent conceded the facts based on his conviction and was ordered deported solely on the basis of that conviction, not on the basis of the gang membership allegation.

[5] Né au Sri Lanka le 26 avril 1969, le défendeur est âgé de 32 ans. Citoyen du Sri Lanka, il possède le statut de résident permanent au Canada où il est établi depuis le 31 août 1992. Il a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]. Il fait maintenant l'objet d'une ordonnance d'expulsion rendue le 14 février 2002. Étant un résident permanent, il a interjeté appel auprès de la section d'appel de l'immigration.

[6] Le défendeur a fait l'objet de trois condamnations au criminel:

1. 1996, possession d'une arme;
2. 1997, défaut de se conformer à un engagement;
3. 1998, complot en vue de commettre des voies de fait.

La condamnation de 1998, fondée sur des accusations portées en 1997, a servi de fondement à l'ordonnance d'expulsion du défendeur rendue le 14 février 2002.

[7] Le défendeur a été arrêté par les autorités de l'immigration le 18 octobre 2001. Il a été arrêté à Ottawa, où il réside, et amené à Toronto. Détenu depuis lors, il est présentement au centre correctionnel Maplehurst, à Milton (Ontario). Il a fait l'objet de deux rapports en application du paragraphe 27(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 16] (la Loi). Le premier, daté du 8 juillet 1998, alléguait qu'il pouvait être renvoyé du Canada en raison de sa condamnation au criminel le 30 juin 1998, pour complot en vue de commettre des voies de fait. La directive prévoyant la tenue d'une enquête a été signée le 19 février 1999. L'ordonnance d'expulsion est fondée sur ce rapport. Un autre rapport préparé en vertu du paragraphe 27(1) alléguait que le défendeur est membre d'un gang, c'est-à-dire d'une organisation criminelle. Le ministre a débuté son enquête en se fondant sur les deux rapports présentés en vertu du paragraphe 27(1) de la Loi, mais le rapport alléguant la participation à un gang a été retiré. Le défendeur a admis les faits liés à sa condamnation et son expulsion a été ordonnée uniquement sur la base de cette condamnation et non sur l'allégation d'avoir été membre d'un gang.

[8] The respondent has filed an appeal from the deportation order to the Immigration Appeal Division. At the appeal, which commenced in the summer of 2002, his counsel objected to the admission of evidence respecting allegations of misconduct on the respondent's part which did not lead to charges being laid, or if laid were withdrawn or not otherwise proceeded upon. The appeal before the Immigration Appeal Division is still pending. There are several appeals, along with the respondent's appeal, in which a number of complex jurisdictional and evidentiary issues have been raised. The jurisdictional issues have been raised by the Minister and the evidentiary issues have been raised by the respondent. These appeals are pending a preliminary determination by the Appeal Division on the legal issues raised. As such, the respondent's appeal is not yet scheduled for hearing.

[9] The respondent moved to Ottawa to attend the University of Ottawa and commenced his course there in 1994. After his 1998 conviction, he returned to Ottawa and continued his studies. His mother moved to Ottawa with him at that time and remained there until he was married. He graduated in Applied Science, Electrical Engineering in March 2000. He married in 1999 and obtained a job with Nortel in Ottawa. With the downturn in the technology sector, he and many others were laid off by Nortel. He obtained a job with Hyper-Chip in Montréal. He commuted from Ottawa to Montréal for this job, as he lived with his wife in Ottawa. Shortly before he was detained in October 2001, he was laid off from his job at Hyper-Chip because of the downturn in the high-tech sector of the economy. He was looking for another job at the time of his arrest. His wife had moved to Ottawa to be with him after their marriage.

ISSUES

[10] The issues before me are essentially those confronted by O'Keefe J. when he considered the stay application on the Tumir decision, but with two important differences:

[8] Le défendeur a déposé un appel de l'ordonnance d'expulsion auprès de la section d'appel de l'immigration. Lors de l'appel, qui a débuté à l'été 2002, son avocat s'est objecté à l'admission de preuves au sujet des allégations d'inconduite de la part du défendeur qui n'avaient pas fait l'objet d'accusations, ou pour lesquelles les accusations avaient été retirées ou n'avaient pas eu de suite. L'appel devant la section d'appel de l'immigration n'est toujours pas tranché. Plusieurs appels, y compris celui du défendeur, ont été interjetés au sujet de certaines questions complexes touchant à la compétence et à la preuve. Les questions de compétence sont soulevées par le ministre alors que les questions de preuve sont soulevées par le défendeur. Ces appels sont toujours en attente d'une décision préliminaire de la section d'appel au sujet des questions juridiques soulevées. C'est pourquoi l'appel du défendeur n'a pas encore été porté au rôle pour audience.

[9] Le défendeur a déménagé à Ottawa pour entreprendre des études à l'Université d'Ottawa, études qu'il a commencées en 1994. Après sa condamnation de 1998, il est revenu à Ottawa pour y poursuivre ses études. Sa mère est alors venue à Ottawa avec lui et elle y est restée jusqu'à ce qu'il se marie. Il a obtenu son diplôme en sciences appliquées (génie électrique) en mars 2000. Il s'est marié en 1999 et a trouvé un emploi à Ottawa, chez Nortel. Il a été licencié avec beaucoup d'autres employés de Nortel par suite du ralentissement des activités du secteur de la technologie. Il a alors trouvé un emploi chez Hyper-Chip à Montréal. Comme il continuait à vivre avec son épouse à Ottawa, il faisait l'aller-retour Ottawa-Montréal pour aller travailler. Peu de temps avant son arrestation en octobre 2001, il a été licencié par Hyper-Chip à cause du ralentissement dans le secteur de la haute technologie. Au moment de son arrestation, il était en recherche d'emploi. Son épouse avait déménagé à Ottawa pour y vivre avec lui après leur mariage.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[10] Les questions qui me sont présentées sont essentiellement les mêmes que celles que le juge O'Keefe a examinées lorsqu'il a été saisi de la demande de suspension de la décision Tumir, avec deux différences notables:

(a) The Tumir decision to release the respondent on conditions has now been superseded by the decision of Anthony Iozzo to release the respondent on conditions. Leave has not yet been granted to apply for judicial review of the Iozzo decision and, of course, no date has yet been set to hear the review itself; and

(b) I was advised by counsel for the respondent in her oral presentation to me, that the arguments she made and authorities cited before O'Keefe J. in the earlier Tumir application were significantly different from those which she made in the present application, at least as regards the legal tests to be satisfied for the granting of a stay in a case of this kind.

[11] A consideration of the relevant legal issues and applicable authorities is complicated by the fact that the Iozzo decision, from which this stay application is made, may well be superseded by a new decision by a member of the Immigration and Refugee Board before it can be judicially reviewed, assuming that leave for such review is granted.

[12] Approaches to overcoming the problem by way of expedited leave and consolidation were suggested in the applicant's materials, but no motion for such solutions was before me, and I am left to consider the stay application on the Iozzo decision bearing in mind that no leave for judicial review has yet been granted, no date has yet been set for judicial review, and the Iozzo decision itself may well be superseded if a further decision is made to either release the respondent or keep him in detention.

APPLICABLE LAW

[13] Counsel for both parties identified the *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.) derived tests of serious question, irreparable harm, and balance of convenience as issues in this application, but they were at odds on the extent to which the principles of *Toth*, *supra*, should be modified to deal with the facts of this motion.

a) La décision Tumir de libérer le défendeur à certaines conditions est maintenant rendue caduque par la décision d'Anthony Iozzo de libérer le défendeur à certaines conditions. L'autorisation de contrôle judiciaire de la décision Iozzo n'a pas encore été accordée et, bien sûr, aucune date n'a été fixée pour l'audience du contrôle lui-même; et

b) L'avocate du défendeur m'a informé dans sa plaidoirie que les arguments qu'elle a présentés au juge O'Keefe et la jurisprudence qu'elle a citée dans la demande visant la décision Tumir étaient sensiblement différents de ce qu'elle avance dans la présente demande, à tout le moins en ce qui concerne les critères juridiques applicables en matière d'octroi d'une ordonnance de suspension dans un cas comme celui-ci.

[11] L'examen des questions juridiques pertinentes et de la jurisprudence applicable se complique du fait que la décision Iozzo, visée par la présente demande de suspension, peut tout à fait être rendue caduque par une nouvelle décision d'un commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié avant qu'on ait pu procéder au contrôle judiciaire, à supposer que l'autorisation soit accordée.

[12] La documentation du demandeur fait état de certaines approches pour régler ce problème par une audition accélérée ou par une forme de consolidation, mais aucune requête à cet effet ne m'a été présentée. Je dois donc examiner la demande de suspension de la décision Iozzo tout en sachant qu'on n'a pas encore accordé l'autorisation de contrôle judiciaire, qu'aucune date n'a été fixée pour son audition, et que la décision Iozzo peut tout à fait être rendue caduque si une nouvelle décision est prise de libérer le défendeur ou de le maintenir en détention.

LE DROIT APPLICABLE

[13] Les avocats des deux parties ont tous les deux précisé que les critères de la question sérieuse, du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients, identifiés dans l'arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (C.A.F.), étaient en cause ici, mais ils ne s'entendaient pas sur les aménagements à apporter aux principes énoncés dans l'arrêt *Toth*, précité, au vu des faits en l'espèce.

[14] Counsel for the applicant asserted that the “serious issue” aspect of the *Toth, supra*, test on the present facts requires the applicant to show more than that an issue raised is not frivolous or vexatious, but that the applicant need not have to satisfy a balance of probabilities test. When pushed further on this, counsel for the applicant indicated that the “serious issue” aspect of *Toth, supra*, could be satisfied on this motion if the applicant could show a likelihood of being able to prove its arguments at the judicial review hearing.

[15] Counsel for the respondent argued that, because the issuance of a stay in the present motion would effectively determine the judicial review application itself, the threshold for finding a serious issue is much higher than in the usual case.

[16] The reason why, in this case, the issuance of a stay will effectively determine the review application is because detention orders have to be reviewed frequently and are of a recurring nature. Hence, if the applicant is granted a stay, the underlying judicial review application is likely to become moot before it can be heard. This means that the respondent will continue in detention without having the opportunity to benefit from a judicial review decision of the Iozzo decision.

[17] In support of the respondent’s position on this point, respondent’s counsel referred me to the often-quoted modification of the *American Cyanamid* [*American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.)] principle enunciated by Lord Diplock in *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.), at page 1307, as quoted by the Supreme Court of Canada *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pages 338-339.

[18] In addition, counsel for the respondent referred me to the words of Pelletier J. in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 682 (T.D.), at paragraph 11, where he considered the implications of *RJR—MacDonald Inc.*, *supra*, for questions not considered in that case and concluded that, in those situations where the interlocutory application

[14] L’avocat du demandeur a soutenu que le volet «question sérieuse» de l’arrêt *Toth*, précité, exige en l’espèce du demandeur qu’il démontre plus que le fait que la question soulevée n’est pas frivole ou vexatoire, mais qu’il n’est pas nécessaire qu’il établisse la prépondérance des probabilités. Interrogé plus longuement à ce sujet, l’avocat du demandeur a indiqué que le volet «question sérieuse» de l’arrêt *Toth*, précité, serait satisfait en l’espèce s’il pouvait démontrer qu’il était possible que ses arguments seraient retenus à l’audience de contrôle judiciaire.

[15] L’avocate du défendeur a soutenu qu’étant donné le fait que l’octroi d’une suspension en l’espèce aurait pour effet de trancher la question soumise au contrôle judiciaire lui-même, la barre est placée beaucoup plus haut que d’habitude lorsqu’il s’agit de conclure à l’existence d’une question sérieuse.

[16] La raison pour laquelle la délivrance d’une ordonnance de suspension en l’espèce viendrait en fait trancher la demande de contrôle tient au fait que les motifs de détention doivent être examinés fréquemment et de façon récurrente. Par conséquent, si le demandeur obtient la suspension qu’il réclame, la demande sous-jacente de contrôle judiciaire deviendra probablement théorique avant de pouvoir être entendue. Ceci veut dire que le défendeur sera maintenu en détention sans avoir eu l’occasion d’obtenir le contrôle judiciaire de la décision Iozzo.

[17] À l’appui de la position du défendeur à ce sujet, son avocate m’a renvoyé à la modification souvent citée du principe *American Cyanamid* [*American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.)], énoncé par lord Diplock dans l’arrêt *N.W.L. Ltd. v. Woods*, [1979] 1 W.L.R. 1294 (H.L.), à la page 1307, et cité par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, aux pages 338 et 339.

[18] De plus, l’avocate du défendeur m’a renvoyé à la déclaration du juge Pelletier, dans *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 3 C.F. 682 (1^{re} inst.), au paragraphe 11, où ce dernier a examiné l’impact de l’arrêt *RJR—MacDonald Inc.*, précité, sur des questions qui n’avaient pas été examinées dans cet arrêt, pour arriver à la conclusion que, dans

will effectively decide the underlying application:

It is not that the tri-partite test does not apply. It is that the test of serious issue becomes the likelihood of success on the underlying application since granting the relief sought in the interlocutory application will give the applicant the relief sought in the application for judicial review.

[19] Counsel for the respondent referred me to several cases where courts have gone so far as to deny interlocutory relief entirely in situations where the result will effectively determine the underlying application. In particular, she referred me to the decisions in *Saskatchewan First Nations and Indian Bands v. Canada (Attorney General)* (2002), 223 F.T.R. 64 (F.C.T.D.), at paragraphs 69-71 and *Attorney General of Canada v. Gould*, [1984] 1 F.C. 1133 (C.A.). Counsel for the respondent invited me to treat the present case as analogous and to hold a stay should not be available in the context of this motion.

[20] As an alternative to the draconian approach associated with the *Gould, supra*, case, counsel for the respondent referred me to various authorities where, because of the determinative nature of the interlocutory relief sought, the courts have required the applicant to demonstrate a “clear case” a “*prima facie* case” or a “high degree of assurance.” For instance, respondent’s counsel referred me to the recent decision of this Court in *North of Smokey Fishermen’s Assn. v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 33; [2003] F.C.J. No. 40 (T.D.) (QL) where, at paragraph 18, Layden-Stevenson J. asserted that “If the relief amounts to a final determination of the main proceeding, a higher standard applies and an applicant must make out a *prima facie* case.”

[21] On the facts of the present case, I agree with counsel for the respondent that the applicant must show more than that the issues raised are not frivolous or vexatious. However, I reject the *Gould, supra*, approach on these facts because, under our immigration system courts have clearly contemplated and allowed stay applications in appropriate cases. Because the relief sought by the applicant in this case might well amount to the final determination of the main proceeding, the

les situations où la demande interlocutoire va en fait trancher la demande sous-jacente:

Ce n’est pas que le critère en trois volets ne s’applique pas, c’est que le volet du critère qui porte sur la question sérieuse se transforme en critère de vraisemblance que la demande sous-jacente soit accueillie, étant donné que l’octroi de la réparation recherchée dans la demande interlocutoire accordera au demandeur la réparation qu’il sollicite dans le cadre du contrôle judiciaire.

[19] L’avocate du défendeur a cité plusieurs affaires où les tribunaux sont allés jusqu’à rejeter les demandes interlocutoires dans des situations où le résultat serait en fait de trancher la demande sous-jacente. Elle m’a notamment renvoyé aux décisions *Premières nations et bandes indiennes de la Saskatchewan c. Canada (Procureur général)* (2002), 223 F.T.R. 64 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 69 à 71, et *Procureur général du Canada c. Gould*, [1984] 1 C.F. 1133 (C.A.). L’avocate du défendeur m’a invité à considérer que la présente affaire était analogue et donc à conclure qu’une suspension d’instance ne pouvait être accordée en l’espèce.

[20] À titre d’alternative à l’approche draconienne de l’arrêt *Gould*, précité, l’avocate du défendeur m’a renvoyé à plusieurs décisions où les tribunaux ont exigé que le demandeur démontre l’existence d’un «cas clair», d’une «preuve *prima facie*» ou d’un «haut degré de certitude», au vu de la nature de la réparation interlocutoire demandée qui équivaut à trancher l’affaire. Par exemple, l’avocate du défendeur me renvoie à la décision récente de notre Cour *North of Smokey Fishermen’s Assn. c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 33; [2003] A.C.F. n° 40 (1^{re} inst.) (QL), où le juge Layden-Stevenson déclare, au paragraphe 18, que: «Si la réparation constitue un règlement définitif de l’instance principale, une norme plus rigoureuse s’applique et le demandeur doit présenter une preuve *prima facie*».

[21] Au vu des faits en l’espèce, je partage l’avis de l’avocate du défendeur que le demandeur est tenu de démontrer plus que le fait que la question soulevée n’est pas frivole ou vexatoire. Je rejette toutefois l’application de l’approche de l’arrêt *Gould*, précité, aux faits en l’espèce, étant donné que dans le cadre de notre régime d’immigration les tribunaux ont clairement envisagé l’utilisation d’ordonnances de suspension et les ont accordées lorsque approprié. Étant donné que la répara-

applicant must make out a *prima facie* case to satisfy the serious issue test.

[22] On the issues of irreparable harm and balance of convenience, the parties were not conceptually at odds although, of course, they disagreed on the application of both tests to the present facts.

APPLICATION TO FACTS OF THE PRESENT CASE

[23] As O’Keefe J. pointed out when he considered the stay application on the Tumir decision, all that is being decided on a motion such as this is whether or not a stay of the Iozzo decision should be granted. The full merits of a judicial review application of that decision are not before me.

[24] On the serious issue question, the applicant raised a range of issues:

(a) It was patently unreasonable for member Iozzo to find as he did when previous members have found the respondent to be a danger and have continued his detention. There was no new evidence with respect to the issue of danger before member Iozzo when he decided to release the respondent on terms and conditions. He reached a conclusion diametrically opposed to previous decisions, not only on the ultimate outcome, but also on the reliability and probative value of the evidence considered by various other members;

(b) Member Iozzo erred in finding that detention reviews are *de novo* hearings. The applicant’s position is that detention reviews are not hearings *de novo* but are simply reviews to see if anything has changed that would justify altering a previous decision;

(c) Member Iozzo erred in law in finding that previous criminal convictions in themselves cannot substantiate a finding that a person is a danger;

tion recherchée par le demandeur en l’espèce pourrait tout à fait constituer un règlement définitif de l’instance principale, ce dernier doit présenter une preuve *prima facie* pour satisfaire au critère de la question sérieuse.

[22] S’agissant des questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients, les parties ne divergeaient pas quant aux concepts, tout en n’étant pas d’accord sur l’application de ces deux volets du critère aux faits en l’espèce.

L’APPLICATION AUX FAITS EN L’ESPÈCE

[23] Comme le juge O’Keefe l’a fait remarquer dans son examen de la demande de suspension de la décision Tumir, la seule question à trancher dans une requête de cette nature est de savoir si la suspension de la décision Iozzo doit être accordée ou non. Le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire de cette décision n’est pas de mon ressort.

[24] S’agissant de l’existence d’une question sérieuse, le demandeur soulève plusieurs questions:

a) La conclusion du commissaire Iozzo est manifestement déraisonnable au vu du fait que des commissaires précédents ont conclu que le demandeur était un danger et l’ont maintenu en détention. Aucun nouvel élément de preuve n’a été soumis au commissaire Iozzo sur la question du danger lorsqu’il a décidé de la libération du défendeur à certaines conditions. Il est non seulement arrivé à une conclusion diamétralement opposée aux décisions précédentes quant à la solution ultime, mais aussi quant à la fiabilité et la valeur probante de la preuve examinée par divers autres commissaires;

b) Le commissaire Iozzo a commis une erreur en concluant que l’examen des motifs de détention est une audition *de novo*. Le demandeur soutient que l’examen des motifs de détention ne constitue pas une audition *de novo*, mais qu’il consiste simplement en un examen pour déterminer s’il y a eu des changements qui justifieraient la modification d’une décision déjà prise;

c) Le commissaire Iozzo a commis une erreur de droit en arrivant à la conclusion que des déclarations de culpabilité à des infractions criminelles antérieures ne justifient pas par elles-mêmes la conclusion qu’une personne est un danger;

(d) Member Iozzo erred in law by inappropriately importing legal principles from the criminal context into his decision. In particular, member Iozzo quotes criminal cases for the proposition that evidence cannot be considered credible or trustworthy unless it is cross-examined on, and he also says that “previous rulings by my colleagues concerning the credibility and trustworthy of these [KGB] statements are not binding on me as the informants were never produced as witnesses.” The respondent asserts that this contradicts established jurisprudence and the practice of all divisions of the Immigration and Refugee Board;

(e) Member Iozzo erred in law by not exercising his jurisdiction to determine whether, for the purposes of detention, the respondent was a member of a criminal organization as he is required to do under section 246 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations). Member Iozzo incorrectly deferred to the fact that criminal charges were not brought against the respondent for belonging to a criminal organization. Hence, the member failed to bring his own independent mind to bear on the evidence and the issue that he had to decide;

(f) Member Iozzo erred in law by conflating the issue of whether the respondent would likely appear for an immigration proceeding with the issue of whether he should be detained or released. He did not, as he is required to do by law, first determine whether the respondent would be likely to appear for an immigration proceeding. Rather, he allowed considerations in relation to the proposed bonds, people and terms and conditions to colour his decision in this regard, and this was an error of law;

(g) Member Iozzo failed to apply paragraph 47(2)(b) of the Regulations which requires that a person who posts a guarantee must “be able to ensure that the person or group of persons in respect of whom the guarantee is required will comply with the conditions imposed.” Member Iozzo did not seriously consider whether or not the proposed bonds or people were even capable of insuring

d) Le commissaire Iozzo a commis une erreur de droit en utilisant des principes juridiques tirés du contexte criminel et en les incorporant de façon inappropriée dans sa décision. Le commissaire Iozzo cite notamment des affaires criminelles pour appuyer son point de vue que les témoignages ne peuvent pas être acceptés comme crédibles ou fiables en l’absence d’un contre-interrogatoire. Il ajoute aussi que les conclusions antérieures de ses collègues au sujet de la crédibilité et de la fiabilité des déclarations du KGB ne le lient pas, parce que les informateurs n’ont pas été cités comme témoins. Le défendeur soutient que ceci contredit la jurisprudence, ainsi que la pratique de toutes les sections de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié;

e) Le commissaire Iozzo a commis une erreur de droit en n’exerçant pas sa compétence pour déterminer si, aux fins de la détention, le défendeur était membre d’une organisation criminelle, comme l’exige l’article 246 du *Règlement sur l’immigration et la protection de réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). C’est à tort que le commissaire Iozzo s’est fondé sur le fait que des accusations criminelles n’ont pas été portées contre le défendeur pour appartenance à une organisation criminelle. Par conséquent, le commissaire n’a pas exercé son propre jugement au vu de la preuve et face à la décision qu’il devait prendre;

f) Le commissaire Iozzo a commis une erreur de droit en amalgamant la question de savoir s’il était probable que le défendeur se présente lors des procédures d’immigration avec celle de savoir s’il devait être maintenu en détention ou libéré. Contrairement à ce qu’exige la loi, il n’a pas d’abord déterminé s’il était probable que le défendeur se présente lors des procédures d’immigration. Il a plutôt permis que des considérations liées aux personnes offrant des garanties, ainsi qu’aux conditions applicables, viennent influencer sa décision à ce sujet, ce qui est une erreur de droit;

g) Le commissaire Iozzo n’a pas appliqué l’alinéa 47(2)b) du Règlement, qui porte que la personne qui fournit la garantie d’exécution doit «être capable de faire en sorte que la personne ou le groupe de personnes visé par la garantie respecte les conditions imposées». Le commissaire Iozzo n’a pas examiné de façon sérieuse la question de savoir si les personnes fournissant la garantie

that the respondent would comply with the terms and conditions of release;

(h) Member Iozzo erred by deciding that he could not consider documented police occurrences of unproven charges that did not lead to a conviction. By finding that such evidence was inadmissible, Member Iozzo made an error of law.

[25] It is notable that, when he considered the stay application on the Tumir decision, O'Keefe J. was satisfied that the applicant had shown there were serious issues and, in particular, he specifically referred to the issues raised by the applicant on the use of previous convictions, the admissibility of evidence on unproven charges, and admissibility of evidence that has not been subject to cross-examination.

[26] The issue for me is whether the applicant has made out a *prima facie* case on any of the above issues. Because of the concerns raised by the respondent's counsel on the determinative nature of this kind of stay application, and the need to examine the issues raised by the applicant carefully, I permitted both counsel the scope to review with me any important evidentiary features and relevant legal authorities on the issues raised by the applicant. Both of them did so in thorough and spirited presentations.

[27] I do not consider that all of the issues raised by the applicant are equally meritorious. I do feel, however, that even on the basis of a *prima facie* test the issues singled out by O'Keefe J. in his consideration of the Tumir decision also satisfy the serious issue portion of the tri-partite test in this motion.

[28] On the issues of irreparable harm and balance of convenience, I see no reason to differ from the conclusions reached by O'Keefe J. when he dealt with the Tumir decision. Consequently, I find for the applicant on these issues.

[29] Leave for judicial review of the member's decision has not yet been granted and there is no telling

avaient la moindre capacité de s'assurer que le défendeur respecterait les conditions de sa libération;

h) Le commissaire Iozzo a commis une erreur en décidant qu'il ne pouvait tenir compte des dossiers de police liés à des accusations non prouvées qui n'avaient pas mené à une condamnation. En concluant qu'une telle preuve était inadmissible, le commissaire Iozzo a commis une erreur de droit.

[25] Il y a lieu de noter qu'en examinant la demande de suspension de la décision Tumir, le juge O'Keefe a déclaré être d'avis que le demandeur avait démontré l'existence de questions sérieuses. Il a notamment cité spécifiquement l'utilisation des condamnations antérieures, ainsi que l'admissibilité de la preuve portant sur des accusations non fondées et des témoignages qui n'avaient pas fait l'objet d'un contre-interrogatoire.

[26] Je dois décider si le demandeur a établi une preuve *prima facie* au sujet de l'une des questions que je viens de mentionner. Étant donné les préoccupations soulevées par l'avocate du défendeur au sujet de la nature de ce type de demande de suspension, qui équivaut à trancher le litige, ainsi qu'au sujet du besoin d'examiner sérieusement les questions soulevées par le demandeur, j'ai accordé aux avocats des deux parties la latitude requise pour revoir devant moi les aspects importants de la preuve et la jurisprudence pertinente aux questions soulevées par le demandeur. Les avocats l'ont fait dans des présentations dynamiques et fouillées.

[27] Je ne considère pas que toutes les questions soulevées par le demandeur soient également valables. Toutefois, je suis d'avis que même au vu du critère de la preuve *prima facie*, les questions soulevées par le juge O'Keefe dans son examen de la décision Tumir satisfont à la partie du critère à trois volets qui porte sur l'existence dans cette requête d'une question sérieuse.

[28] S'agissant des questions du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients, je ne vois pas en quoi j'arriverais à des conclusions différentes de celles du juge O'Keefe lorsqu'il a traité de la décision Tumir. Par conséquent, je conclus au profit du demandeur sur ces questions.

[29] L'autorisation de contrôle judiciaire du commissaire n'a pas encore été accordée et on ne peut savoir si

if the review itself will ever take place. Consequently, I will only grant the stay until a decision is made on the respondent's next statutory detention review unless, for some unforeseen reason, leave for judicial review is refused, or the judicial review itself is concluded, before that date, in which case the stay should only remain in place until the review application is disposed of.

[30] Although I have reached a decision in favour of the applicant by a strict application of the tri-partite test, I do so with some reluctance. Unless the parties cooperate to insure that the review issues are dealt with before they become moot and before a new detention decision is made by a member of the Immigration and Refugee Board, this kind of application, whether on the part of the applicant or the respondent, is likely to recur to the significant frustration of both parties.

ORDER

THE COURT HEREBY ORDERS THAT: the applicant's motion for a stay is granted and the order of Anthony Iozzo dated March 18, 2003, ordering the release of the respondent from detention is stayed until a decision is made in the respondent's next statutorily required detention review, leave for judicial review is denied, or judicial review of the decision is finally determined, whichever of the foregoing shall first occur.

le contrôle lui-même aura lieu. En conséquence, je n'accorde la suspension que jusqu'au moment où une décision sera prise lors du prochain examen des motifs de détention du défendeur, sauf si, pour un motif imprévu, l'autorisation de contrôle judiciaire était rejetée, ou si le contrôle judiciaire lui-même était réalisé avant cette date. Dans un tel cas, la suspension ne serait efficace que jusqu'au moment où la demande de contrôle est tranchée.

[30] Même si l'utilisation stricte du critère à trois volets m'amène à décider en faveur du demandeur, je le fais un peu à regret. À moins que les parties ne coopèrent pour s'assurer que les questions à examiner sont traitées avant qu'elles ne deviennent théoriques et avant qu'un nouvel examen des motifs de détention soit réalisé par un commissaire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, ce genre de demande, qu'elle provienne du demandeur ou du défendeur, se reproduira vraisemblablement et la situation ne peut mener qu'à de la frustration pour les deux parties.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE QUE: la requête en suspension présentée par le demandeur est accueillie et la décision d'Anthony Iozzo, datée du 18 mars 2003, ordonnant la libération du défendeur est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au prochain examen des motifs de détention prévu par la loi, ou jusqu'au rejet de la demande d'autorisation ou au règlement définitif du contrôle judiciaire, selon ce qui se produit en premier.

A-697-02
2003 FCA 180

A-697-02
2003 CAF 180

Biolyse Pharma Corporation (*Appellant*) (*Respondent*)

Biolyse Pharma Corporation (*appelante*) (*défendresse*)

v.

c.

Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (*Respondents*) (*Applicants*)

Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (*intimées*) (*demanderesse*s)

and

et

The Attorney General of Canada (*Respondent*) (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*) (*défendeur*)

INDEXED AS: BIOLYSE PHARMA CORP. v. BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BIOLYSE PHARMA CORP. c. BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Nadon and Evans J.J.A.—
Toronto, March 19; Ottawa, April 7, 2003.

Court d'appel, juges Strayer, Nadon et Evans, J.C.A.—
Toronto, 19 mars; Ottawa, 7 avril 2003.

Patents — Practice — Patented medicines — Appeal from decision of F.C.T.D. judge granting judicial review application, quashing notice of compliance (NOC) for generic's cancer drug for failure to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5 — Held generic had to serve notice of allegation with new drug submission (NDS) — Appellant's drug different from respondents' only as to botanical source (different yew tree species) — Appellant denied bioequivalence declaration so not listed in some provincial formularies as interchangeable with respondents' drug — Appeal dismissed — Case turning on interpretation of Regulations, s. 5(1.1) — Principles of statutory construction considered, applied — Whether s. 5(1.1) added in 1999 just to fill in gap identified in Merck & Co. v. Canada (Attorney General) — RIAS issued with 1999 amendments referred to — Respondents arguing generics trying to avoid s. 5 by submitting ANDSs disguised as NDSs, piggy-backing on efforts, clinical trials of innovator drug companies — Also arguing purpose of statutory scheme to give patentees more effective remedies against infringement — Court rejecting generic's interpretation, unwilling to engage in legislative redrafting — Generic's financial loss due to quashing of NOC inadequate reason to interfere with exercise of discretion by F.C.T.D. Judge.

Brevets — Pratique — Médicaments brevetés — Appel de la décision d'un juge de la Section de première instance d'accueillir la demande de contrôle judiciaire et d'annuler l'avis de conformité (AC) délivré pour un médicament générique contre le cancer en raison de l'inobservation de l'art. 5 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Le juge a statué que la société générique aurait dû signifier un avis d'allégation de pair avec sa présentation de drogue nouvelle (PDN) — Le médicament de l'appelante ne différerait du médicament des intimées qu'au regard de leur origine biologique (espèces différentes d'if) — L'appelante n'ayant pas obtenu de déclaration de bioéquivalence, son médicament ne figure pas comme équivalent du médicament des intimées sur certains formulaires provinciaux — Appel rejeté — Le règlement de la question en litige tient à l'interprétation de l'art. 5(1.1) du Règlement — Examen et application des principes d'interprétation législative — L'art. 5(1.1) ajouté en 1999 visait-il uniquement à combler la lacune signalée dans Merck & Co. c. Canada (Procureur général)? — Examen du REIR accompagnant les modifications de 1999 — Les intimées ont fait valoir que les sociétés génériques tentaient de contourner l'art. 5 en présentant des PADN déguisées en PDN, tirant profit des travaux, des essais cliniques de sociétés pharmaceutiques innovatrices — Elles ont également prétendu que l'objectif du cadre législatif était d'offrir aux titulaires de brevet des recours plus efficaces contre la contrefaçon — La Cour a rejeté l'interprétation préconisée par la société générique et refusé de reformuler la loi — La perte financière infligée à la société générique par l'annulation de l'AC ne justifiait pas la Cour de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de la Section de première instance.

Construction of Statutes — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1.1) — Whether requiring generic drug company to serve notice of allegation in circumstances of case — Whether s. 5(1.1) limited to cases where “second person” filed ANDS, applied for approval of drug by comparison to “first person’s” drug to establish bioequivalence — Depends on whether given ordinary meaning or statutory context, legislative history considered — Legislation to be accorded meaning providing best fit with text, context — Clearer “ordinary meaning”, more compelling must be context for different reading — Legislative purpose as evidenced by RIAS which indicated 1999 amendments to clarify law, not reflecting policy change — Argued that ordinary meaning of s. 5(1.1) consistent with statutory scheme’s purpose: better protect patentees from infringement — Court unwilling to adopt interpretation requiring addition of words to unambiguous provision, cross line between statutory interpretation, legislative redrafting — Regulations should be further amended if purpose of Governor in Council in 1999 amendments that suggested by Attorney General.

Federal Court Jurisdiction — Upon application for judicial review, F.C.T.D. Judge declaring appellant failed to comply with Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, setting aside NOC — Whether should have exercised discretion not to quash NOC — Appellate court not interfering with Judge’s exercise of discretion, absent misapprehension of facts, error in principle — While NOC could not be quashed under statutory regime, Court having jurisdiction under Federal Court Act, ss. 18, 18.1 to review administrative action taken, not taken, by Minister — Normally, Court not granting relief on judicial review where relief available under Regulations but here no opportunity for such relief — That respondents could sue for patent infringement not justification for refusal to quash NOC — Nor did appellant’s financial loss due to quashing NOC justify refusal.

This was an appeal from the decision of Blanchard J. granting respondents’ judicial review application, issuing a declaration that appellant had failed to comply with *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, section 5 and

Interprétation des lois — Art. 5(1.1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Dans les circonstances de l’espèce, la société générique était-elle tenue de signifier un avis d’allégation? — L’art. 5(1.1) s’applique-t-il seulement à la situation où la «deuxième personne» a déposé une PADN et demandé l’approbation de son médicament en le comparant à celui de la «première personne» pour en établir la bioéquivalence? — La réponse à ces questions diffère selon que l’on retient le sens ordinaire des mots ou que l’on tient compte du contexte ou de l’historique législatif — L’on doit retenir le sens qui est le plus compatible avec le texte ou le contexte de la disposition — Plus le «sens ordinaire» du texte est clair, plus les considérations d’ordre contextuel doivent être pressantes pour justifier une autre interprétation — Il ressort du REIR que les modifications de 1999 visaient à clarifier la loi et qu’elles ne reflétaient pas un changement de politique — L’on a soutenu que le sens ordinaire de l’art. 5(1.1) était compatible avec l’objectif du cadre législatif: mieux protéger les titulaires de brevet contre la contrefaçon — La Cour a refusé de retenir l’interprétation exigeant l’ajout de mots à une disposition non ambiguë, de franchir la frontière entre l’interprétation législative et la reformulation législative — Si l’objectif du gouverneur en conseil, en modifiant le Règlement en 1999, était celui qu’avance le procureur général, le Règlement doit à nouveau être modifié.

Compétence de la Cour fédérale — Saisi d’une demande de contrôle judiciaire, un juge de la Section de première instance a rendu un jugement déclaratoire selon lequel l’appelante n’avait pas observé le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), et a annulé l’AC — Aurait-il dû exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas annuler l’AC? — Sauf erreur de principe ou mauvaise appréciation des faits, une cour d’appel doit s’abstenir de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge — Même si un AC ne peut être annulé en application du régime réglementaire, les art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale confèrent à la Cour le pouvoir de contrôler la mesure administrative que prend ou que s’abstient de prendre le ministre — Habituellement, dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire, la Cour n’accorde pas la réparation que le demandeur aurait pu obtenir en vertu du Règlement, mais en l’espèce, le demandeur n’avait pas la possibilité d’invoquer la disposition pertinente du Règlement — Le droit des intimées d’intenter une action en contrefaçon de brevet ne justifiait pas la Cour de refuser d’annuler l’AC — La perte financière infligée à l’appelante par l’annulation de l’AC ne justifiait pas non plus le refus.

La Cour a été saisie d’un appel de la décision du juge Blanchard d’accueillir la demande de contrôle judiciaire des intimées, de rendre un jugement déclaratoire selon lequel l’appelante n’avait pas observé l’article 5 du *Règlement sur les*

setting aside a notice of compliance (NOC) for the drug Paclitaxel. The Judge held that appellant had to have served a notice of allegation (NOA) upon making its new drug submission (NDS) in respect of Paclitaxel for injection. At issue upon this appeal was whether under Regulations, subsection 5(1.1), added in 1999, appellant was required to serve a NOA. If so, the Minister issued the NOC contrary to Regulations, paragraph 7(1)(b) and the Court could set the NOC aside upon application for judicial review. Although named as a respondent, the Attorney General supported the position adopted by appellant.

Respondents hold Canadian patents and NOCs for Taxol. Appellant's drug Paclitaxel differs in one respect: appellant's uses leaves and twigs from one species of yew, respondents' drug contains the bark of a different species of that evergreen tree or shrub. Due to the different botanical sources, Health Canada required that appellant seek regulatory approval by way of a NDS under the *Food and Drug Regulations* rather than by abbreviated new drug submission (ANDS). Under the ANDS procedure, appellant could have proven the safety and efficacy of its product just by demonstrating it to be a bioequivalent based on pharmaceutical characteristics. Appellant not having been granted a declaration of bioequivalence, its drug will not be listed in certain provincial formularies as interchangeable with Taxol. It appears that the paclitaxel in both products is of almost identical purity and that the result of clinical trials were the same. Other than the botanical source, the drugs are identical. Both are approved for the treatment of the same types of cancer and their formulation is identical.

Held, the appeal should be dismissed.

The question was whether subsection 5(1.1) is limited to situations where a second person has filed an ANDS and applied for approval of its drug by comparing it to the first person's drug to establish bioequivalence based on pharmaceutical characteristics. The subsection would not be so limited if the words are given their ordinary meaning and statutory context and legislative history disregarded. Under current principles of statutory construction, legislation must be given a meaning providing the best fit with both the text and the context of the provision. The clearer the "ordinary meaning", the more compelling must be the contextual considerations to warrant a different reading.

médicaments brevetés (avis de conformité) et d'annuler l'avis de conformité (AC) relatif au médicament Paclitaxel. Le juge a statué que l'appelante aurait dû signifier un avis d'allégation (AA) lorsqu'elle a déposé sa présentation de drogue nouvelle (PDN) relativement au Paclitaxel pour perfusion. La question à trancher en appel était de savoir si le paragraphe 5(1.1) du Règlement, ajouté en 1999, contraignait l'appelante à signifier un AA? Dans l'affirmative, en délivrant l'AC, le ministre avait contrevenu à l'alinéa 7(1)b) et la Cour pouvait annuler l'AC dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire. Le procureur général a été constitué partie intimée, mais il appuyait la thèse de l'appelante.

Les intimées sont titulaires de brevets canadiens et d'AC pour le Taxol. Le médicament de l'appelante, le Paclitaxel, diffère sur un point: l'appelante utilise les brindilles et les aiguilles d'une espèce d'if, et les intimées, l'écorce d'une autre espèce d'if. Étant donné ces origines biologiques différentes, Santé Canada a exigé de l'appelante qu'elle demande l'approbation de son médicament en déposant une PDN conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*, plutôt qu'une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN). Suivant la procédure afférente à la PADN, l'appelante aurait pu établir l'innocuité et l'efficacité de son produit en établissant simplement sa bioéquivalence au regard des caractéristiques pharmaceutiques. L'appelante n'a pas obtenu de déclaration de bioéquivalence, de sorte que son médicament ne figure pas comme équivalent du Taxol sur certains formulaires provinciaux. Il appert que le degré de pureté du Paclitaxel contenu dans les deux produits est presque identique et que les résultats des essais cliniques sont les mêmes. Les médicaments sont identiques, sauf en ce qui concerne l'origine biologique. Les deux sont approuvés pour le traitement des mêmes formes de cancer; leur formulation est la même.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

La question était de savoir si le paragraphe 5(1.1) s'appliquait seulement à la situation où la deuxième personne a déposé une PADN et demandé l'approbation de son médicament en le comparant à celui de la première personne pour en établir la bioéquivalence sur le fondement des caractéristiques pharmaceutiques. La portée de la disposition n'est pas ainsi limitée si l'on se fie au sens ordinaire des mots employés sans tenir compte du contexte et de l'historique législatifs. Suivant les principes d'interprétation législative actuels, l'on doit retenir le sens qui est le plus compatible avec le texte et le contexte de la disposition. Plus le «sens ordinaire» du texte est clair, plus les considérations d'ordre contextuel doivent être pressantes pour justifier une autre interprétation.

The facts of this case satisfied each element of subsection 5(1.1) if the words are accorded their ordinary meaning and, in the result, the Minister could not issue a NOC until appellant made an allegation pursuant to paragraph 5(1.1)(b).

Appellant and the Attorney General argued, however, that the provision should be interpreted contextually so as to give effect to the legislative purpose as evidenced by the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS). It was suggested that subsection 5(1.1) was added in 1999 to fill in the gap identified in *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)*, in which it was argued that, as it stood, subsection 5(1) did not apply where a third person compared the bioequivalence of its generic drug to a second person's generic drug, even though that second person had sought a NOC by comparing the bioequivalence of its drug to that of the first person. Had that argument been accepted, the third person would not have had to file a NOA and could have qualified for a NOC just by satisfying the Minister that its drug was bioequivalent to the second person's. That interpretation was rejected by the Trial Division which held that an indirect comparison with a first person's drug was sufficient to trigger the requirement to file a NOA. The RIAS issued with the 1999 amendments indicated that the amendments did not reflect any policy change and were intended only to "clarify the law". It also stated that "comparable" was intended to operate as it does within the context of the drug approval process. It was further urged that, if respondents' interpretation were accepted, subsection 5(1) would be redundant. Respondents' counsel argued that the "Merck problem" was not confined to the facts of that case. The wider problem was that the generics were trying to avoid triggering section 5 by submitting ANDSs disguised as NDSs in that they relied heavily upon data generated in connection with an already approved drug and without making a comparison to demonstrate bioequivalence. Indeed, it was said that this was exactly what appellant was attempting to get away with here: to "piggy-back" on the respondents' efforts with respect to clinical trials to prove the drug's safety and efficacy. Doing so saved appellant considerable time and expense and enabled it to file a short NDS. Respondents further submitted that the ordinary meaning of subsection 5(1.1) was consistent with a purpose of the statutory scheme: to provide patent holders with more effective remedies against infringement. Respondents noted that the interpretation advocated by appellant would require not only the addition of words but would also require that the words "filed a submission" be interpreted as meaning "filed an abbreviated new drug submission".

Les faits de l'espèce satisfaisaient à chacun des éléments du paragraphe 5(1.1) si l'on tient compte du sens ordinaire des mots, de sorte que le ministre ne pouvait délivrer un AC avant que l'appelante n'ait fait une allégation conformément à l'alinéa 5(1.1)b).

L'appelante et le procureur général ont prétendu, cependant, que la disposition devait être interprétée de manière contextuelle, c'est-à-dire en donnant effet à l'objectif législatif qui ressortait du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR). L'on a laissé entendre que le paragraphe 5(1.1) avait été ajouté en 1999 pour combler la lacune signalée dans *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, où il avait été soutenu que la version du paragraphe 5(1) alors en vigueur ne s'appliquait pas lorsqu'une troisième personne comparait la bioéquivalence de son médicament générique à celle du médicament générique d'une deuxième personne, même si la deuxième personne avait demandé un AC en comparant la bioéquivalence de son médicament à celle du médicament de la première personne. S'il avait été fait droit à cet argument, la troisième personne n'aurait pas eu à déposer un AA et aurait pu obtenir un AC en convainquant le ministre que son médicament était bioéquivalent à celui de la deuxième personne. La Section de première instance a rejeté cette interprétation et a conclu qu'une comparaison indirecte avec le médicament de la première personne était suffisante pour donner effet à l'obligation de déposer un AA. Le REIR accompagnant les modifications de 1999 indiquait que les modifications ne reflétaient pas une modification de la politique, mais visaient seulement à «clarifier la loi». Il précisait également que le mot «comparables» devait être interprété comme dans le contexte du processus d'approbation des médicaments. L'on a par ailleurs fait valoir que si l'interprétation des intimées était juste, le paragraphe 5(1) était redondant. Les avocats des intimées ont laissé entendre que la difficulté relevée dans *Merck* n'était pas propre aux faits de cette affaire. La situation relevait d'un problème plus vaste, savoir que les sociétés génériques tentaient de contourner l'article 5 en présentant des PADN déguisées en PDN en ce qu'elles s'en remettaient largement à des données produites en liaison avec un médicament approuvé, mais sans faire de comparaison pour en établir la bioéquivalence. Il a été avancé, en fait, que c'était précisément ce que l'appelante avait tenté de faire en l'espèce: tirer profit des travaux des intimées en matière d'essais cliniques afin d'établir l'innocuité et l'efficacité du médicament. L'appelante a ainsi économisé beaucoup de temps et d'argent et a été en mesure de déposer une PDN abrégée. Les intimées ont en outre prétendu que le sens ordinaire du paragraphe 5(1.1) était compatible avec un objectif du cadre législatif: offrir aux titulaires de brevet des recours plus efficaces pour empêcher la contrefaçon. Les intimées ont signalé que l'interprétation privilégiée par l'appelante exigeait non seulement l'ajout de mots, mais

The Court was not persuaded that subsection 5(1.1) could be interpreted as proposed by appellant. To do so would require the addition of words to a provision which, even when considered within the context of the statutory scheme, was neither ambiguous nor incoherent. Furthermore, it would necessitate a strained interpretation of "comparable" and that "submission" be accorded a narrower meaning than it has been held to have in the pre-1999 version of subsection 5(1). Nor was this Court convinced that the purpose of the 1999 amendments was as narrow as that suggested by the Attorney General and appellant. The Court was not prepared to cross the line dividing judicial interpretation from legislative redrafting. If indeed the purpose of the Governor in Council in amending the Regulations in 1999 was that advanced by the Attorney General, the Regulations should be further amended to make that clear.

Appellant submits that, in any event, the Trial Division Judge should have exercised his discretion not to quash the NOC. But an appellate court should not interfere with a Judge's exercise of discretion absent misapprehension of the facts or an error in principle. The reasons advanced by appellant were inadequate to justify a refusal to set aside the NOC. While a NOC cannot be quashed under the statutory regime, the Court has jurisdiction under *Federal Court Act*, sections 18 and 18.1 for the judicial review of an administrative action taken, or not taken, by the Minister under the Regulations. Even so, the Court will normally not grant relief upon judicial review if applicant could have sought prohibition under the Regulations. But where, as here, applicant lacked an opportunity of proceeding under section 6, the Court is not constrained by the existence of the regulatory regime. Nor did the fact that respondents could sue for patent infringement justify a refusal to quash the NOC. The Regulations are aimed at furnishing patentees with more effective protection than that provided by private litigation. Appellant's financial loss due to its NOC being quashed was insufficient ground upon which to engage the Court's discretion.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).

également que l'expression «a déposé une demande» s'entende de «a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle».

La Cour n'était pas convaincue que le paragraphe 5(1.1) pouvait être interprété comme le préconisait l'appelante. Donner effet à cette interprétation exigeait l'ajout de mots à une disposition qui, même considérée dans le contexte législatif, n'était ni ambiguë ni incohérente. En outre, cela aurait exigé une interprétation très forcée du terme «comparables» et l'attribution au mot «demande» d'un sens plus étroit que celui reconnu avant les modifications de 1999. La Cour n'était pas non plus convaincue que l'objectif des modifications de 1999 était aussi restreint que le prétendaient le procureur général et l'appelante. La Cour n'était pas disposée à franchir la frontière entre l'interprétation judiciaire et la reformulation législative. Si, de fait, l'objectif du gouverneur en conseil, en modifiant le Règlement en 1999, était celui avancé par le procureur général, il fallait modifier à nouveau le Règlement de façon que ce soit clair.

L'appelante prétend que, de toute manière, le juge de la Section de première instance aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas annuler l'AC. Or, sauf erreur de principe ou mauvaise appréciation des faits, une cour d'appel doit s'abstenir de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. Les motifs invoqués par l'appelante étaient insuffisants pour justifier le refus d'annuler l'AC. Même si un AC ne peut être annulé en application du régime réglementaire, les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* confèrent à la Cour le pouvoir de contrôler la mesure administrative que prend ou que s'abstient de prendre le ministre en application du Règlement. Néanmoins, la Cour n'accorde habituellement pas de réparation dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire lorsque le demandeur aurait pu demander une ordonnance d'interdiction en vertu du Règlement. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, le demandeur n'avait pas la possibilité d'invoquer l'article 6, l'exercice du pouvoir de la Cour n'est pas entravé par l'existence du régime réglementaire. Le droit des intimées d'intenter une action en contrefaçon de brevet ne justifiait pas non plus le refus d'annuler l'AC. Le Règlement vise à protéger davantage des titulaires de brevet que ne le fait le droit privé en général. La perte financière infligée à l'appelante par l'annulation de l'AC ne justifiait pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*,

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002(2) (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4), C.08.002.1(1) (as enacted by SOR/95-411, s. 5), (2) (as enacted *idem*).

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2), 6 (as am. by SOR/99-379, s. 3), 7 (as am. by SOR/98-166, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck & Co. v. Canada (Attorney General) (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Merck & Co. v. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.*; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371 (F.C.A.); *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29; 292 N.R. 147 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from the decision of a Trial Division Judge (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 345; 224 F.T.R. 236 (F.C.T.D.)) granting an application for judicial review and setting aside a notice of compliance in respect of a drug which had been issued by the Minister of Health. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Douglas N. Deeth and *Gordon S. Jepson* for appellant (respondent).
Anthony George Creber and *Patrick S. Smith* for respondents (applicants).
Frederick B. Woyiwada for respondent (respondent).

SOLICITORS OF RECORD:

Deeth Williams Walls LLP, Toronto, for applicant (respondent).

art. 5).

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002(2) (mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4), C.08.002.1(1) (édicte par DORS/95-411, art. 5), (2) (édicte, *idem*).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2), 6 (mod. par DORS/99-379, art. 3), 7 (mod. par DORS/98-166, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Merck & Co. c. Canada (Procureur général) (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.); *Merck & Co. c. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138; 254 N.R. 68 (C.A.F.); *Pfizer Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.*; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371 (C.A.F.); *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29; 292 N.R. 147 (C.A.F.).

DOCTRINE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEL de la décision du juge de la Section de première instance (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 345; 224 F.T.R. 236 (C.F. 1^{re} inst.)) accueillant la demande de contrôle judiciaire et annulant l'avis de conformité que le ministre de la Santé avait délivré relativement à un médicament. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Douglas N. Deeth et *Gordon S. Jepson* pour l'appelante (défenderesse).
Anthony George Creber et *Patrick S. Smith* pour les intimées (demanderesses).
Frederick B. Woyiwada pour l'intimé (défendeur).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Deeth Williams Walls, s.r.l., Toronto, pour l'appelante (défenderesse).

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents (applicants).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] This an appeal from a decision of Blanchard J. in which he granted an application for judicial review by Bristol-Myers Squibb Company and Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (BMS), issued a declaration that Biolyse had not complied with section 5 [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations), and set aside a notice of compliance (NOC) issued by the Minister of Health to Biolyse Pharma Corporation (Biolyse) in respect of its drug, “Paclitaxel for injection (6mg/ml)”. Blanchard J. held that Biolyse was required to serve a notice of allegation (NOA) when it made its new drug submission (NDS) in respect of Paclitaxel for injection. Since it failed to do so the Minister erred in law in issuing a NOC to Biolyse for Paclitaxel for injection.

[2] Biolyse appeals from the decision of the Applications Judge, which is reported as *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 345 (F.C.T.D.). The principal question to be decided in this appeal is whether subsection 5(1.1) of the Regulations, which was added in 1999 by SOR/99-379, applies to Biolyse’s NDS for Paclitaxel by injection so as to require Biolyse to serve a NOA. If it does, the Minister issued the NOC in breach of paragraph 7(1)(b) [as am. by SOR/98-166, s. 3] of the Regulations since Biolyse served no NOA and the Court may set aside the NOC on an application for judicial review brought under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The Attorney General is named as a respondent but supports the position taken by Biolyse on the interpretation of subsection 5(1.1).

[3] Counsel for Biolyse also argues in the alternative that, if he loses on the substantive issue, the Court ought

Gowling Lafleur Henderson, s.r.l., Ottawa, pour les intimées (demanderesses).
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé (défendeur).

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d’un appel de la décision du juge Blanchard d’accueillir la demande de contrôle judiciaire présentée par Bristol-Myers Squibb Company et Bristol-Myers Squibb Canada Inc. (BMS), de rendre un jugement déclaratoire selon lequel Biolyse n’a pas observé l’article 5 [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement) et d’annuler l’avis de conformité (AC) que le ministre de la Santé a délivré à Biolyse Pharma Corporation (Biolyse) pour son produit appelé «Paclitaxel pour perfusion, 6 mg/ml». Le juge Blanchard a statué que Biolyse aurait dû signifier un avis d’allégation (AA) lorsqu’elle a déposé sa présentation de drogue nouvelle (PDN) relativement au Paclitaxel pour perfusion. Comme elle ne l’a pas fait, le ministre a eu tort de lui délivrer un AC.

[2] Biolyse interjette appel de la décision du juge ayant entendu la demande *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 345 (C.F. 1^{re} inst.). La principale question à trancher en l’espèce est de savoir si le paragraphe 5(1.1) du Règlement, ajouté en 1999 par DORS/99-379, s’applique à la PDN relative au Paclitaxel pour perfusion et contraint Biolyse à signifier un AA. Dans l’affirmative, en délivrant l’AC, le ministre a contrevenu à l’alinéa 7(1)(b) [mod. par DORS/98-166, art. 3] du Règlement, puisque Biolyse n’a pas signifié d’AA, et la Cour peut annuler l’AC dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire engagée sur le fondement de l’article 18.1 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Le procureur général est constitué partie intimée, mais il appuie la thèse de Biolyse quant à l’interprétation du paragraphe 5(1.1).

[3] L’avocat de Biolyse fait valoir à titre subsidiaire que s’il est débouté sur le fond, la Cour devrait exercer

not to quash the NOC in the exercise of its remedial discretion. Counsel for the Attorney General takes no position on this issue.

B. FACTUAL BACKGROUND

[4] BMS holds two Canadian patents (2086874 and 2132936) in respect of its drug Taxol which do not expire until 2013 and 2014 respectively. These patents are included on the patent list that has been submitted with respect to Taxol. NOCs were also issued to BMS in respect of Taxol, which has subsequently been marketed in Canada.

[5] Biolyse's Paclitaxel for injection differs from BMS's Taxol in one respect. Although both drugs contain paclitaxel as their active ingredient, the paclitaxel in Biolyse's drug comes from the leaves and twigs of one species of yew, while that in BMS's drug is obtained from the bark of another species of yew.

[6] Because of the different botanical sources of the paclitaxel, Biolyse was required by the Therapeutic Products Directorate of Health Canada to seek regulatory approval for Paclitaxel for injection by making a new drug submission (NDS) pursuant to the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, subsection C.08.002(2) [as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4], rather than by an abbreviated new drug submission (ANDS) pursuant to subsection C.08.002.1(2) [as enacted by SOR/95-411, s. 5].

[7] If Biolyse had made an ANDS it could have proved the safety and efficacy of Paclitaxel for injection by comparing it to Taxol in order to demonstrate that they are bioequivalent on the basis of their pharmaceutical characteristics. Since Biolyse could not seek approval for its drug on the basis of an ANDS, it was not granted a declaration of bioequivalence when the NOC was issued in respect of Paclitaxel for injection, with the result that it will not be listed in some provincial formularies as interchangeable with Taxol.

[8] The NDS for Paclitaxel for injection contains many references to and comparisons with Taxol, but not for the purpose of establishing bioequivalence on the

son pouvoir discrétionnaire de réparation et ne pas annuler l'AC. L'avocat du procureur général s'abstient de prendre position sur ce point.

B. LES FAITS

[4] BMS est titulaire, relativement à son médicament Taxol, de deux brevets (2086874 et 2132936) qui n'expirent respectivement qu'en 2013 et 2014. Ces brevets figurent dans la liste présentée en liaison avec le Taxol. Des AC ont également été délivrés à BMS pour le Taxol, lequel a subséquemment été commercialisé au Canada.

[5] Le Paclitaxel pour perfusion de Biolyse diffère du Taxol de BMS sur un point. Bien que le paclitaxel soit l'ingrédient actif des deux médicaments, celui contenu dans le médicament de Biolyse provient des brindilles et des aiguilles d'une espèce d'if, et celui que renferme le médicament de BMS provient de l'écorce d'une autre espèce d'if.

[6] L'origine biologique du paclitaxel contenu dans le médicament de Biolyse étant différente, la Direction des produits thérapeutiques de Santé Canada a exigé de Biolyse qu'elle demande l'approbation du Paclitaxel pour perfusion en déposant une présentation de drogue nouvelle (PDN) conformément au paragraphe C.08.002(2) [mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4] du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, plutôt qu'une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) suivant le paragraphe C.08.002.1(2) [édicte par DORS/95-411, art. 5].

[7] Si Biolyse avait déposé une PADN, elle aurait pu établir l'innocuité et l'efficacité du Paclitaxel pour perfusion en le comparant au Taxol afin de démontrer qu'ils étaient bioéquivalents au regard de leurs caractéristiques pharmaceutiques. Comme Biolyse ne pouvait demander l'approbation de son médicament au moyen d'une PADN, elle n'a pas obtenu de déclaration de bioéquivalence lorsque l'AC a été délivré relativement au Paclitaxel pour perfusion, de sorte que ce dernier ne figurera pas comme équivalent du Taxol sur certains formulaires provinciaux.

[8] La PDN du Paclitaxel pour perfusion renferme de nombreux renvois au Taxol, de même que des comparaisons avec celui-ci, mais pas aux fins d'établir la

basis of their pharmaceutical characteristics. For example, the quality of Paclitaxel for injection was compared with that of Taxol and the level of purity of the paclitaxel in the two products was almost identical. In addition, the results of the relatively small number of clinical trials of Paclitaxel for injection were compared with those from the more extensive clinical trials of Taxol, which are in the public domain. The results were the same. As a result of using data about Taxol, Biolyse was able to file a much shorter NDS for Paclitaxel for injection than most such submissions: 17 volumes as compared to the 300 or more that are commonly filed as a NDS.

[9] Paclitaxel for injection and Taxol are identical in all material respects other than the botanical source of their active ingredient, paclitaxel. Thus, for example, the paclitaxel in both drugs is identical; both drugs are approved for the treatment of the same cancers; they are administered in comparable strengths and dosage and by the same route; and their formulation is identical.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[10] The following provisions of section 5 of the Regulations are relevant to the determination of the question before us.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133

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

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

bioéquivalence sur le fondement des caractéristiques pharmaceutiques. Par exemple, la qualité du Paclitaxel pour perfusion est comparée à celle du Taxol, et le degré de pureté du paclitaxel contenu dans les deux produits est presque identique. En outre, les résultats d'un nombre relativement infime d'essais cliniques du Paclitaxel pour perfusion sont comparés à ceux des essais cliniques plus étendus menés relativement au Taxol, qui font partie du domaine public. Les résultats sont les mêmes. Grâce à l'utilisation des données sur le Taxol, Biolyse a pu déposer, relativement au Paclitaxel pour perfusion, une PDN beaucoup plus courte que la PDN type: 17 volumes au lieu des 300 ou plus qui constituent habituellement la PDN.

[9] Le Paclitaxel pour perfusion et le Taxol sont identiques sous tous les rapports importants, sauf l'origine biologique de leur ingrédient actif, le paclitaxel. Ainsi, par exemple, le paclitaxel employé dans les deux médicaments est identique; les deux médicaments sont approuvés pour le traitement des mêmes formes de cancer; ils sont administrés selon des concentrations et une posologie comparables et par la même voie; leur formulation est la même.

C. CADRE LÉGISLATIF

[10] Les dispositions suivantes de l'article 5 du Règlement sont pertinentes aux fins du règlement de la question en litige.

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133

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

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or
- (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

- (i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
- (ii) the patent has expired,
- (iii) the patent is not valid, or
- (iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

(1.2) Where a person referred to in subsection (1.1) has served, in accordance with paragraph (3)(b) or (c), a notice of allegation on a first person in respect of a patent included on the register, the person is not required to serve a notice of allegation in respect of the same submission, the same allegation and the same patent on another first person.

...

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

...

- (b) the day on which the second person complies with section 5,

- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d'administration et une forme posologique et une concentration comparables:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

- (i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fausse,
- (ii) le brevet est expiré,
- (iii) le brevet n'est pas valide,
- (iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

(1.2) Si une personne visée au paragraphe (1.1) a signifié, conformément aux alinéas (3)b) ou c), un avis d'allégation à une première personne à l'égard d'un brevet inscrit au registre, elle n'est tenue de signifier un avis d'allégation à l'égard de la même demande, de la même allégation et du même brevet à aucune autre première personne.

[...]

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes:

[...]

- b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

D. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1 Does subsection 5(1.1) apply to the NDS submitted by Biolyse?

[11] The principal issue in dispute is whether subsection 5(1.1) applies to the facts of this case. In particular, the dispute is whether the subsection is limited to situations where a second person has filed an ANDS and applied for approval of its drug by comparing it to a first person's drug in order to establish bioequivalence on the basis of pharmaceutical characteristics. If the words in subsection 5(1.1) are given their ordinary meaning, without any consideration of statutory context or legislative history, it is conceded that the subsection is not so limited and that it applies to Biolyse's NDS in respect of Paclitaxel for injection.

[12] The starting point for statutory interpretation in Canada is the following familiar extract from Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[13] This holistic approach to the interpretation of legislation, including, as here, subordinate legislation, requires a court to attribute the meaning that provides the best fit with both the text and the context of the provision in question. Neither can be ignored, although the clearer the "ordinary meaning" of the text, the more compelling the contextual considerations must be in order to warrant a different reading of it, especially when that involves adding words to those used by the legislator.

The text of subsection 5(1.1)

[14] It will be convenient if I reproduce again the text of this subsection.

5. . . .

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Première question Le paragraphe 5(1.1) s'applique-t-il à la PDN de Biolyse?

[11] La principale question en litige est de savoir si le paragraphe 5(1.1) s'applique aux faits de l'espèce. Plus particulièrement, la disposition ne s'applique-t-elle qu'à la situation où la deuxième personne a déposé une PADN et demandé l'approbation de son médicament en le comparant à celui de la première personne pour en établir la bioéquivalence sur le fondement des caractéristiques pharmaceutiques? Si l'on interprète le paragraphe 5(1.1) suivant le sens ordinaire des mots qui y sont employés, sans tenir compte du contexte ou de l'historique législatif, il appert que sa portée n'est pas ainsi limitée et qu'il s'applique à la PDN de Biolyse relative au Paclitaxel pour perfusion.

[12] Au Canada, le point de départ pour l'interprétation d'une disposition législative est l'extrait suivant de l'ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto: Butterworths, 1983), que l'on cite couramment (à la page 87):

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[13] Cette conception globale de l'interprétation d'une loi ou, comme en l'espèce, d'un règlement, exige d'une cour de justice qu'elle retienne le sens qui est le plus compatible avec le texte et le contexte de la disposition en cause. L'on ne peut faire abstraction ni de l'un ni de l'autre. Cependant, plus le «sens ordinaire» du texte est clair, plus les considérations d'ordre contextuel doivent être pressantes pour justifier une autre interprétation, spécialement lorsqu'il s'agit d'ajouter des mots à ceux utilisés par le législateur.

Le libellé du paragraphe 5(1.1)

[14] Voici à nouveau le texte de ce paragraphe.

5. [. . .]

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s'applique pas, la personne qui dépose ou a

a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form, [Emphasis added.]

[15] The facts of this case satisfy each of the elements of the subsection, if its words are given their ordinary meaning without consideration of legislative purpose and the context of the statutory scheme. First, Blanchard J. found that subsection 5(1) does not apply and this finding has not been challenged. Second, Biolyse “has filed a submission for a notice of compliance”. “Submission” means a NDS, ANDS, or a supplement to either: *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21 (F.C.T.D.), at paragraph 59 (*Merck*). Here, Biolyse filed a NDS in respect of Paclitaxel for injection. Third, Biolyse “filed [a NDS] in respect of a drug that contains a medicine found in another drug”. The medicine paclitaxel is found in Paclitaxel for injection and in Taxol. Fourth, that other drug, Taxol, “has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted”. Fifth, Biolyse’s Paclitaxel for injection “has the same route of administration and a comparable strength and dosage form” as Taxol.

[16] Hence, in the circumstances of this case, if subsection 5(1.1) is to be interpreted by giving its language its ordinary, grammatical meaning, Biolyse had to make an allegation in its submission pursuant to paragraph 5(1.1)(b) and, until Biolyse complied, the Minister was prohibited by paragraph 7(1)(b) from issuing a NOC in respect of Paclitaxel for injection.

The context of subsection 5(1.1)

[17] The appellant and the Attorney General stress that the provision must be interpreted contextually: it should be interpreted in a manner that gives effect to the legislative purpose for which it was enacted, as

déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables: [Soulignement ajouté.]

[15] Les faits de la présente affaire satisfont à chacun des éléments du paragraphe, si l’on tient compte du sens ordinaire des mots, mais non de l’objectif du législateur et du cadre législatif. Premièrement, le juge Blanchard a conclu que le paragraphe 5(1) ne s’applique pas, et sa conclusion n’a pas été contestée. Deuxièmement, Biolyse «a déposé une demande d’avis de conformité», et «demande» s’entend d’une PDN, d’une PADN ou d’un supplément à l’une d’elles: *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)* (1999), 176 F.T.R. 21 (C.F. 1^{re} inst.) au paragraphe 59 (*Merck*). Dans la présente affaire, Biolyse a déposé une PDN relativement au Paclitaxel pour perfusion. Troisièmement, Biolyse «a déposé [une PDN] pour une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans une autre drogue». Le médicament paclitaxel est présent dans le Paclitaxel pour perfusion et dans le Taxol. Quatrièmement, cette autre drogue, le Taxol, «a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise». Cinquièmement, le Paclitaxel pour perfusion de Biolyse «présente la même voie d’administration [que le Taxol] et une forme posologique et une concentration comparables».

[16] Par conséquent, vu les circonstances de l’espèce, si l’on interprète le paragraphe 5(1.1) suivant son sens ordinaire et grammatical, Biolyse devait, dans sa demande, faire une allégation conformément à l’alinéa 5(1.1)b) et, tant qu’elle ne s’était pas acquittée de cette obligation, l’alinéa 7(1)b) interdisait au ministre de délivrer un AC à l’égard du Paclitaxel pour perfusion.

Le contexte du paragraphe 5(1.1)

[17] L’appelante et le procureur général prétendent que la disposition doit être interprétée de manière contextuelle, c’est-à-dire en donnant effet à l’objectif législatif qui ressort notamment du Résumé d’étude

evidenced, in particular, by Regulatory Impact Analysis Statements (RIAS).

[18] Consideration of the legislative intent in enacting the 1999 amendments makes it clear, it is said, that subsection 5(1.1) should be read more narrowly than its ordinary meaning would indicate. It should only apply when subsection 5(1) does not apply but when a second person has still applied for regulatory approval to market a drug by filing an ANDS and has compared its drug with or made reference to the drug of a first person for the purpose of establishing its bioequivalence to the second person's drug on the basis of pharmaceutical and, where relevant, their bioavailability characteristics. Since the route of administration of the drugs in the present case is by injection, bioavailability is not relevant.

[19] Counsel for the appellant and the Attorney General submit that subsection 5(1.1) was added in 1999 to fill an apparent gap in the previous provision identified by the *Merck* litigation. It was argued in that case that the version of subsection 5(1) then in force did not apply to a situation where a third person compared the bioequivalence of its generic drug to a second person's generic drug, even though that second person had applied for a NOC by comparing the bioequivalence of its drug to that of a first person's drug. If this argument had been accepted, the third person would not have had to file a NOA, and would have been entitled to a NOC on satisfying the Minister that its drug was bioequivalent to the second person's, even though the second person had been required to file a NOA, and was thus liable to prohibition proceedings to prevent the issue of a NOC.

[20] In fact, this interpretation of subsection 5(1) was rejected by the Trial Division in a decision rendered after the Regulations were amended. It was held that an indirect comparison with a first person's drug was sufficient to trigger the obligation to file a NOA. An appeal from this decision was dismissed: *Merck & Co. v. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (F.C.A.).

[21] The RIAS issued with the 1999 amendments stated that "the amendments are designed to reaffirm the

d'impact de la réglementation (REIR).

[18] Il est évident, selon eux, vu l'intention qu'avait le législateur en adoptant les modifications de 1999, que le paragraphe 5(1.1) doit être interprété de manière plus restrictive que suivant le sens ordinaire des mots qui y sont employés. Il ne devrait s'appliquer que lorsque le paragraphe 5(1) ne s'applique pas, mais qu'une deuxième personne a demandé l'approbation de la commercialisation d'un médicament en déposant une PADN et a comparé son médicament à celui de la première personne ou y a fait référence aux fins d'établir sa bioéquivalence sur le fondement des caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, des caractéristiques en matière de biodisponibilité. Comme, en l'espèce, la voie d'administration des médicaments est la perfusion, la question de la biodisponibilité ne se pose pas.

[19] Les avocats de l'appelante et du procureur général font valoir que le paragraphe 5(1.1) a été ajouté en 1999 pour combler la lacune apparente de l'ancienne disposition signalée dans *Merck*. On a soutenu dans cette affaire que la version du paragraphe 5(1) alors en vigueur ne s'appliquait pas lorsqu'une troisième personne comparait la bioéquivalence de son médicament générique à celle du médicament générique d'une deuxième personne, même si la deuxième personne avait demandé un AC en comparant la bioéquivalence de son médicament à celle du médicament de la première personne. S'il avait été fait droit à cet argument, la troisième personne n'aurait pas eu à déposer un AA et aurait pu obtenir un AC en convainquant le ministre que son médicament était bioéquivalent à celui de la deuxième personne, même si cette dernière avait dû déposer un AA et s'exposait donc à ce qu'une ordonnance d'interdiction soit demandée pour empêcher la délivrance d'un AC.

[20] En fait, la Section de première instance a rejeté cette interprétation du paragraphe 5(1) dans une décision rendue après la modification du Règlement. Elle a conclu qu'une comparaison indirecte avec le médicament de la première personne était suffisante pour donner effet à l'obligation de déposer un AA. L'appel relatif à cette décision a été rejeté: *Merck & Co. c. Nu-Pharm Inc.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (C.A.F.).

[21] Le REIR accompagnant les modifications de 1999 dit que les modifications «visent [. . .] à réitérer

application of the existing Regulations” and that “the present amendments do not reflect any change in policy.” Moreover, the purpose of the amendments was said to be to “clarify the law and reaffirm the application of the Regulations”.

[22] Counsel also relied on a policy document issued by Health Canada in May 2000, *Guidance for Industry: Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, as further support for the argument that subsection 5(1.1) was only intended to apply when a second person submitted an ANDS and compared its drug, directly or indirectly, with a first person’s drug in order to demonstrate their bioequivalence. The Guidance states: “In a drug submission where there is a demonstration of bioequivalence and therefore reliance on a previously approved drug, the T[herapeutic] P[roducts] P[rogram] [of Health Canada] will apply the test described in subsection 5(1.1).”

[23] Counsel argued that the limited purpose of the 1999 amendments is apparent in the text of subsection 5(1.1). He pointed to the fact that subsection 5(1.1) requires that the first person’s drug must have been “marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person”, and that the second person’s drug must be of a “comparable strength and dosage” and have “the same route of administration” as the first person’s. He argued that these limitations only make sense on the assumption that the second person has submitted an ANDS in order to establish bioequivalence with the first person’s drug.

[24] Counsel stressed that the word “comparable” in subsection 5(1.1) is a reference to the comparisons made to establish bioequivalence in an ANDS filed pursuant to subsections C08.002.1(1) [as enacted by SOR/95-411, s. 5] and (2) [enacted *idem*] of the *Food and Drug Regulations*. Thus, the RIAS issued with the 1999 amendments stated: “In this context ‘comparable’ is intended to operate as it does within the context of the drug approval process.” Accordingly, counsel submitted, ‘comparable’ in subsection 5(1.1) should be understood to mean “on the basis of a comparison to establish bioequivalence made for the purpose of obtaining a NOC by making an ANDS in accordance with the *Food and Drug Regulations*.” In addition, counsel argued, if the respondents’ interpretation is correct, subsection 5(1) is

l’application du règlement» et qu’«il ne s’agit pas de changements touchant la politique». En outre, il est précisé que les modifications «sont conçues pour clarifier la loi et réitérer l’application du règlement».

[22] Un document de Santé Canada publié en mai 2000 et intitulé *Ligne directrice à l’intention de l’industrie: Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* a également été invoqué à l’appui de la thèse selon laquelle le paragraphe 5(1.1) n’est censé s’appliquer que lorsqu’une deuxième personne a déposé une PADN et a comparé son médicament, directement ou non, à celui de la première personne afin d’en établir la bioéquivalence. Le document dit: «Dans une présentation de drogue où il y a une démonstration de bioéquivalence et conséquemment [un renvoi à] une autre drogue antérieurement approuvée, le [Programme des produits thérapeutiques de Santé Canada] appliquera le test qui est décrit au paragraphe 5(1.1).»

[23] L’avocat a fait valoir que la portée restreinte des modifications de 1999 ressort du libellé du paragraphe 5(1.1). Il a signalé que cette disposition exige que la drogue de la première personne ait été «commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité» et que la drogue de la deuxième personne «présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables». Il a soutenu que ces conditions n’ont de sens que si la deuxième personne a déposé une PADN aux fins d’établir la bioéquivalence avec la drogue de la première personne.

[24] Selon l’avocat, le mot «comparables» employé au paragraphe 5(1.1) renvoie aux comparaisons faites pour établir la bioéquivalence dans une PADN déposée en application des paragraphes C.08.002.1(1) [édicte par DORS/95-411, art. 5] et (2) [édicte, *idem*] du *Règlement sur les aliments et drogues*. C’est pourquoi le REIR accompagnant les modifications de 1999 dit ce qui suit: «Dans ce contexte, le mot «comparable[s]» doit être interprété comme dans le contexte du processus d’approbation des médicaments». Par conséquent, l’avocat a prétendu que le terme «comparables» employé au paragraphe 5(1.1) renvoie à une comparaison visant à établir la bioéquivalence en vue de l’obtention d’un AC par suite du dépôt d’une PADN conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*. Il a ajouté que si

redundant.

[25] There is no doubt much to be said for the view that subsection 5(1.1) was introduced in response to the situation in *Merck*. Indeed, Blanchard J. (at paragraph 48) found that this was the reason for the amendment. However, counsel for the respondents suggested that the “*Merck* problem” was not confined to the specific facts of that case. Rather, the situation in *Merck* was part of a wider problem. The problem was that generic drug companies were attempting to avoid triggering section 5 by submitting documents that took the form of a NDS, but in reality were disguised ANDSSs because they relied heavily on data generated in connection with a drug that was approved, but without making a comparison to demonstrate bioequivalence.

[26] This, counsel for BMS suggested, is precisely what Biolyse was seeking to do here: its submission was in reality a hybrid. Thus, for example, Biolyse was able to “piggy-back” on BMS’s work, admittedly in the public domain, by comparing the results of the clinical trials that Biolyse had conducted for Paclitaxel for injection with those conducted by BMS in connection with Taxol in order to prove the drug’s safety and efficacy. Biolyse thereby saved itself considerable time and expense in assembling the proof needed to establish the safety and efficacy of its product, and was thus able to file a short NDS.

[27] In addition, counsel for BMS submitted, the ordinary meaning of subsection 5(1.1) is consistent with the overall purpose of that part of the statutory scheme not directed to issues relating to health and efficacy, namely, the provision to patent holders of more effective remedies against infringement.

[28] As for the evidence of legislative intention in the RIAS issued with the 1999 amendments, counsel for BMS says that it nowhere states that new subsection 5(1.1) only applies where there has been the kind of reference to or comparison with another drug as alleged by the appellants. Moreover, the RIAS recognizes that litigation may be brought to test the scope of the amendments and “submissions filed with the Minister of Health that may be covered by subsection 5(1.1) may also entail litigation.”

l’interprétation des sociétés intimées est juste, le paragraphe 5(1) est redondant.

[25] L’on pourrait débattre longuement de l’hypothèse que le paragraphe 5(1.1) a été adopté en réponse à *Merck*. Le juge Blanchard a d’ailleurs conclu en ce sens (au paragraphe 48). Toutefois, l’avocat des intimées a laissé entendre que la difficulté relevée dans *Merck* n’était pas propre aux faits de l’espèce. En fait, la situation relevait d’un problème plus vaste, savoir que les fabricants de médicaments génériques tentaient de contourner l’article 5 en présentant des documents qui revêtaient la forme d’un PDN, mais qui constituaient en fait des PADN déguisées en ce qu’ils s’en remettaient largement à des données produites en liaison avec un médicament approuvé, mais sans faire de comparaison pour en établir la bioéquivalence.

[26] Comme l’a laissé entendre l’avocat de BMS, c’est précisément ce que Biolyse a tenté de faire en l’espèce, sa présentation étant en fait hybride. Ainsi, par exemple, Biolyse a pu tirer profit des travaux de BMS, qui sont à vrai dire dans le domaine public, en comparant les résultats des essais cliniques qu’elle avait effectués pour le Paclitaxel pour perfusion avec ceux réalisés par BMS pour le Taxol, afin d’établir l’innocuité et l’efficacité du médicament. Biolyse a ainsi économisé beaucoup de temps et d’argent dans la constitution de la preuve requise pour établir l’innocuité et l’efficacité de son produit, et elle a donc été en mesure de déposer une PDN abrégée.

[27] En outre, l’avocat de BMS a prétendu que le sens ordinaire du paragraphe 5(1.1) est compatible avec l’objectif global de cette partie du cadre législatif, qui n’a pas trait à la santé et à l’efficacité, mais qui est d’offrir aux titulaires de brevet des recours plus efficaces pour empêcher la contrefaçon.

[28] En ce qui concerne l’intention du législateur suivant le REIR joint aux modifications de 1999, l’avocat de BMS soutient qu’il n’est dit nulle part que le nouveau paragraphe 5(1.1) ne s’applique qu’en présence de la référence ou de la comparaison alléguées par l’appelante. En outre, le REIR reconnaît que des instances peuvent être engagées pour circonscrire la portée des modifications et que des «demandes d’avis de conformité déposées auprès du ministre de la Santé et pouvant être visées par le paragraphe 5(1.1) pourraient aussi engendrer des litiges».

[29] In this regard, counsel noted that, during consultations about the amendments with the association representing “innovator” pharmaceutical companies, Industry Canada officials expressed a concern that subsection 5(1.1) would apply to a “stand-alone” NDS, as a result of which the association believed that subsection 5(1.1) was intended to apply to a “full-blown” NDS that fell within the terms of the new subsection.

[30] In response to Biolyse’s argument that the 1999 amendments were not intended to expand the situations in which it was necessary to file a NOA, counsel for BMS suggested that the version of subsection 5(1) in force prior to the 1999 amendments might well have covered the facts of the present case. Unlike the 1999 version of the Regulations, the previous version of subsection 5(1) did not expressly stipulate that the comparison with the first person’s drug had to be for the purpose of establishing bioequivalence. Hence, it is not clear that BMS’s interpretation of subsection 5(1.1) expands the range of situations where a NOA is required.

[31] In the final analysis, counsel for BMS rested his case on the ordinary meaning of subsection 5(1.1). He pointed out that the appellant’s interpretation not only requires the addition of words, but also requires that the words, “filed a submission”, be interpreted to mean, “filed an abbreviated new drug submission”, even though, in the context of the Regulations, “submission” was said in *Merck* (at paragraph 59) to mean a new drug submission, an abbreviated new drug submission and a submission supplementing each kind. As for the argument based on the word “comparable”, counsel suggested that, “of similar effect”, was a more obvious meaning than that suggested by the appellant, and that the limitations on the scope of subsection 5(1.1) were intended to focus it on situations where patent infringement was most likely. Finally, he noted that the appellant’s interpretation of subsection 5(1.1) would make subsection 5(1) redundant.

Conclusion

[32] Having considered the words of subsection 5(1.1) in their “grammatical and ordinary sense”, as well as in

[29] À cet égard, l’avocat a signalé que, lors de la consultation préalable de l’association représentant les sociétés pharmaceutiques «innovatrices», les représentants d’Industrie Canada ont dit craindre que le paragraphe 5(1.1) ne s’applique à une PDN «indépendante», ce qui a amené l’association à croire que le paragraphe 5(1.1) était censé s’appliquer à une PDN «véritable» visée par la nouvelle disposition.

[30] En réponse à l’argument de Biolyse selon lequel les modifications de 1999 n’avaient pas pour objet d’accroître le nombre de situations où il était nécessaire de déposer un AA, l’avocat de BMS a laissé entendre que le libellé du paragraphe 5(1) en vigueur avant les modifications de 1999 aurait fort bien pu s’appliquer aux faits de la présente espèce. Contrairement à la version 1999, la version antérieure du paragraphe 5(1) ne prévoyait pas expressément que la comparaison avec la drogue de la première personne devait avoir pour but d’établir la bioéquivalence. Il n’est donc pas clair que l’interprétation du paragraphe 5(1.1) préconisée par BMS accroît le nombre de situations où un AA est exigé.

[31] En dernière analyse, l’avocat de BMS s’en est remis au sens ordinaire du paragraphe 5(1.1). Il a signalé que l’interprétation que privilégie l’appelante exige non seulement l’ajout de mots, mais également que l’expression «a déposé une demande» s’entende de «a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle», même si, dans *Merck*, la Cour a dit (au paragraphe 59) que, dans le contexte du Règlement, une «demande d’avis de conformité» s’entendait d’une présentation de drogue nouvelle, d’une présentation abrégée de drogue nouvelle et d’un supplément à l’une de ces présentations. En ce qui a trait à l’argument fondé sur l’emploi du mot «composables», l’avocat a laissé entendre que «dont les effets sont semblables» était une signification plus évidente que celle proposée par l’appelante, et que la limitation de la portée du paragraphe 5(1.1) visait à mettre l’accent sur les cas les plus probables de contre-façon de brevet. Enfin, il fait valoir que l’interprétation du paragraphe 5(1.1) préconisée par l’appelante aurait pour effet de rendre le paragraphe 5(1) redondant.

Conclusion

[32] Après analyse du libellé du paragraphe 5(1.1) suivant le sens grammatical et ordinaire des mots, de

“their entire context” (namely, “the object” and “scheme” of the Regulations), I am not persuaded that subsection 5(1.1) may be interpreted in the manner urged by Biolyse and the Attorney General. To give effect to their suggested interpretation requires the addition of words to a provision that, even when considered within the context of the statutory scheme, is neither ambiguous nor incoherent. Certainly, additional words are not grammatically required to make the subsection intelligible. The interpretation advocated by Biolyse and the Attorney General also requires a very strained interpretation of the word “comparable” and that the word “submission” be given a narrower meaning than it was held to have in the pre-1999 version of subsection 5(1).

[33] Moreover, the “plain meaning” of subsection 5(1.1) is consistent with the overall purpose of the Regulations, namely, to graft more effective patent protection onto the regime for the approval of new drugs on the basis of their safety and efficacy. Nor am I satisfied on the basis of the material before us that the purpose of the 1999 amendments was necessarily as narrow as Biolyse and the Attorney General maintain. In my opinion, the policy that they relied on in support of their interpretation is not sufficiently clear and compelling to permit reconstructive surgery to a statutory text which speaks quite clearly.

[34] Nor, for the reasons advanced on behalf of BMS, do the particular words in subsection 5(1.1) on which counsel for Biolyse relied, as indicative of a legislative intention to restrict the provision to ANDSs, justify interpreting the provision in a manner that is incompatible with the ordinary meaning of its language, even when read in context. I should also add that neither view of the meaning of subsection 5(1.1) satisfactorily resolves the structural relationship between subsections 5(1) and (1.1).

[35] What the appellants are urging on the Court seems to me to cross the imprecise but nonetheless real line that divides judicial interpretation from legislative redrafting. If the purpose of the Governor in Council in amending the Regulations in 1999 was as Biolyse and the Attorney General contend, the appropriate remedy is to amend the Regulations again so that they properly express it.

même qu’en tenant compte du contexte global (notamment l’objet et l’ossature du Règlement), je ne suis pas convaincu que le paragraphe 5(1.1) peut être interprété comme le préconisent Biolyse et le procureur général. Donner effet à cette interprétation exige l’ajout de mots à une disposition qui, même considérée dans le contexte législatif, n’est ni ambiguë ni incohérente. L’ajout de mots ne s’impose certainement pas sur le plan grammatical pour que la disposition soit intelligible. L’interprétation préconisée par Biolyse et le procureur général exige également une interprétation très forcée du terme «comparables» et l’attribution au mot «demande» d’un sens plus étroit que celui reconnu avant les modifications de 1999.

[33] De plus, l’interprétation du paragraphe 5(1.1) suivant le «sens ordinaire» est compatible avec l’objectif général du Règlement, qui est de faire en sorte que le régime d’approbation des nouveaux médicaments en fonction de leur innocuité et de leur efficacité protège davantage les brevets. Les documents dont nous sommes saisis ne me convainquent pas non plus que l’objectif des modifications de 1999 était nécessairement aussi restreint que le prétendent Biolyse et le procureur général. À mon avis, le principe sur lequel ils appuient leur interprétation n’est pas assez clair et pressant pour permettre la reformulation d’un texte de loi dont les dispositions sont claires.

[34] Pour les motifs invoqués par BMS, les mots employés au paragraphe 5(1.1) et sur lesquels se fonde Biolyse pour prétendre que le législateur a voulu limiter l’application de la disposition à la PADN ne justifient pas non plus une interprétation incompatible avec le sens ordinaire, même s’il est tenu compte du contexte. J’ajouterais qu’aucune des interprétations avancées ne règle la question du lien organique entre les paragraphes 5(1) et (1.1).

[35] L’appelante semble exhorter la Cour à franchir la frontière floue, mais néanmoins réelle, entre l’interprétation judiciaire et la reformulation législative. Si l’objectif du gouverneur en conseil, en modifiant le Règlement en 1999, était celui qu’avancent Biolyse et le procureur général, la mesure qui s’impose est de modifier à nouveau le Règlement de façon qu’il l’énonce correctement.

Issue 2 Did the Applications Judge err in quashing the NOC?

[36] Counsel for Biolyse argued that, even if Blanchard J. did not err in finding that Biolyse was obliged to file a NOA and that the failure to serve a copy on BMS invalidated the NOC, the Court should have exercised its discretion not to quash the NOC.

[37] He rested his argument on several considerations: the fact that the only remedy provided by the Regulations is the grant of an order prohibiting the issue of a NOC; the availability to BMS of other remedies, namely an action for patent infringement and a declaration that Biolyse failed to comply with section 5 by not filing a NOA; Biolyse's good faith consultation with Health Canada on the kind of new drug submission that it should file; and the serious financial consequences to Biolyse of losing its NOC.

[38] The exercise of discretion to grant or withhold relief to an applicant for judicial review is primarily the province of the Applications Judge. Absent an error of principle, a misapprehension of the facts, or an otherwise unreasonable determination, an appellate court should not interfere with the Applications Judge's exercise of discretion. However, since Blanchard J. did not expressly address the remedial issue, it is appropriate that I say something about it here.

[39] The normal remedy when administrative action is taken in breach of a statutory duty is for the reviewing court, when so requested, to set it aside. In my opinion, the considerations relied on by Biolyse are insufficient, both individually and collectively, to justify a refusal to set aside the NOC issued by the Minister to Biolyse.

[40] First, although a NOC cannot be quashed under the special statutory regime created by the Regulations (*Pfizer Canada Inc. v. Nu-Pharm Inc.*; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (F.C.A.)), the general judicial review jurisdiction conferred on the Federal Court by sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 of the *Federal Court Act* is applicable to administrative action taken, or not taken, by the Minister

Deuxième question Le juge qui a entendu la demande a-t-il eu tort d'annuler l'AC?

[36] L'avocat de Biolyse a fait valoir que même si le juge Blanchard n'a pas commis d'erreur en arrivant à la conclusion que Biolyse était tenue de déposer un AA et que l'omission d'en signifier une copie à BMS a eu pour effet d'invalider l'AC, la Cour aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas annuler l'AC.

[37] Il a invoqué plusieurs éléments à l'appui de sa thèse: la seule réparation que prévoit le Règlement est le prononcé d'une ordonnance interdisant la délivrance d'un AC; BMS disposait d'autres recours, comme une action en contrefaçon de brevet et une demande de jugement déclaratoire selon lequel Biolyse a contrevenu à l'article 5 en omettant de déposer un AA; le fait que Biolyse a consulté de bonne foi Santé Canada quant au type de présentation de drogue nouvelle qu'elle devait déposer; les graves conséquences financières de l'annulation de l'AC pour Biolyse.

[38] Il appartient essentiellement au juge qui entend la demande d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non la réparation demandée dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire. Sauf erreur de principe, mauvaise appréciation des faits ou décision par ailleurs déraisonnable, une cour d'appel doit s'abstenir de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge ayant entendu la demande. Toutefois, comme le juge Blanchard ne s'est pas expressément prononcé sur la question de la réparation, il convient de formuler quelques remarques à ce sujet.

[39] Lorsqu'une mesure administrative est prise en contravention de la loi, il incombe normalement au tribunal siégeant en révision de l'annuler sur demande. À mon avis, les éléments invoqués par Biolyse sont insuffisants, tant sur le plan individuel que collectif et ne sauraient justifier le refus d'annuler l'AC délivré par le ministre à Biolyse.

[40] Premièrement, même si un AC ne peut être annulé en application du régime réglementaire particulier créé par le Règlement (*Pfizer Canada Inc. c. Nu-Pharm Inc.*; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (C.A.F.)), le pouvoir général de contrôle conféré à la Cour fédérale aux articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* s'applique à la mesure administrative que prend ou que

under the Regulations.

[41] Thus, while the Regulations govern prohibition proceedings instituted under section 6 [as am. by SOR/99-379, s. 3] of the Regulations, an application for judicial review may be made under section 18.1 to quash a NOC on the ground that it was issued in contravention of the Regulations: *Syntex (U.S.A.) L.L.C. v. Canada (Minister of Health)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29 (F.C.A.). Nonetheless, as *Syntex* also makes clear, the Court will normally not grant relief on an application for judicial review under section 18.1 when the applicant could have sought an order of prohibition under the Regulations. However, where, as here, an applicant had no opportunity to proceed under section 6, the Court's exercise of its judicial review jurisdiction under section 18.1 to grant the relief sought by BMS is not constrained by the existence of the special regime created by the Regulations.

[42] Second, the right of BMS to institute proceedings for patent infringement against Biolyse does not constitute a basis for a refusal to quash the NOC. The rationale for the Regulations is to provide more effective protection for patentees than is available through private law proceedings. Hence, it can hardly be said that the Court should decline to quash a NOC issued by the Minister in breach of the Regulations because BMS's right to sue for patent infringement after Biolyse's drug has been on the market is an adequate alternative remedy. Nor is the declaration granted to BMS that Biolyse failed to comply with section 5 an adequate remedy since it does not prevent the possible infringement of BMS's patents for Taxol by Biolyse's marketing Paclitaxel for injection.

[43] Third, I see nothing in the conduct of the officials of either Health Canada or BMS that makes it inappropriate to grant the relief requested by BMS. Nor do I regard the financial loss to Biolyse as a result of quashing the NOC as sufficient to engage the Court's discretion. It is, of course, open to Biolyse to file and serve a NOA and to defend any prohibition proceedings brought by BMS under section 6.

s'abstient de prendre le ministre en application du Règlement.

[41] Partant, bien que le Règlement régit l'instance en interdiction engagée sur le fondement de l'article 6 [mod. par DORS/99-379, art. 3] du Règlement, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée en application de l'article 18.1 afin d'obtenir l'annulation d'un AC délivré contrairement aux dispositions du Règlement: *Syntex (U.S.A.) L.L.C. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2002), 20 C.P.R. (4th) 29 (C.A.F.). Cependant, il ressort également de *Syntex* que la Cour n'accordera habituellement pas de réparation dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire engagée sur le fondement de l'article 18.1 lorsque le demandeur aurait pu demander une ordonnance d'interdiction en vertu du Règlement. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, le demandeur n'avait pas la possibilité d'invoquer l'article 6, l'exercice du pouvoir de la Cour d'accorder, dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1, la réparation demandée par BMS, n'est pas entravé par l'existence du régime particulier créé par le Règlement.

[42] Deuxièmement, le droit de BMS d'intenter contre Biolyse une action en contrefaçon de brevet ne justifie pas la Cour de refuser d'annuler l'AC. La raison d'être du Règlement est de protéger davantage les titulaires de brevet que ne le fait le droit privé en général. L'on peut donc difficilement soutenir que la Cour doit refuser d'annuler l'AC délivré par le ministre en contravention du Règlement parce que le droit de BMS d'intenter une action en contrefaçon de brevet, une fois commercialisé le médicament de Biolyse, constitue un autre recours approprié. Le jugement déclaratoire portant que Biolyse a omis de se conformer à l'article 5 ne constitue pas non plus un recours approprié puisqu'il n'empêche pas la contrefaçon éventuelle des brevets de BMS pour le Taxol résultant de la commercialisation, par Biolyse, du Paclitaxel pour perfusion.

[43] Troisièmement, aucun acte des représentants de Santé Canada ou de BMS ne rend inopportun l'octroi de la réparation demandée par BMS. La perte financière infligée à Biolyse par l'annulation de l'AC ne justifie pas non plus l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Il est évidemment loisible à Biolyse de déposer et de signifier un AA et de contester toute demande présentée par BMS sur le fondement de l'article 6 en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction.

[44] Accordingly, I cannot conclude that Blanchard J. made any error in the exercise of his remedial discretion.

E. CONCLUSION

[45] For these reasons, I would dismiss the appeal with one set of costs payable to BMS by Biolyse and the Attorney General.

STRAYER J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

[44] Par conséquent, je ne peux conclure que le juge Blanchard a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de réparation.

E. CONCLUSION

[45] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel, avec un seul mémoire de frais payable à BMS par Biolyse et le procureur général.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je souscris.

A-505-02
2003 FCA 199

A-505-02
2003 CAF 199

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Georgian College of Applied Arts and Technology
(*Respondent*)

Georgian College of Applied Arts and Technology
(*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Noël and Sexton J.J.A.—
Toronto, April 7; Ottawa, May 2, 2003.

Cour d'appel, juges Stone, Noël et Sexton, J.C.A.—
Toronto, 7 avril; Ottawa, 2 mai 2003.

Foreign Trade—Canadian International Trade Tribunal—CITT refusing to award Crown, as represented by HRDC, costs though successful in resisting procurement complaint—Case concerned method of selecting service providers for employment assistance programs—CITT dismissing complaint in entirety for want of jurisdiction—Costs refusal justified as complainant acted in good faith, HRDC counsel salaried—Attorney General's research showing CITT always denying Crown costs where complaints dismissed, awarding complainants costs if successful—Consideration of appropriate standard of review—At issue: not particular exercise of discretion to deny costs but Tribunal's practice of denying Crown costs whenever successful—Reasonableness appropriate standard as Tribunal's expertise possibly extending to awarding costs—Awarding costs is within discretion of court, tribunal—But must be exercised judicially—No justification for costs denial herein—Absence of statutory authority—Irrelevant that HRDC counsel on salary—Tribunal's argument as "bid challenge authority" having duty to ensure Canadian compliance with NAFTA obligations, encourage complainants to come forward, rejected—One thing to provide dispute resolution forum, another to encourage litigation—No statutory authority for CITT to undertake pro-active role in encouraging complaints.

Commerce extérieur—Tribunal canadien du commerce extérieur—Refus du TCCE d'accorder les frais à l'État, représenté par DRHC, bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public—L'affaire portait sur la méthode de sélection de fournisseurs de services pour des programmes d'aide à l'emploi—Le TCCE a rejeté la plainte en entier au motif de l'absence de compétence—Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi, que les avocats de DRHC étaient salariés—Une recherche du procureur général montre que le TCCE refuse toujours les frais à l'État lorsque les plaintes sont rejetées, alors qu'il accorde les frais aux plaignants lorsqu'ils ont gain de cause—Examen de la norme de contrôle appropriée—La question en litige ne concerne pas l'exercice dans un cas particulier du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder les frais, mais la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l'État même s'il a gain de cause—La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l'expertise du Tribunal s'étend vraisemblablement à l'attribution des frais—L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal—Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement—Aucune justification du refus des frais en l'espèce—Absence d'autorisation de cette pratique dans la loi—Le fait que DRHC ait été représenté par des avocats salariés n'est pas une considération pertinente—L'argument du Tribunal voulant qu'il ait le devoir, à titre d'«organe compétent à l'égard des contestations ayant trait aux marchés publics», de veiller au respect par le Canada de ses obligations découlant de l'ALÉNA, et donc le pouvoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes est rejeté—Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges—Aucune disposition dans la Loi autorisant le TCCE à jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

Practice—Costs—Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs though successful in resisting NAFTA procurement complaint—Denial justified as

Pratique—Frais et dépens—Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a refusé les frais à l'État bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un

complainant acted in good faith, government lawyer salaried — CITT invariably denying Crown costs when successful — CITT having statutory authority to award costs to either side — Decision reviewed on reasonableness standard as CITT's expertise perhaps extending to awarding costs — Costs awarded as indemnity, not imposed as punishment — Award of costs is in discretion of courts, tribunals — But must be exercised judicially — Exercised against successful party only for reason connected with case — Wrong to hold Crown "unusual" litigant, able to pay own costs — Time when "rule of dignity" dictated Crown neither demand, pay costs long gone — Denial of costs herein not justified — Irrelevant that government lawyer salaried — While policy of denying Crown costs would encourage complainants to come forward, no statutory authority for CITT to adopt pro-active role of encouraging litigation.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs though successfully resisting procurement complaint — Determining appropriate standard of review — In pragmatic, functional approach, four contextual factors considered: whether privative clause or statutory appeal; tribunal's expertise relative to court's; purpose of statutory provision; whether question of law, fact, mixed law, fact — Here neither privative clause nor statutory appeal — CITT having expertise adjudicating procurement complaints — Having statutory authority to award costs — Real question herein: not simple exercise of Tribunal's discretion but practice of invariably denying Crown costs despite success — Question of law attracting lower deference level — Court's decision herein going to jurisdiction, important as precedent — Reasonableness appropriate standard as Tribunal's expertise perhaps extending to awarding costs — Reasonableness standard requires court to stay close to tribunal's reasons to see whether support decision — Should be unnecessary to look outside Tribunal's reasons — Costs award by court, tribunal is discretionary but facts of litigation, outcome must be considered — Discretion must be exercised judicially — Upon application of standard, costs denial herein unjustified — Tribunal fettered discretion by adhering to practice of denying Crown costs — Decision set aside, case referred back for proper exercise of discretion.

marché public dans le cadre de l'ALÉNA — Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi, que les avocats du gouvernement sont salariés — Le TCCE refuse toujours les frais à l'État lorsqu'il a gain de cause — Le TCCE a le pouvoir légal d'accorder les frais à l'une ou l'autre partie — La décision est examinée en fonction de la norme de la décision raisonnable du fait que l'expertise du TCCE s'étend peut-être à l'attribution des frais — Les frais sont accordés à titre d'indemnisation, non imposés à titre de peine — L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire des cours et des tribunaux — Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement — Ce pouvoir ne peut être exercé pour refuser les frais à la partie qui a gain de cause que pour un motif relié à l'affaire — C'est à tort qu'on juge que l'État est un plaideur «inhabituel», capable de supporter ses propres frais — L'époque où la «dignité» empêchait l'État de demander ou de payer des dépens est révolue — Le refus des frais n'est aucunement justifié en l'espèce — Le fait que les avocats de l'État soient salariés n'est pas pertinent — Le refus des frais à l'État encouragerait les intéressés à déposer des plaintes, mais aucune disposition de la Loi n'autorise le TCCE à adopter un rôle proactif en encourageant les litiges.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) refuse les frais à l'État bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte relative à un marché public — Détermination de la norme de contrôle appropriée — Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels: la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la disposition législative; la nature de la question (de droit, de fait ou mixte de fait et de droit) — En l'espèce, il n'y a pas de clause privative, ni de droit d'appel prévu par la Loi — Le TCCE possède une expertise à l'égard des décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics — Il a le pouvoir légal de rendre des décisions sur les frais — La véritable question en litige ne porte pas sur le simple exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, mais sur la pratique du Tribunal consistant à refuser systématiquement les frais à l'État même s'il a gain de cause — C'est là une pure question de droit, ce qui appelle un degré de retenue moindre — La décision de la Cour doit prendre en compte la dimension de la décision touchant la compétence ainsi que sa valeur de précédent — La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l'expertise du Tribunal s'étend peut-être à l'attribution des frais — La norme de la décision raisonnable exige que la cour reste près des motifs donnés par le tribunal et examine si ces motifs étayent la décision — Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l'examen au-delà des motifs du Tribunal — L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal, mais il faut prendre en considération les faits reliés au litige, l'issue du litige — Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement — Au regard de la norme, le refus des frais en l'espèce n'est pas justifié — Le

This was an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) not to award costs in applicant's favour although successful in overcoming a procurement complaint made by the College. The Attorney General argued that, in refusing an award of costs, the CITT fettered its discretion by taking into account irrelevant considerations while ignoring considerations that were relevant.

Georgian College filed a complaint with CITT that the method employed by Human Resources Development Canada (HRDC) of selecting service providers for certain *Employment Insurance Act* employment assistance programs violated the North American Free Trade Agreement (NAFTA) as well as the *Agreement on Internal Trade* (AIT).

HRDC took the position that CITT lacked jurisdiction, the selection process at issue not being a procurement within the meaning of the agreements. The CITT dismissed the complaint for want of jurisdiction but failed to address the matter of costs even though HRDC had asked for them. HRDC then wrote to the Tribunal requesting that it consider the matter but the costs request was denied.

The Tribunal defended its refusal to award costs on the basis that the College had acted in good faith and that HRDC counsel are on salary. The Tribunal's policy is to award reasonable costs where complainant is successful but not to require an unsuccessful complainant to pay costs unless warranted by such conduct as: launching a frivolous or vexatious complaint, not being candid and forthright during the investigation or being guilty of conduct amounting to abuse of process. The Tribunal found no reason herein to depart from its usual policy in the matter of costs. Research conducted by the Attorney General revealed that the Tribunal always awarded costs to successful complainants but invariably denied the government institution its costs where complaints were dismissed in their entirety. Whenever success was divided, the CITT in every case awarded complainant its costs.

Held, the application should be allowed.

The appropriate standard of review was the pragmatic and functional approach very recently reiterated by McLachlin C.J. in *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*. While Tribunal decisions are not protected by a

Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant sa pratique de refuser les frais à l'État — La décision est annulée, l'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il exerce correctement son pouvoir discrétionnaire.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) de ne pas accorder les frais au demandeur malgré le fait qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public, qui avait été déposée par le College. Le procureur général a plaidé qu'en refusant de lui accorder les frais, le TCCE a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire du fait qu'il a tenu compte de considérations non pertinentes et négligé des considérations pertinentes.

Le Georgian College a déposé une plainte auprès du TCCE alléguant que la méthode de sélection des fournisseurs de services employée par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) pour certains programmes d'aide à l'emploi dans le cadre de la *Loi sur l'assurance-emploi* violait l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI).

DRHC a pris la position que le TCCE n'avait pas compétence, puisque le processus de sélection ne constituait pas un marché au sens des accords. Le TCCE a rejeté la plainte au motif qu'il n'avait pas compétence, mais il n'a pas traité de la question des frais malgré le fait que DRHC avait demandé les frais. DRHC a demandé à nouveau au Tribunal par lettre de traiter la question des frais et sa demande de frais a été rejetée.

Le Tribunal a justifié son refus d'accorder les frais en se fondant sur le fait que le College avait agi de bonne foi et que les avocats de DRHC sont salariés. Le Tribunal a comme politique d'accorder à la partie plaignante qui a gain de cause le remboursement de ses frais raisonnables, mais de ne pas exiger de la partie plaignante lorsqu'elle n'a pas gain de cause, qu'elle paie de frais à moins que cela ne soit justifié par une conduite comme le dépôt d'une plainte futile ou vexatoire, l'absence de franchise et de sincérité pendant l'enquête ou des agissements équivalant à un abus du processus. Le Tribunal n'a vu aucune raison dans la présente affaire de s'écarter de sa politique habituelle en matière de frais. Une recherche effectuée par le procureur général a révélé que le Tribunal accordait toujours les frais aux parties plaignantes qui ont eu gain de cause, mais refusait toujours les frais à l'institution fédérale lorsque les plaintes étaient entièrement rejetées. Dans tous les cas où les plaintes étaient accueillies en partie, le TCCE a accordé les frais à la partie plaignante.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

La méthode appropriée pour déterminer la norme de contrôle est l'analyse pragmatique et fonctionnelle, réitérée très récemment par M^{me} le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British*

privative clause, neither is there a statutory right of appeal. The CITT is a specialized body the expertise of which extends to the adjudication of procurement complaints. The Tribunal has, under *Canadian International Trade Tribunal Act*, section 30.16, power to award costs and to direct by whom and to whom they are to be paid. From the above, it would appear that a high degree of deference would be owed to this Tribunal and that the “patent unreasonableness” standard would, upon judicial review, be applicable. But, what was here at issue was the Tribunal’s practice of always denying the Crown its costs despite its success. Since whether such practice is authorized by the Act is a question of law, the Tribunal was entitled to a lower level of deference than if the case involved a simple exercise of discretion. Such reduced deference level was also appropriate in view of the jurisdictional nature of this decision and its precedential value. Even so, the decision should be reviewed on a standard of reasonableness, since the Tribunal’s expertise in procurement matters may perhaps extend to the awarding of costs. The Supreme Court of Canada has stated that in an application of the reasonableness standard, a reviewing court must “stay close to the reasons given by the tribunal” to see whether any of them adequately support the decision. It should be necessary to look beyond the reasons given by the CITT to determine whether they disclose a reasonable justification of the Tribunal’s practice which resulted in the denial of costs to the Crown herein.

Absent statutory or regulatory provision to the contrary, the awarding of costs—whether by courts or tribunals—is within the discretion of the adjudicator. The exercise of that discretion requires, however, a consideration of the facts giving rise to the litigation as well as the outcome of the dispute. As was said by Viscount Cave L.C. in the 1927 case *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, a court’s absolute, unfettered discretion in the matter of costs “like any other discretion, must of course be exercised judicially, and the judge ought not to exercise it against the successful party except for some reason connected with the case”. The reasons in *Pollack* were applied by this Court in *R. v. James Lorimer and Company Limited*, in which the Crown met with success but was denied costs, the Trial Division Judge not wishing to “punish” defendant or further its burden and also because the Crown was seen as an “unusual plaintiff” capable of paying its own costs. As noted by Mahoney J.A. in overturning that decision, the time was long gone when the “rule of dignity” dictated that the Crown neither asked for nor paid costs. None of the reasons given for denying the Crown its costs had anything to

Columbia. Les décisions du Tribunal ne sont pas protégées par une clause privative et il n’y a pas non plus de droit d’appel prévu par la loi. Le TCCE est un organisme spécialisé dont l’expertise s’étend aux décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics. Le Tribunal possède, en vertu de l’article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le pouvoir d’accorder les frais, de déterminer dans quel cas ils doivent être payés et par quelle partie. Sur la base de ces facteurs, il semblerait qu’il faut faire preuve d’un degré élevé de retenue à l’égard du Tribunal et appliquer la norme du «caractère manifestement déraisonnable» à l’examen de sa décision. Mais la question en litige concerne la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il ait gain de cause. Puisque le point de savoir si la pratique suivie par le Tribunal de toujours refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il ait gain de cause est autorisée par la Loi constitue une question de droit, cela appelle un degré de retenue moindre que celui qui s’appliquerait au simple exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Ce degré moindre de retenue est également approprié compte tenu du fait que la décision portait sur la compétence et qu’elle avait valeur de précédent. La décision doit néanmoins être examinée selon la norme de la décision raisonnable, puisque l’expertise du Tribunal à l’égard des questions relatives aux marchés publics s’étend peut-être à l’attribution des frais. La Cour suprême du Canada a statué que, dans l’application de la norme de la décision raisonnable, la cour de révision doit «reste[r] près des motifs donnés par le tribunal» et examiner si l’un ou l’autre de ces motifs étaye convenablement sa décision. Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l’examen au-delà des motifs du TCCE pour déterminer s’ils révèlent une justification raisonnable de la pratique du Tribunal qui a conduit au refus des frais à l’État dans la présente affaire.

L’attribution des frais, à moins d’une loi ou d’un règlement prévoyant le contraire, relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire exige la prise en considération des faits donnant lieu au litige ainsi que de l’issue du litige. Comme l’a dit le vicomte Cave, lord juge en chef, dans l’arrêt de 1927 *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, le pouvoir discrétionnaire absolu de la cour d’accorder ou de refuser les frais, «comme tout autre pouvoir discrétionnaire doit être exercé d’une manière régulière. Le juge ne devra pas exercer ce pouvoir à l’encontre d’une partie qui a gain de cause sauf pour un motif directement lié à l’affaire en question». La Cour a appliqué les motifs de l’arrêt *Pollack* dans l’affaire *La Reine c. James Lorimer and Company Limited*, dans laquelle la Cour, bien qu’elle ait eu gain de cause, s’était vu refuser les frais, le juge de première instance ne voulant pas «punir» la défenderesse ou lui «ajouter un fardeau supplémentaire» et aussi parce qu’il voyait dans l’État un «demandeur inhabituel», capable de supporter ses propres frais. Ainsi que l’a fait observer le juge Mahoney en infirmant la décision de première instance, l’époque où la

do with the facts connected with or leading up to the case. The same could be said in the instant case. Certainly, section 30.16 does not authorize the CITT to adopt a practice of denying costs to the Crown regardless of its success. Indeed, the provision, on its face, contemplates an award of costs to either side.

Nor was it relevant that HRDC was represented by salaried lawyers. The Tribunal's reasons ignored the principle of indemnification and failed to recognize the fact that costs were incurred by the government department in resisting the complaint. Again, the reference in the Tribunal's reasons to its general experience in dealing with complaints, even to the extent that they can be read as addressing specifics of the present case, were not such as to justify a denial of costs to the Crown. That Georgian College had to navigate through complex legal issues and presented its case in a forthright manner, did not justify denial of costs to the successful party.

The Tribunal's final argument was that it had a duty to ensure Canadian compliance with NAFTA and authority to encourage complainants to come forward. Its costs policy was said to be consistent with that objective. While the Tribunal's costs policy would indeed encourage complainants to come forward, it was unable to point to any statutory authority for its taking on a pro-active role by encouraging complaints. Providing a forum for dispute resolution was one thing; encouraging disputes was quite another.

The Tribunal, in adhering to its practice in the case at bar, fettered its discretion and its decision had to be set aside and the matter referred back so that it could exercise its discretion on proper principle.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995).*
Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.16 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.
National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

«dignité» empêchait l'État de demander ou de payer des dépens est révolue. Les raisons données pour refuser les dépens à l'État étaient totalement étrangères aux faits reliés à la contestation ou qui y avaient conduit. On pourrait en dire autant dans la présente affaire. Certainement, l'article 30.16 n'autorise pas le TCCE à suivre la pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause. Au contraire, cette disposition envisage manifestement la possibilité que les frais soient accordés à l'une ou l'autre des parties.

Le fait que DRHC ait été représenté par des avocats salariés ne constitue pas une considération pertinente. Les motifs du Tribunal ne prennent pas en considération le principe de l'indemnisation et ne reconnaissent pas le fait que le ministère a engagé des frais pour contester la plainte. Quant à la mention dans les motifs du Tribunal à son expérience générale en matière de traitement des plaintes, même si l'on suppose qu'il est possible d'interpréter ces paragraphes comme traitant des éléments particuliers de l'espèce, elle ne peut justifier de refuser les frais au demandeur. Le fait que le Georgian College ait dû naviguer dans des questions juridiques complexes ou qu'il ait présenté sa cause de manière franche ne justifie pas le refus des frais à la partie qui a gain de cause.

L'argument final du Tribunal était qu'il avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l'ALÉNA et qu'il avait donc le pouvoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes. Sa politique concernant les frais serait conforme à cet objectif. S'il est vrai que la politique du Tribunal en matière de frais encouragerait effectivement les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes. Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges.

Le Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant cette pratique en l'espèce, sa décision doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée au Tribunal pour qu'il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes appropriés.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.*
Accord sur le commerce intérieur, Gazette du Canada, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995).
Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, ch. N-17.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.
Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47, art. 30.16 (édité par L.C. 1993, ch. 44, art. 44).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003], S.C.R. 247 (2003), 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *Bell Canada v. Consumers' Association of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 190; (1986), 26 D.L.R. (4th) 573; 17 Admin. L.R. 205; 9 C.P.R. (3d) 145; 65 N.R. 1; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.); *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.); *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

REFERRED TO:

Georgian College of Applied Arts and Technology (Re), [2002] C.I.T.T. No. 49 (QL); *Flolite Industries (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 26 (QL); *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69 (C.A.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; 4 T.T.R. (2d) 179 (F.C.A.); *Telecom. Decision CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 F.C. 79; (1983), 147 D.L.R. (3d) 37; 34 C.P.C. 121; 72 C.P.R. (2d) 162; 48 N.R. 197 (C.A.); *Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610; [1930] 4 D.L.R. 273 (C.A.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186; 4 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a CITT decision denying an award of costs to the Crown although successful in a matter before it (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)). Application granted.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247 (2003), 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *Bell Canada c. Assoc. des consommateurs du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 190; (1986), 26 D.L.R. (4th) 573; 17 Admin. L.R. 205; 9 C.P.R. (3d) 145; 65 N.R. 1; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.); *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.); *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Georgian College of Applied Arts and Technology (Re), [2002] T.C.C.E. n° 49 (QL); *Flolite Industries (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 26 (QL); *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69 (C.A.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et accise) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; 4 T.T.R. (2d) 179 (C.A.F.); *Décision Telecom. CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 C.F. 79; (1983), 147 D.L.R. (3d) 37; 34 C.P.C. 121; 72 C.P.R. (2d) 162; 48 N.R. 197 (C.A.); *Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610; [1930] 4 D.L.R. 273 (C.A.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186; 4 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du TCCE refusant d'accorder les frais à l'État bien qu'il ait eu gain de cause dans une affaire jugée par le TCCE (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)). Demande accueillie.

APPEARANCES:

Susanne G. Pereira for applicant.
Kevin D. MacNeill for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Graham, Wilson and Green, Barrie, Ontario for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL J.A.: This is an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (the Tribunal) [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)] not to award costs in favour of the applicant despite its success in overcoming the procurement complaint which had been brought by the respondent. The applicant maintains that in refusing to award costs in its favour, the Tribunal fettered its discretion by taking into account irrelevant considerations and by ignoring relevant considerations.

THE FACTS

[2] On February 27, 2002, the respondent Georgian College of Applied Arts and Technology filed a complaint with the Tribunal alleging that Human Resources Development Canada's (HRDC) method of selecting service providers for certain employment assistance programs pursuant to the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23] violated the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette, Part I*, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995)] (AIT).

[3] On March 6, 2002, the Tribunal informed the parties that the complaint had been accepted for inquiry. At the same time, the Tribunal issued an order

ONT COMPARU:

Susanne G. Pereira pour le demandeur.
Kevin D. MacNeill pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Graham, Wilson and Green, Barrie (Ontario) pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) [[2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)] de ne pas accorder les frais au demandeur malgré le fait qu'il a réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public, qui avait été déposée par le défendeur. Le demandeur plaide qu'en refusant de lui accorder les frais, le Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire du fait qu'il a tenu compte de considérations non pertinentes et négligé des considérations pertinentes.

LES FAITS

[2] Le 27 février 2002, le défendeur, le Georgian College of Applied Arts and Technology, a déposé une plainte auprès du Tribunal alléguant que la méthode de sélection des fournisseurs de services employée par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) pour certains programmes d'aide à l'emploi dans le cadre de la *Loi sur l'assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23] violait l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA) et l'*Accord sur le commerce intérieur* [*Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)] (ACI).

[3] Le 6 mars 2002, le Tribunal a informé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de report

postponing the award of any contract in connection with the procurement pending its determination on the validity of the complaint.

[4] On April 2, 2002, HRDC filed a government institution report in response to the complaint in which HRDC submitted that the Tribunal was without jurisdiction to hear the complaint since the selection process was not a procurement within the meaning of NAFTA or AIT.

[5] By letters dated May 2, 2002 and May 13, 2002, the Tribunal requested that HRDC provide additional information. HRDC complied with these requests on May 7, 2002 and on May 15, 2002 respectively.

[6] On May 29, 2002, the Tribunal issued a determination in which it dismissed the complaint in its entirety. In its statement of reasons released on July 16, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 49 (QL)], the Tribunal indicated that it had rejected the complaint on the basis that it did not have jurisdiction. The Tribunal did not address the question of costs in either its initial determination or in its statement of reasons despite the fact that costs had been sought by HRDC.

[7] By letter dated July 17, 2002, HRDC again requested that the Tribunal address the issue of costs.

[8] On August 9, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)], the Tribunal denied HRDC's request for costs by way of an addendum which is the subject of this application.

THE DECISION UNDER REVIEW

[9] The Tribunal justified its refusal to award costs on the basis that Georgian College, although its claim had been dismissed, had acted in good faith in bringing the complaint and that counsel for HRDC receive salaries for their services. The Tribunal also expressed the view that little purpose would be served by awarding costs to HRDC while this would add to the burden faced by complainants when deciding whether to file a complaint. The precise reasoning of the Tribunal is as follows, at paragraphs 3-9:

d'adjudication de tout contrat relativement au marché public jusqu'à ce qu'il ait statué sur le bien-fondé de la plainte.

[4] Le 2 avril 2002, DRHC a déposé un rapport de l'institution fédérale en réponse à la plainte dans lequel il soutenait que le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de la plainte, puisque le processus de sélection ne constituait pas un marché au sens de l'ALÉNA ou de l'ACI.

[5] Par lettres datées du 2 mai 2002 et du 13 mai 2002, le Tribunal a demandé à DRHC de fournir des renseignements supplémentaires. DRHC a donné suite à ces demandes le 7 mai 2002 et le 15 mai 2002, respectivement.

[6] Le 29 mai 2002, le Tribunal a rendu une décision rejetant la plainte tout entière. Dans son exposé des motifs publié le 16 juillet 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 49 (QL)], le Tribunal a indiqué qu'il avait rejeté la plainte au motif qu'il n'avait pas compétence. Le Tribunal n'a pas traité de la question des frais ni dans sa décision initiale ni dans son exposé des motifs malgré le fait que DRHC avait demandé les frais.

[7] Par lettre datée du 17 juillet 2002, DRHC a demandé à nouveau au Tribunal de traiter la question des frais.

[8] Le 9 août 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)], le Tribunal a rejeté la demande de frais de DRHC par la voie d'un addendum, qui fait l'objet de la présente demande.

LA DÉCISION EXAMINÉE

[9] Le Tribunal a justifié son refus d'accorder les frais en se fondant sur le fait que le Georgian College, bien que sa plainte ait été rejetée, avait agi de bonne foi en déposant sa plainte et que les avocats de DRHC sont salariés. Le Tribunal a également exprimé la position qu'il n'y aurait guère d'avantage à accorder les frais à DRHC, tandis que cela ajouterait au fardeau que doivent assumer les parties plaignantes lorsqu'elles décident de porter une plainte. Le raisonnement du Tribunal, aux paragraphes 3 à 9 est ainsi conçu:

Subsection 30.16(1) of the CITT Act provides that the Tribunal may award “costs of, and incidental to, any proceedings before it in relation to a complaint”. When a complainant is successful, the Tribunal usually awards the complainant its reasonable costs, in a manner consistent with the Tribunal’s *Procurement Cost Guidelines*.

At times, a complaint is so apparently without merit that the Tribunal does not even commence an investigation. At other times, a complaint demonstrates a reasonable indication of a breach at the initiation stage, but, upon further investigation, it becomes clear that the complaint lacks merit. Also, a complaint may be seemingly meritorious, but, for “technical” reasons, the Tribunal cannot conclude that there has been a breach of any of the relevant agreements, or there is simply insufficient evidenced to satisfy it that an agreement has been breached.

In the Tribunal’s experience, most complaints have a degree of merit and are pursued by the complainants in a forthright and candid manner. Though complainants present their cases in the most favourable light possible, the Tribunal rarely sees them acting in a way that would indicate that the complaints are improper or abusive or that the complainants lack candour.

Complainants may range from very small to very large organizations. They devote time, money and resources in preparing a bid. When they feel aggrieved and decide to file a complaint, they devote more time, money and resources. It is not unusual for complainants to retain outside counsel to assist them navigate the world of procurement law and procedures. In addition to the costs and time that they have expended, they may have lost the opportunity to win a government contract.

On the one hand, HRDC was represented by salaried counsel from the Department of Justice whose responsibilities included representing HRDC’s interests in this matter. On the other, the complainant often faces a difficult decision with regard to filing a complaint but must also incur additional costs in pursuing its complaint.

Generally speaking, little purpose would be served by awarding costs to HRDC and thereby adding to the burden that a complainant already bears, except in those cases where a complainant’s conduct demands it. This may arise, for example, where it becomes clear that a complaint was frivolous or vexatious, where a complainant was not candid and forthright before or during the investigation or where a complainant acted in a way that amounts to an abuse of process. This is not an exhaustive list of the circumstances in which the Tribunal may award complaint costs to a

Le paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE prévoit que le Tribunal peut accorder «[l]es frais relatifs à l’enquête». Lorsque la plainte est fondée, le Tribunal accorde d’habitude à la partie plaignante le remboursement de ses frais raisonnables, conformément aux *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal.

Parfois, une plainte est si manifestement sans fondement que le Tribunal n’ouvre même pas d’enquête. En d’autre temps, une plainte fait preuve, de façon raisonnable, d’une violation au stade d’ouverture, mais, à la suite d’une enquête plus poussée, il est évident que la plainte est sans fondement. De plus, une plainte peut sembler être fondée, mais, pour des raisons «techniques», le Tribunal ne peut pas conclure qu’il y a eu une violation de l’un ou l’autre des accords pertinents, ou, tout simplement, il n’y a pas assez d’éléments de preuve pour le convaincre qu’un accord a été violé.

De l’expérience du Tribunal, la plupart des plaintes sont fondées à un certain niveau et sont présentées par les parties plaignantes de façon sincère et franche. Bien que les parties plaignantes présentent leurs causes en prenant la meilleure position possible, il est rare que le Tribunal constate qu’elles agissent de façon à indiquer que les plaintes sont inopportunes ou injurieuses ou que les parties plaignantes sont malhonnêtes.

Les parties plaignantes peuvent être de très petits ou de très grands organismes. Elles consacrent du temps, de l’argent et des ressources afin de préparer une soumission. Lorsqu’elles se sentent lésées et décident de déposer une plainte, elles consacrent plus de temps, plus d’argent et plus de ressources. Souvent, les parties plaignantes engagent des conseillers externes pour les aider à naviguer dans le monde des lois et des procédures relatives aux marchés publics. En plus des frais et du temps consacrés, il est possible qu’elles ont perdu l’occasion de remporter un contrat gouvernemental.

D’un côté, DRHC a été représenté par des conseillers salariés du ministère de la Justice qui devaient représenter les intérêts de DRHC en l’espèce. D’un autre côté, la partie plaignante souvent fait face à la décision difficile concernant le dépôt d’une plainte en plus de devoir déboursier des frais additionnels pour poursuivre sa plainte.

En général, il n’y a pas d’avantage à accorder des frais à DRHC et, par conséquent, à ajouter au fardeau de la partie plaignante, sauf dans les cas où la conduite d’une partie plaignante l’exige. Par exemple, ceci pourrait être le cas s’il est clair qu’une plainte était futile ou vexatoire, si une partie plaignante n’était pas franche et sincère avant ou pendant l’enquête ou si une partie plaignante agissait de façon à abuser le processus. Cette liste de circonstances dans lesquelles le Tribunal peut accorder des frais liés à la plainte à un ministère gouvernemental n’est pas exhaustive, mais elle indique le

government department, but it does indicate the type of conduct that would generally warrant the award of costs.

In the present case, Georgian College presented its case in a forthright and professional manner. While Georgian College was ultimately unsuccessful, in the Tribunal's opinion, it acted in good faith. The Tribunal sees no reasons why, in the circumstances of this case, costs should be awarded to HRDC. Consequently, HRDC's request for costs is denied.

[10] It was pointed out during the hearing that the above-quoted reasons are virtually identical to those given by the Tribunal in an earlier decision (*Flolite Industries (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 26 (QL) file No. PR-97-045, May 8, 1998). As here, the government institution concerned had been successful in resisting a complaint and, upon noting that its request for costs had gone unaddressed in the Tribunal's reasons, had made a further request that costs be addressed. This resulted in the issuance of an addendum bearing the same language as the addendum issued in this case.

[11] In the same vein, a review of the decisions reached by the Tribunal conducted by the applicant for the period of April 1, 1999 to December 2, 2002 reveals that amongst the 50 cases where complaints were dismissed in their entirety during that period, the Tribunal refused to award costs in favour of the government institution concerned in every case. Conversely, among the 37 cases where complaints were upheld, the Tribunal awarded costs to the complainant in every case. In the 19 cases where success was divided, the Tribunal awarded costs in favour of the complainant.

[12] While the respondent did allege that the period underlying this review was arbitrarily chosen, it has placed no material before the Court which would suggest that a different pattern can be established by reference to another period. Nor has it challenged the accuracy of the reported figures with respect to the period surveyed.

[13] Against this background, it is apparent that the Tribunal has over the years adhered to a practice of awarding costs to successful complainants while denying costs to the Crown although successful in resisting

genre de conduite qui, généralement, mérite l'attribution de frais.

Dans l'espèce, Georgian College a présenté sa cause de façon sincère et professionnelle. Bien que la plainte de Georgian College n'était pas fondée, de l'avis du Tribunal, il a agi de bonne foi. Le Tribunal ne voit aucune raison pourquoi, selon les circonstances de cette cause, il devrait accorder des frais à DRHC. Par conséquent, la requête de DRHC est refusée.

[10] On a signalé à l'audience que les motifs cités ci-dessus sont presque identiques aux motifs d'une décision antérieure du Tribunal (*Flolite Industries (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 26 (QL) dossier n° PR-97-045, 8 mai 1998). Comme dans la présente affaire, l'institution fédérale intéressée avait obtenu le rejet d'une plainte et, relevant que le Tribunal avait omis d'aborder dans ses motifs la demande des frais qu'elle avait faite, avait présenté une nouvelle demande au Tribunal pour qu'il traite la question des frais. Il en est résulté la publication d'un addendum formulé dans les mêmes termes que l'addendum prononcé dans la présente affaire.

[11] Dans le même sens, un examen des décisions rendues par le Tribunal au cours de la période allant du 1^{er} avril 1999 au 2 décembre 2002, effectué par le demandeur, révèle que, dans les 50 affaires où les plaintes ont été entièrement rejetées, le Tribunal a refusé, dans chaque cas, d'attribuer les frais à l'institution fédérale intéressée. Inversement, dans les 37 affaires où les plaintes ont été accueillies, le Tribunal a attribué les frais à la partie plaignante dans chaque cas. Dans les 19 cas où la plainte a été accueillie en partie, le Tribunal a accordé les frais à la partie plaignante.

[12] Le défendeur a allégué que la période faisant l'objet de cet examen avait été choisie de façon arbitraire, mais sans présenter à la Cour d'éléments indiquant qu'une tendance différente se dégagerait si l'on choisissait une autre période. Le défendeur n'a pas non plus contesté l'exactitude des chiffres indiqués pour la période examinée.

[13] Dans ce contexte, il est évident que le Tribunal a suivi au cours des ans une pratique consistant à accorder les frais aux parties plaignantes qui ont gain de cause, en refusant les frais à l'État bien qu'il obtienne le rejet des

complaints; and awarding the Crown its costs only where it can be shown that the complaint was frivolous, vexatious or where some reprehensible conduct can be attributed to the complainant. It is also clear from the reasons that the Tribunal adhered to this practice in denying costs in this instance.

ANALYSIS

Standard of Review

[14] The appropriate approach to determining the standard of review was reiterated by the Supreme Court in the recent decision of *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. At paragraph 26, McLachlin C.J. described the pragmatic and functional approach as follows:

In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors—the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question—law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

[15] Applying this approach to the present case, I note that the procurement complaint determinations made by the Tribunal are not protected by a privative clause. However, neither is there a statutory right of appeal. The Tribunal is clearly a specialized body (e.g. see *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282 (C.A.), at paragraph 18) and I am willing to accept that its expertise extends to the adjudication of procurement complaints (*Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292 (C.A.)).

[16] Section 30.16 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47] (the Act) is the statutory authority under which the decision in issue was rendered. It provides:

plaintes, et à n'accorder les frais à l'État que lorsqu'il est établi que la plainte était frivole, vexatoire ou que quelque conduite répréhensible peut être attribuée à la partie plaignante. Il ressort clairement des motifs que le Tribunal a suivi cette pratique en refusant les frais en l'espèce.

ANALYSE

Norme de contrôle

[14] La méthode appropriée pour déterminer la norme de contrôle a été réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt récent *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Au paragraphe 26, M^{me} le juge en chef McLachlin a décrit l'analyse pragmatique et fonctionnelle en ces termes:

Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels—la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

[15] En appliquant cette analyse à la présente affaire, je note que les décisions du Tribunal sur les plaintes concernant un marché public ne sont pas protégées par une clause privative. Toutefois, il n'y a pas non plus de droit d'appel prévu par la loi. Le Tribunal est clairement un organisme spécialisé (voir, p. ex., *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282 (C.A.), au paragraphe 18) et je suis disposé à accepter que son expertise s'étend aux décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics (*Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292 (C.A.)).

[16] L'article 30.16 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* [L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 47] (la Loi) est la disposition législative habilitant le Tribunal à rendre la décision en cause. Cet article est ainsi conçu:

30.16. (1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceeding before it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed.

[17] The purpose of this provision is to grant the Tribunal the power to make determinations as to costs in procurement complaint proceedings. It gives the Tribunal the power to award costs, determine when, and by whom they should be payable. Because such costs awards are made in the context of proceedings which are within the Tribunal's specialized jurisdiction, its expertise arguably extends to the framing of these awards.

[18] The first three factors identified by McLachlin C.J. in *Dr. Q.* would therefore tend to indicate that a relatively high degree of deference would be owed to the Tribunal in reviewing its decision.

[19] The fourth factor—i.e. the nature of the question—is of particular significance in the present case. The Tribunal's determination, to the extent that it results from the simple exercise of the Tribunal's statutorily conferred discretion and considering the other factors noted above, would suggest the application of a standard of "patent unreasonableness". This was the standard proposed by the parties at the hearing.

[20] However, the decision in this case does not involve the simple exercise of the Tribunal's discretion to award costs. What is in issue here is the Tribunal's practice of denying costs to the Crown despite its success, while awarding costs to complainants in the same circumstances. It seems clear when regard is had to the record before us and to the generic wording of the reasons given by the Tribunal that this judicial review is directed not so much against the decision denying costs, as against the practice which the Tribunal adhered to in denying such costs.

30.16. (1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation.

[17] Cette disposition a pour objet d'accorder au Tribunal le pouvoir de rendre des décisions sur les frais dans les procédures concernant une plainte relative à un marché public. Elle confère au Tribunal le pouvoir d'accorder les frais, de déterminer dans quel cas ils doivent être payés et par quelle partie. Étant donné que ces décisions d'attribution des frais sont rendues dans le cadre de procédures qui relèvent de la compétence spécialisée du Tribunal, on peut soutenir que l'expertise du Tribunal s'étend à la formulation de ces décisions.

[18] Les trois premiers facteurs énumérés par le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr. Q.* tendraient donc à indiquer qu'il faut faire preuve d'un degré relativement élevé de retenue à l'égard du Tribunal dans l'examen de sa décision.

[19] Le quatrième facteur, soit la nature de la question, revêt une importance particulière en l'espèce. La décision du Tribunal, dans la mesure où elle résulte du simple exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal par la loi, et compte tenu des autres facteurs indiqués ci-dessus, donnerait à penser qu'il faut appliquer la norme du «caractère manifestement déraisonnable». C'est la norme que les parties ont proposée à l'audience.

[20] Toutefois, la décision en l'espèce ne se réduit pas au simple exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder les frais. La question en litige concerne la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il a gain de cause, alors qu'il accorde les frais aux parties plaignantes lorsqu'elles ont gain de cause. Il semble clair lorsqu'on tient compte du dossier devant la Cour et de la formulation générale des motifs prononcés par le Tribunal que la présente demande de contrôle judiciaire vise non pas tant la décision refusant les frais que la pratique suivie par le Tribunal pour refuser ces frais.

[21] Keeping this in mind, the real question to be decided in this case is whether the practice adhered to by the Tribunal over the years, which resulted in the denial of costs in this instance, is authorized by the Act. This is a pure question of law, which indicates a lower level of deference than that which would apply to the simple exercise of discretion. Consideration must also be given to the jurisdictional nature of this decision (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 24, *per* Iacobucci J.) as well as to its obvious precedential value (*Dr. Q., supra*, at paragraph 34, *per* McLachlin C.J.). Both of these factors emphasize the appropriateness of a less deferential standard.

[22] The nature of the question, properly understood, suggests that this Court may be in as good a position as the Tribunal to decide the issue in this case. However, I believe that the decision should nevertheless be reviewed on a standard of reasonableness, recognizing as I must that the Tribunal's expertise in procurement matters possibly extends to the awarding of costs (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraphs 32-33; *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at paragraphs 4-5).

[23] The reasonableness standard requires a determination as to whether there are reasons capable of supporting the decision. The Supreme Court recently explained that this approach should focus on the reasons provided by the decision maker. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, Iacobucci J. stated (paragraph 49):

... 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. Curial deference involves respectful attention, though not submission to, those reasons.

[24] Accordingly, it is incumbent upon this Court to focus on the above-quoted reasons of the Tribunal to

[21] Compte tenu de cet élément, la véritable question à trancher en l'espèce est de savoir si la pratique suivie par le Tribunal au cours des ans, qui a conduit au refus des frais dans la présente affaire, est autorisée par la Loi. C'est là une pure question de droit, ce qui appelle un degré de retenue moindre que celui qui s'appliquerait au simple exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il faut également prendre en compte la dimension de la décision touchant la compétence (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 24, le juge Iacobucci) ainsi que sa valeur évidente de précédent (*Dr Q.*, précité, au paragraphe 34, le juge en chef McLachlin). Ces deux facteurs militent en faveur d'une norme faisant appel à un degré moindre de retenue.

[22] La nature de la question, correctement comprise, invite à penser que la Cour pourrait être aussi bien placée que le Tribunal pour trancher la question en litige en l'espèce. Toutefois, je crois que la décision doit néanmoins être examinée selon la norme de la décision raisonnable, en reconnaissant, comme il le faut, que l'expertise du Tribunal à l'égard des questions relatives aux marchés publics s'étend vraisemblablement à l'attribution des frais (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, aux paragraphes 32 et 33; *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (C.A.F.), aux paragraphes 4 et 5).

[23] La norme de la décision raisonnable suppose que l'on décide s'il y a des raisons pouvant justifier la décision. La Cour suprême a expliqué récemment que cette analyse doit se concentrer sur les motifs fournis par l'auteur de la décision. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci a indiqué (au paragraphe 49):

[. . .] 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. La déférence judiciaire demande non pas la soumission mais une attention respectueuse à ces motifs.

[24] La Cour doit donc se concentrer sur les motifs du Tribunal cités ci-dessus pour déterminer s'ils indiquent

determine whether they disclose a reasonable justification for the practice which resulted in the denial of costs in this instance. It should not be necessary to look beyond the Tribunal's reasons in this respect, particularly since it can be assumed that the Tribunal provided its full answer to the respondent's repeated requests for costs in this and in other cases dating back to 1998.

Application of the Standard

[25] In *Bell Canada v. Consumers' Association of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 190, it was held (at page 207) that in the absence of words to the contrary, "costs" in section 73 of the *National Transportation Act* [R.S.C. 1970, c. N-17] carries the same general connotation as legal costs, that is being for the purpose of indemnification or compensation. In the course of his reasons, Le Dain J. writing for a unanimous Court quoted (at page 202) the following passage from Middleton J.A. in *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.) [as page 216]:

The fundamental principle is thus clearly stated by Baron Bramwell in the case of *Harold v. Smith* (1960), 5 H. & N. 381, 385: "Costs as between party and party are given by the law as an indemnity to the person entitled to them: they are not imposed as punishment on the party who pays them, nor given as a bonus to the party who receives them. Therefore, if the extent of the damnification can be found out, the extent to which costs ought to be allowed is also ascertained."

[26] An award of costs, whether made in a judicial proceeding or in a proceeding before a regulatory or other Tribunal and apart from some statute or regulation providing for the contrary, is in the discretion of the Court or the Tribunal (*Telecom. Decision CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 F.C. 79 (C.A.), at page 84, *per* Urie J.A.). Section 30.16 expressly provides the Tribunal with this discretion, and is to that extent confirmative of the case law.

[27] In the absence of some indication to the contrary, the exercise of this discretion requires consideration of the facts connected with or leading up to the litigation with respect to which the award is made, including the

une justification raisonnable de la pratique ayant conduit au refus des frais dans la présente affaire. Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l'examen au-delà des motifs du Tribunal à cet égard, d'autant que l'on peut supposer que le Tribunal a donné sa réponse complète aux demandes répétées de frais présentées par le défendeur dans la présente affaire et dans d'autres affaires remontant à 1998.

Application de la norme

[25] Dans l'arrêt *Bell Canada c. Assoc. des consommateurs du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 190, il a été statué (à la page 207) qu'en l'absence d'indication contraire, le terme «frais» à l'article 73 de la *Loi nationale sur les transports* [S.R.C. 1970, ch. N-17] doit avoir la même connotation générale que les frais de justice, c'est-à-dire visant à indemniser ou à dédommager. Dans ses motifs, où il s'exprime au nom de la Cour unanime, le juge Le Dain a cité (à la page 202) l'extrait suivant des motifs du juge Middleton dans l'arrêt *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.) [à la page 216]:

[TRADUCTION] Le principe fondamental est donc clairement établi par le baron Bramwell dans l'arrêt *Harold v. Smith* (1860), 5 H. & N. 381, p. 385: «Les frais entre les parties sont accordés par la loi à titre d'indemnisation à la personne qui y a droit: ils ne sont pas imposés à titre de peine à la partie qui les paie, ni donnés comme gratification à la partie qui les reçoit. Par conséquent, si l'on peut établir l'étendue du dommage, l'étendue des frais qui doivent être accordés est également établie.»

[26] L'attribution des frais, qu'elle intervienne dans une procédure judiciaire ou dans une procédure devant un organisme de réglementation ou un autre tribunal administratif et à moins d'une loi ou d'un règlement prévoyant le contraire, relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal (*Décision Telecom. CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 C.F. 79 (C.A.), à la page 84, le juge Urie). L'article 30.16 confère expressément ce pouvoir discrétionnaire au Tribunal et vient donc, à cet égard, confirmer la jurisprudence.

[27] Sauf indication contraire, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire exige la prise en considération des faits reliés au litige à l'égard duquel la décision est prise ou qui y ont conduit, notamment de l'issue du litige

outcome of the dispute (*Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610 (C.A.)).

(*Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610 (C.A.)).

[28] In the normal course, and absent indications to the contrary, costs usually go to the successful party. Similarly, costs are not usually awarded where success is evenly divided in the absence of some factor dictating a different result (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186 (F.C.T.D.) at page 190). In *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.), Viscount Cave L.C. gave the following account of the discretion to award costs [at pages 811-812]:

[28] En temps normal, en l'absence d'indications contraires, les frais sont ordinairement accordés à la partie qui a gain de cause. De même, il n'y a généralement pas de frais accordés lorsque les deux parties ont gain de cause dans la même mesure, à moins que quelque facteur ne dicte un résultat différent (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186 (C.F. 1^{re} inst.) à la page 190). Dans l'arrêt *Donald Campbell and Company Limited c. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.), le vicomte Cave, lord juge en chef, a exposé de la façon suivante le pouvoir discrétionnaire d'attribuer les frais [aux pages 811 et 812]:

A successful defendant in a non-jury case has no doubt, in the absence of special circumstances, a reasonable expectation of obtaining an order for the payment of his costs by the plaintiff; but he has no right to costs unless and until the Court awards them to him, and the Court has an absolute and unfettered discretion to award or not to award them. This discretion, like any other discretion, must of course be exercised judicially, and the judge ought not to exercise it against the successful party except for some reason connected with the case. Thus, if—to put a hypothesis which in our Courts would never in fact be realized—a judge were to refuse to give a party his costs on the ground of some misconduct wholly unconnected with the cause of action or of some prejudice due to his race or religion or (to quote a familiar illustration) to the colour of his hair, then a Court of Appeal might well feel itself compelled to intervene. But when a judge, deliberately intending to exercise his discretionary powers, has acted on facts connected with or leading up to the litigation which have been proved before him or which he has himself observed during the progress of the case, then it seems to me that a Court of Appeal, although it may deem his reasons insufficient and may disagree with his conclusion, is prohibited by the statute from entertaining an appeal from it.

[TRADUCTION] Un défendeur qui a gain de cause dans une affaire où il n'y a pas de jury peut sans doute raisonnablement s'attendre, à moins de circonstances spéciales, à obtenir une ordonnance visant le remboursement de ses dépens par le demandeur; cependant, il n'a pas droit aux dépens tant que la Cour ne les lui a pas accordés. Cette dernière jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu de les accorder ou de les refuser. Ce pouvoir discrétionnaire, comme tout autre pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une manière régulière. Le juge ne devra pas exercer ce pouvoir à l'encontre d'une partie qui a gain de cause sauf pour un motif directement lié à l'affaire en question. Ainsi, si un juge—selon une hypothèse qui ne peut se réaliser dans nos tribunaux—refusait d'accorder les dépens à une partie en se fondant sur les motifs d'une quelconque inconduite complètement étrangère à la cause d'action, ou sur quelque préjugé en raison de la race ou de la religion ou (pour citer un exemple familier) en raison de la couleur de ses cheveux, alors la Cour d'appel pourrait bien se sentir obligée d'intervenir. Par contre, lorsqu'un juge, cherchant à dessein à exercer ses pouvoirs discrétionnaires, a rendu une décision en se fondant sur des faits reliés à la contestation ou qui y ont conduit et qui ont été prouvés devant lui ou qu'il a pu lui-même remarquer au cours du procès, il me semble que la loi interdit à une cour d'appel d'entendre l'appel de sa décision, même si elle trouve ses motifs insuffisants et qu'elle ne souscrit pas à sa conclusion.

[29] This Court applied the above-quoted passage in *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.) where the relevance of similar considerations was at issue. In that case, the Trial Division Judge [T-2216-81, April 30, 1982, not reported] had exercised his discretion not to award costs to the Crown despite the Crown's success in the proceeding

[29] La Cour a appliqué l'extrait cité ci-dessus dans l'arrêt *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.), où la pertinence de considérations similaires était en cause. Dans cette affaire, le juge de première instance [T-2216-81, le 30 avril 1982, non publiée] avait exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder les frais à l'État

before him. Mahoney J.A., writing for this Court, noted that the Trial Judge had refused to award costs on the basis that he did not see fit to “punish” the defendant or “further [its] burden” and also because he viewed the Crown as an “unusual plaintiff” which could pay its own costs. In overturning the decision of the Trial Judge, Mahoney J.A. stated (pages 1076-1077):

It is trite law that costs are not awarded to punish an unsuccessful party. There was a time when the “rule of dignity” dictated that the Crown neither asked nor paid costs in the ordinary course of events. That time is long past and the position of the Crown, even if it be “unusual”, is no more relevant than the colour of a litigant’s hair. With respect, none of the reasons given for denying the appellant costs have anything to do with the case nor any facts connected with it or leading up to it.

[30] Considering that the broad discretion to award (or not to award) costs must nevertheless be exercised judicially and staying close to the reasons offered by the Tribunal in support of its decision (*Ryan, supra*), I am unable to detect any reasonable justification for denying costs in this instance. I first note that section 30.16, which is the only statutory authority to which the Tribunal referred in its reasons (paragraph 3), does not authorize the Tribunal to adhere to a practice of denying costs to the Crown despite its success. Quite to the contrary, this provision, on the face of it, envisages that costs can be awarded to either party.

[31] Looking at the remainder of the reasons, the fact that HRDC was represented by salaried employees (reasons, paragraph 7) is not a relevant consideration. Furthermore, the reasons give no consideration to the principle of indemnification and do not recognize the fact that costs were incurred by HRDC in resisting the complaint brought against it. I also note that paragraphs 4, 5 and 6 of the reasons relate to the Tribunal’s general experience in dealing with complaints and, as such, bear no connection with the litigation with respect to which costs were sought.

malgré le fait qu’il lui avait donné gain de cause. Le juge Mahoney, J.C.A., écrivant au nom de la Cour, a relevé que le juge de première instance avait refusé d’accorder les frais au motif qu’il ne s’agissait pas d’un cas où il faut «punir» la défenderesse ou lui «ajouter un fardeau supplémentaire» et aussi parce qu’il voyait dans l’État un «demandeur inhabituel», capable de supporter ses propres frais. En infirmant la décision du juge de première instance, le juge Mahoney a déclaré (aux pages 1076 et 1077):

C’est un lieu commun que les dépens ne sont pas accordés pour punir une partie qui n’a pas eu gain de cause. Il fut un temps où la «dignité» empêchait l’État de demander ou de payer des dépens dans le cours ordinaire des choses. Cette époque est révolue et la situation de l’État, même si elle est «inhabituelle», n’est pas plus une question pertinente que ne l’est la couleur des cheveux d’une des parties. Avec égards, les raisons données pour refuser les dépens à l’appelante sont totalement étrangères à l’affaire ou aux faits reliés à la contestation ou qui y ont conduit.

[30] Considérant que le vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder (ou de ne pas accorder) les frais doit néanmoins être exercé judiciairement et en restant près des motifs donnés par le Tribunal au soutien de sa décision (arrêt *Ryan*, précité), je ne parviens pas à déceler de justification raisonnable du refus des frais en l’espèce. Je note d’abord que l’article 30.16, qui est la seule disposition législative invoquée par le Tribunal dans ses motifs (au paragraphe 31), n’autorise pas le Tribunal à suivre la pratique de refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il a gain de cause. Au contraire, cette disposition envisage manifestement la possibilité que les frais soient accordés à l’une ou l’autre des parties.

[31] Si nous passons au reste des motifs, le fait que DRHC ait été représenté par des employés salariés (paragraphe 7 des motifs) ne constitue pas une considération pertinente. En outre, les motifs ne prennent pas en considération le principe de l’indemnisation et ne reconnaissent pas le fait que DRHC a engagé des frais pour contester la plainte déposée contre lui. Je note également que les paragraphes 4, 5 et 6 des motifs se rapportent à l’expérience générale du Tribunal en matière de traitement des plaintes et, pour cette raison, n’ont pas de rapport avec le litige à l’égard duquel les frais étaient demandés.

[32] In this last connection, the respondent argued that although the observations made in these paragraphs are of a general nature, some of the facts in issue in this case come within the profile of cases to which the Tribunal was alluding in making these comments. As such, the respondent argued that these observations are relevant and justify the decision of the Tribunal denying costs to the applicant.

[33] Assuming that these paragraphs can be read as addressing the specifics of the present case, I do not believe that any of the observations which they embody can justify the denial of costs to the applicant. In particular, the fact that the respondent may have had to navigate through complex legal issues, devote time, money and resources to the pursuit of the complaint or that it presented its case in a forthright manner (reasons, paragraphs 5 and 6) does not justify a denial of costs to the successful party. After all, the end result establishes that HRDC was well advised to resist the complaint and costs were incurred in the process of doing so.

[34] Similarly, the fact that the complaint was “seemingly meritorious” at the initial stage (reasons, paragraph 4) is not a valid reason for ultimately denying costs to the successful party. A complaint which seems meritorious at the initial stage may turn out to be devoid of any merit at the final stage. Incidentally, this question cannot be answered in this case as there was no adjudication on the merits and hence no determination as to whether the complaint was meritorious.

[35] Finally, looking beyond what is expressly stated by the Tribunal in its reasons, the respondent argued that the Tribunal, as the “bid challenge authority” (*Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633 (C.A.), at paragraph 8) had a duty to ensure Canada’s compliance with international obligations arising under NAFTA and AIT relating to procurement matters. As such, it was submitted that the Tribunal has the authority to encourage complainants to come forward, or at least not to discourage them from doing so. The Tribunal’s costs policy is said to be justified on this basis.

[32] Sur ce dernier point, le défendeur a plaidé que, malgré le fait que les observations formulées dans ces paragraphes sont de nature générale, certains des faits en question dans la présente affaire correspondent à certains traits des affaires auxquelles le Tribunal faisait allusion en formulant ces observations. Le défendeur soutenait donc que ces observations étaient pertinentes et justifiaient la décision du Tribunal de refuser les frais au demandeur.

[33] Même si l’on suppose qu’il est possible d’interpréter ces paragraphes comme traitant des éléments particuliers de l’espèce, je n’estime pas que les observations qu’ils contiennent peuvent justifier de refuser les frais au demandeur. En particulier, le fait que le défendeur ait dû naviguer dans des questions juridiques complexes, consacrer du temps, de l’argent et des ressources afin de défendre sa plainte ou qu’il ait présenté sa cause de manière franche (paragraphes 5 et 6 des motifs) ne justifie pas le refus des frais à la partie qui a gain de cause. Au demeurant, le résultat final établit que DRHC a bien fait de contester la plainte et les frais ont été engagés à cette fin.

[34] De même, le fait que la plainte pouvait «sembler être fondée» au stade initial (paragraphe 4 des motifs) ne constitue pas un motif valide de refuser au bout du compte les frais à la partie qui a gain de cause. Une plainte qui semble être fondée au stade initial peut se révéler par la suite mal fondée au stade final. D’ailleurs, il est impossible de répondre à cette question en l’espèce puisqu’il n’y a pas eu de décision sur le fond, et donc de décision sur le fait que la plainte ait été fondée.

[35] Enfin, si nous allons au-delà de ce que le Tribunal dit expressément dans ses motifs, le défendeur a plaidé que le Tribunal, à titre d’«organe canadien compétent à l’égard des contestations ayant trait aux marchés publics» (*Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633 (C.A.), au paragraphe 8), avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l’ALÉNA et de l’ACI en matière de marchés publics. On a soutenu que le Tribunal avait donc le pouvoir d’encourager les intéressés à déposer des plaintes, ou du moins de ne pas les dissuader de le faire. La politique du Tribunal concernant les frais serait ainsi justifiée.

[36] Although it seems clear that the practice of denying costs to the Crown despite its success has the effect of encouraging complainants to come forward, the Tribunal has alluded to no provision which would authorize it to implement measures towards that end. Indeed, the only statutory reference contained in the reasons is to section 30.16 which, as we have seen, provides for no such authority. The respondent has been unable to point to any other provision which could be construed as authorizing the Tribunal to assume a proactive role in encouraging complaints.

[37] I accept that Parliament has designated the Tribunal as the competent forum for adjudicating procurement complaints and that, in fulfilling this function, the Tribunal is called upon to give effect to the international obligations which bind Canada in relation to procurement matters. But there is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. I can find nothing in the Act which would give the Tribunal authority to encourage or invite litigation in the area of procurement by adhering to a practice of denying costs to the Crown despite its success.

[38] I therefore conclude that the Tribunal fettered its discretion by adhering to this practice in this instance.

[39] I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and refer the matter back so that the Tribunal may exercise its discretion anew on proper principle, in the light of the foregoing reasons. The applicant should be entitled to the costs of this application.

STONE J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

[36] S'il semble clair que la pratique de refuser les frais à l'État malgré qu'il ait gain de cause a l'effet d'encourager les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à mettre en œuvre des mesures à cette fin. En fait, la seule disposition législative citée dans les motifs est l'article 30.16, lequel, comme nous l'avons vu, ne confère pas un tel pouvoir. Le défendeur n'a cité aucune autre disposition que l'on pourrait interpréter comme conférant au Tribunal le pouvoir de jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

[37] J'accepte que le législateur a désigné le Tribunal comme la juridiction compétente pour juger les plaintes relatives aux marchés publics et que le Tribunal, en s'acquittant de cette fonction, est appelé à donner effet aux obligations internationales qui lient le Canada en matière de marchés publics. Mais il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Je ne trouve aucune disposition dans la Loi qui donnerait au Tribunal le pouvoir d'encourager ou d'inviter les litiges en matière de marchés publics en suivant une pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause.

[38] Je conclus donc que Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant cette pratique en l'espèce.

[39] J'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire au Tribunal pour qu'il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes appropriés, compte tenu des motifs qui précèdent. Le demandeur devrait avoir droit aux frais de la présente demande.

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

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

T-2094-01
2003 FCT 593

T-2094-01
2003 CFPI 593

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

John King and Karen E. Holzer (*Respondents*)

John King et Karen E. Holzer (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KING (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KING (1^{RE} INST.)

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, April 29; Vancouver, May 14, 2003.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 29 avril; Vancouver, 14 mai 2003.

Public Service — Labour Relations — Adjudicator under PSSRA, s. 92 allowing grievances, ordering restoration of time docked from pay due to employer's interpretation of leave for family-related responsibilities provision in collective agreement — Grievors working shifts of 8.57, 10 hours in year — Although grievors took off 5 days, pay docked for taking off more than 37.5 hours in year for family-related responsibilities — Decisions of PSSRA adjudicators reviewed on patently unreasonable standard — Reversed only if not in accordance with reason, "simply ridiculous" — Collective agreement not saying family-related responsibilities leave "earned daily leave" within clause 33.01 — That clause inapplicable to leave for family-related responsibilities which is compassionate leave excepted from general principles of clause 33.01 — Entitlement, not earned daily, leave — Distinguished from bereavement leave — Open to Adjudicator to find collective agreement contravened.

Fonction publique — Relations du travail — L'arbitre a accueilli les griefs renvoyés à l'arbitrage en vertu de l'art. 92 de la LRTFP, ordonnant la restitution des heures de travail déduites de la rémunération en raison de l'interprétation faite par l'employeur de la disposition de la convention collective portant sur le congé pour obligations familiales — La durée des postes de travail des fonctionnaires s'estimant lésés était de 8,57 heures pour l'un et de 10 heures pour l'autre, pendant l'année — Bien que les défendeurs n'aient pris que 5 jours, il y a eu déduction de leur rémunération parce qu'ils auraient pris pendant l'année plus de 37,5 heures de congé pour obligations familiales — La norme du caractère manifestement déraisonnable s'applique aux décisions rendues par les arbitres dans le cadre de la LRTFP — Ces décisions ne sont renversées que si elles ne sont pas conformes à la raison, «tout simplement ridicule[s]» — Aucune disposition de la convention collective ne prévoit que le congé pour obligations familiales est un «crédit journalier de congé» au sens du paragraphe 33.01 — Ce paragraphe ne s'applique pas à un congé pour obligations familiales qui constitue un congé pour raisons familiales exclu de l'application des principes généraux du paragraphe 33.01 — Droit à un congé plutôt que crédit journalier de congé — Distinction d'avec le congé pour deuil — Il est loisible à l'arbitre de conclure à une violation de la convention collective.

This was an application for judicial review of a decision of an adjudicator under *Public Service Staff Relations Act* (PSSRA), section 92 allowing grievances and ordering that any time docked from grievors' pay due to employers' interpretation of a clause in the collective agreement be credited to them.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision rendue par un arbitre dans le cadre de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (LRTFP), accueillant les griefs et ordonnant que toute heure de travail déduite de la rémunération des fonctionnaires s'estimant lésés par suite de l'interprétation faite par l'employeur d'une clause de la convention collective leur soit rendue.

The respondents worked for Canada Customs and Revenue Agency (CCRA) under a collective agreement between CCRA and the Public Service Alliance of Canada. Their hours of work were governed by what are called Variable Shift

Les défendeurs travaillaient pour l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) et étaient régis par une convention collective conclue entre l'ADRC et l'Alliance de la Fonction publique du Canada (AFPC). Leurs heures de

Schedule Arrangements or VSSAs as authorized by the collective agreement. Each worked an average of 37.5 hours over a 56-day period but, respondent King worked 8.57-hour days while Holzer put in 10-hour days. Each was entitled to five days leave with pay per year for "Family-Related Responsibilities". The Attorney General's position was that a "day" for purposes of this leave provision was the normal 7.5-hour workday and not the hours actually worked by these employees. If they took off more than 37.5 hours in one year, their pay was "docked". The Adjudicator was of opinion that the employer's view was unfair to employees who work long shifts.

Held, the application should be dismissed.

The Supreme Court of Canada has held that the decision of an adjudicator under the PSSRA as to the interpretation of a collective agreement was to be reviewed on the patently unreasonable standard. The patently unreasonable test sets a high standard of review: the impugned decision was clearly not arrived at in accordance with reason or good sense. In a recent decision of this Court, Heneghan J. used the term "simply ridiculous". Even so, the Attorney General insisted that an adjudicator's interpretation of a collective agreement is not "bullet proof" and should be set aside if a remedy is granted which is not rationally connected to the breach alleged and runs counter to the collective agreement.

The Attorney General pointed to Article 33 of the collective agreement which provides that an employee's earned daily leave credits shall be converted into hours but, upon ceasing to be bound thereby, the leave credits shall be reconverted into days, with one day being equal to seven and one-half hours. It was argued that this was applicable to leave for family-related responsibilities and that those, like respondents, who work longer hours under a VSSA should be entitled to a credit of only seven and one-half hours in respect of a calendar day taken as leave for family-related responsibilities.

While acknowledging that arguments could be made for both interpretations, the Adjudicator concluded that the position taken by the grievors was more appropriate in the circumstances. It could not be said that this decision was "evidently not in accordance with reason". Nothing in the collective agreement says that leave with pay for family-related responsibilities is "earned daily leave" within clause

travail étaient régies par ce qu'il est convenu d'appeler des aménagements d'horaires de postes variables (AHPV) autorisés par la convention collective. Chaque défendeur travaillait en moyenne 37,5 heures par semaine sur une période de 56 jours, mais le défendeur King travaillait 8,57 heures par jour alors que les journées de travail de la défenderesse Holzer étaient de 10 heures. Chacun avait droit à cinq jours par année de congé payé pour «obligations familiales». La position du procureur général était qu'un «jour» au sens de cette disposition était une journée de travail normale de 7,5 heures et non le nombre d'heures pendant lesquelles ces employés travaillaient réellement. S'ils prenaient plus de 37,5 heures par année, un montant était déduit de leur rémunération. L'arbitre était d'avis que l'interprétation de l'employeur était injuste à l'égard des employés qui effectuent de longs postes.

Jugement: la demande doit être rejetée.

La Cour suprême du Canada a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision d'un arbitre rendue dans le cadre de la LRTFP et portant sur l'interprétation d'une convention collective était celle du caractère manifestement déraisonnable. Le critère du caractère manifestement déraisonnable établit une norme de contrôle sévère: la décision contestée n'était manifestement pas conforme à la raison, elle était contraire au bon sens. Dans une décision récente de la Cour, la juge Heneghan a utilisé les mots «tout simplement ridicule». Le procureur général a tout de même fait valoir que l'interprétation d'une convention collective faite par un arbitre n'est pas «à l'épreuve» du contrôle judiciaire et qu'elle devrait être annulée lorsque la réparation accordée n'a pas de lien rationnel avec la violation alléguée et va à l'encontre de la convention collective.

Le procureur général a attiré l'attention sur l'article 33 de la convention collective qui prévoit que les crédits journaliers d'un employé doivent être convertis en heures, mais reconvertis en jours lorsque l'employé cesse d'être assujéti à la convention collective, un jour équivalant à sept heures et demie. L'on a fait valoir que cette disposition s'appliquait au congé pour obligations familiales et que les personnes, comme les défendeurs, qui effectuent des heures de travail plus longues aux termes d'un AHPV ne devraient avoir droit qu'à un crédit d'heures de sept heures et demie pour une journée civile prise comme congé pour obligations familiales.

Tout en reconnaissant que des arguments pouvaient militer en faveur de l'une et l'autre interprétations, l'arbitre a conclu que la thèse des fonctionnaires s'estimant lésés était plus appropriée dans les circonstances. On ne pouvait pas dire que la décision était «de toute évidence non conforme à la raison». Il n'y a aucune disposition dans la convention collective indiquant que le congé payé pour obligations familiales est un

33.01. That clause does not apply to leave with pay for family-related responsibilities even though both clauses 33.01 and 43.01 are within Part IV, Leave Provisions, of the collective agreement. Leave for family-related responsibilities, like bereavement leave, is a type of compassionate leave excepted from the general principles of clause 33.01. Again, it is a form of entitlement leave, not earned daily leave. It is however, distinguishable from bereavement leave, which is for five consecutive calendar days including the day of the funeral and often including non-workdays. It was open to the Adjudicator to interpret “day” without reference to clause 33.01 and to conclude that, in the family-related responsibilities leave provision, “day” means a period of 24 consecutive hours, regardless of the number of hours the employee worked that “day”. It was further open to the Adjudicator to conclude that the collective agreement was contravened when the employer “docked” respondents’ pay for exceeding 37.5 hours taken off in respect of family-related responsibilities.

«crédit journalier de congé» au sens du paragraphe 33.01 de la convention collective. Cette disposition ne s’applique pas à un congé payé pour obligations familiales, malgré le fait que les paragraphes 33.01 et 43.01 figurent tous deux à la partie IV de la convention collective portant sur les congés. Comme le congé pour deuil, le congé pour obligations familiales est une forme de congé pour raisons familiales qui est exclu de l’application des principes généraux du paragraphe 33.01. Il s’agit de plus d’une forme de droit à un congé plutôt que d’un crédit journalier de congé. Le congé pour obligations familiales se distingue cependant du congé pour deuil qui est accordé pour une période de cinq jours civils consécutifs, y compris le jour des funérailles et souvent des jours qui ne sont pas des jours de travail. Il était loisible à l’arbitre d’interpréter le mot «journée» sans se reporter au paragraphe 33.01 et de conclure que le mot «journée» figurant dans la disposition concernant le congé pour obligations familiales s’entend d’une période de 24 heures consécutives, indépendamment du nombre d’heures de travail de l’employé au cours de cette «journée». Il était en outre loisible à l’arbitre de conclure qu’il était contraire à la convention collective que l’employeur déduise de la rémunération des défendeurs un montant correspondant aux heures prises comme congé pour obligations familiales en sus de 37,5 heures.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Barry v. Canada (Treasury Board) (1997), 221 N.R. 237 (F.C.A.).

APPLIED:

Essex County Roman Catholic School Board v. Ontario English Catholic Teachers’ Assn. (2001), 56 O.R. (3d) 85; 205 D.L.R. (4th) 700; 38 Admin. L.R. (3d) 166; 150 O.A.C. 2 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. King* (2000), 198 F.T.R. 141 (F.C.T.D.); affd (2002), 293 N.R. 330 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454, [1998] 1 S.C.R. 1079; (1998), 160 D.L.R. (4th) 1; [1999] 6 W.W.R. 453; 10 Admin. L.R. (3d) 1; 168 Sask. R. 104; 226 N.R. 319.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Barry c. Canada (Conseil du Trésor) (1997), 221 N.R. 237 (C.A.F.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Essex County Roman Catholic School Board c. Ontario English Catholic Teachers’ Assn. (2001), 56 O.R. (3d) 85; 205 D.L.R. (4th) 700; 38 Admin. L.R. (3d) 166; 150 O.A.C. 2 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. King* (2000), 198 F.T.R. 141 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (2002), 293 N.R. 330 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454, [1998] 1 R.C.S. 1079; (1998), 160 D.L.R. (4th) 1; [1999] 6 W.W.R. 453; 10 Admin. L.R. (3d) 1; 168 Sask. R. 104; 226 N.R. 319.

APPLICATION for judicial review of Adjudicator's decision (*King v. Canada Customs and Revenue Agency*, 2001 PSSRB 117) under *Public Service Staff Relations Act*, section 92 allowing grievances regarding the leave with pay for family-related responsibilities provision in a collective agreement. Application denied.

APPEARANCES:

Richard E. Fader for applicant.
James G. Cameron for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons follows the hearing of an application for judicial review of a decision of Yvon Tarte [2001 PSSRB 117], acting as an adjudicator under the authority of section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*¹ wherein he allowed certain grievances of the respondents and ordered that:

Any time docked from the grievors pay as a result of the employers' interpretation of clause 43.02 of the collective agreement will be returned to them.

The grievors referred to in the foregoing brief quotation are the respondents herein.

[2] Section 92 of the *Public Service Staff Relations Act* reads as follows:

92. (1) Where an employee has presented a grievance, up to and including the final level in the grievance process, with respect to

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision rendue par un arbitre (*King c. Agence des douanes et du revenu du Canada*, 2001 CRTFP 117) en vertu de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* et accueillant les griefs concernant la disposition d'une convention collective concernant le congé payé pour obligations familiales. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Richard E. Fader pour le demandeur.
James G. Cameron pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa, pour les défendeurs.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Les présents motifs font suite à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle M. Yvon Tarte [2001 CFTFP 117], agissant comme arbitre en vertu de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹, a accueilli certains griefs des défendeurs et ordonné ce qui suit:

Toute heure de travail déduite de la rémunération des fonctionnaires s'estimant lésés par suite de l'interprétation que fait l'employeur de la clause 43.02 de la convention collective leur sera rendue.

Les fonctionnaires s'estimant lésés qui sont mentionnés dans cette brève citation sont les défendeurs dans le cadre de la présente instance.

[2] L'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* dispose:

92. (1) Après l'avoir porté jusqu'au dernier palier de la procédure applicable sans avoir obtenu satisfaction, un fonctionnaire peut renvoyer à l'arbitrage tout grief portant sur:

(a) the interpretation or application in respect of the employee of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) in the case of an employee in a department or other portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I or designated pursuant to subsection (4),

(i) disciplinary action resulting in suspension or a financial penalty, or

(ii) termination of employment or demotion pursuant to paragraph 11(2)(f) or (g) of the *Financial Administration Act*, or

(c) in the case of an employee not described in paragraph (b), disciplinary action resulting in termination of employment, suspension or a financial penalty,

and the grievance has not been dealt with to the satisfaction of the employee, the employee may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

(2) Where a grievance that may be presented by an employee to adjudication is a grievance described in paragraph (1)(a), the employee is not entitled to refer the grievance to adjudication unless the bargaining agent for the bargaining unit, to which the collective agreement or arbitral award referred to in that paragraph applies, signifies in the prescribed manner its approval of the reference of the grievance to adjudication and its willingness to represent the employee in the adjudication proceedings.

(3) Nothing in subsection (1) shall be construed or applied as permitting the referral to adjudication of a grievance with respect to any termination of employment under the *Public Service Employment Act*.

(4) The Governor in Council may, by order, designate for the purposes of paragraph (1)(b) any portion of the public service of Canada specified in Part II of Schedule I.

[3] It was not in dispute before me that the respondents were, either “employee[s] in a department or other portion of the public service of Canada specified in Part I of Schedule I or designated pursuant to subsection (4) [of section 92]” and thus falling within paragraph 92(1)(b), or employees within the scope of paragraph 92(1)(c). Neither was it in dispute that the respondents had been subjected to disciplinary action resulting in a financial penalty.

a) l’interprétation ou l’application, à son endroit, d’une disposition d’une convention collective ou d’une décision arbitrale;

b) dans le cas d’un fonctionnaire d’un ministère ou secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie I de l’annexe I ou désigné par décret pris au titre du paragraphe (4), soit une mesure disciplinaire entraînant la suspension ou une sanction pécuniaire, soit un licenciement ou une rétrogradation visé aux alinéas 11(2)f) ou g) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*;

c) dans les autres cas, une mesure disciplinaire entraînant le licenciement, la suspension ou une sanction pécuniaire.

(2) Pour pouvoir renvoyer à l’arbitrage un grief du type visé à l’alinéa (1)a), le fonctionnaire doit obtenir, dans les formes réglementaires, l’approbation de son agent négociateur et son acceptation de le représenter dans la procédure d’arbitrage.

(3) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de permettre le renvoi à l’arbitrage d’un grief portant sur le licenciement prévu sous le régime de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*.

(4) Le gouverneur en conseil peut, par décret, désigner, pour l’application de l’alinéa (1)b), tout secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie II de l’annexe I.

[3] Devant moi, il n’a pas été contesté que les défendeurs étaient soit des «fonctionnaire[s] d’un ministère ou secteur de l’administration publique fédérale spécifié à la partie I de l’annexe I ou désigné par décret pris au titre du paragraphe (4) [de l’article 92]» et qu’ils sont ainsi visés par l’alinéa 92(1)b), soit des employés visés par l’alinéa 92(1)c). Aucune partie n’a contesté que les défendeurs ont fait l’objet d’une mesure disciplinaire entraînant une sanction pécuniaire.

[4] In the result, it was further not in dispute that the Adjudicator was acting within the scope of authority of an adjudicator under section 92 of the *Public Service Staff Relations Act*.

BACKGROUND

[5] The respondents were, at all relevant times, employees of Canada Customs and Revenue Agency (CCRA). Once again at all relevant times, the respondents' employment was governed by a collective agreement between CCRA and the Public Service Alliance of Canada (PSAC) signed by CCRA and by PSAC on June 23, 2000.² Their hours of employment were governed by Variable Shift Schedule Arrangements (VSSAs) entered into at the local level. VSSAs were authorized by the collective agreement governing the respondents' employment.

[6] Under the relevant collective agreement, the standard work week was 37.5 hours. Under the appropriate VSSAs, the respondent John King's workday was 8.57 hours rather than 7.5 hours, 7.5 hours being the normal workday to produce a five-day work week totalling 37.5 hours of work. The respondent Karen Holzer worked a 10-hour day rather than a 7.5-hour day. Nonetheless, each worked an average of 37.5 hours per week over a period of 56 days. In the result, the respondents averaged out to an ordinary work week of 37.5 hours but worked what I understand are often referred to as "compressed hours".

[7] The respondents, like all other employees under the relevant collective agreement, were entitled to five days per year of "Leave With Pay For Family-Related Responsibilities". That entitlement was governed by Article 43 of the relevant collective agreement which was in the following terms:

ARTICLE 43

LEAVE WITH PAY FOR FAMILY-RELATED RESPONSIBILITIES

43.01 For the purpose of this Article, family is defined as spouse (or common-law spouse resident with the employee), dependent children (including foster children or children of legal or common-law spouse), parents (including step-parents

[4] En conséquence, il n'a pas non plus été contesté que l'arbitre agissait dans le cadre des pouvoirs conférés à un arbitre en vertu de l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

CONTEXTE

[5] Pendant toute la période en cause, les défendeurs étaient des fonctionnaires de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC). Aussi, pendant toute la période en cause, l'emploi des défendeurs était régi par une convention collective conclue entre l'ADRC et l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'AFPC) et signée par celles-ci le 23 juin 2000.² Les heures de travail de ces fonctionnaires étaient régies par des aménagements d'horaires de postes variables (des AHPV) conclus au niveau local. Les AHPV étaient autorisés par la convention collective régissant l'emploi des défendeurs.

[6] Aux termes de la convention collective pertinente, la semaine de travail normale comptait 37,5 heures. Aux termes des AHPV pertinents, la journée de travail du défendeur John King comptait 8,57 heures plutôt que 7,5 heures, soit la journée de travail normale pour donner une semaine de travail de cinq jours comptant au total 37,5 heures de travail. La défenderesse Karen Holzer effectuait une journée de travail de 10 heures plutôt que de 7,5 heures. Néanmoins, chacun travaillait en moyenne 37,5 heures par semaine sur une période de 56 jours. En conséquence, les défendeurs effectuaient en moyenne une semaine de travail ordinaire de 37,5 heures, mais dans le cadre de ce qu'on appelle couramment, si j'ai bien compris, un «horaire comprimé».

[7] Comme tous les autres fonctionnaires visés par la convention collective pertinente, les défendeurs avaient droit à cinq jours par année de «congé payé pour obligations familiales». Ce droit était régi par l'article 43 de la convention collective pertinente, qui prévoit ce qui suit:

ARTICLE 43

CONGÉ PAYÉ POUR OBLIGATIONS FAMILIALES

43.01 Aux fins de l'application du présent article, la famille s'entend du conjoint (ou du conjoint de fait qui demeure avec l'employé-e), des enfants à charge (y compris les enfants n'ayant pas de liens de parenté ou de liens légaux ou les

or foster parents), or any relative permanently residing in the employee's household or with whom the employee permanently resides.

43.02 The total leave with pay which may be granted under this Article shall not exceed five (5) days in a fiscal year.

43.03 Subject to clause 43.02, the Employer shall grant leave with pay under the following circumstances:

- (a) up to one (1) day to take a dependent family member for medical or dental appointments, or for appointments with school authorities or adoption agencies, if the supervisor was notified of the appointment as far in advance as possible;
- (b) to provide for the immediate and temporary care of a sick member of the employee's family and to provide an employee with time to make alternate care arrangements where the illness is of a longer duration;
- (c) to provide for the immediate and temporary care of an elderly member of the employee's family;
- (d) two (2) days leave with pay for needs directly related to the birth or to the adoption of the employee's child, which may be divided into two (2) periods and granted on separate days.

[8] The respondents took advantage of the family-related responsibilities leave provision of their collective agreement, as they were entitled to do.

[9] The applicant took the position that a "day" within the meaning of Article 43 of the relevant collective agreement, and more particularly within the meaning of clause 43.02, was a "normal" 7.5-hour workday and not the longer workday that each of the respondents in fact worked under the terms of their relevant VSSAs. In the result, when each of the respondents took five days of family-related responsibilities leave, they were "docked" pay, in the terms of the Adjudicator's decision, for the number of hours they took off work in excess of 37.5 hours.

[10] It was this action by the employer that gave rise to the grievances that were the subject of the arbitration decision that is under review.

enfants du conjoint de droit ou de fait), du père et de la mère (y compris le père et la mère par remariage ou les parents nourriciers), ou de tout autre parent demeurant en permanence au domicile de l'employé-e ou avec qui l'employé-e demeure en permanence.

43.02 Le nombre total de jours de congés payés qui peuvent être accordés en vertu du présent article ne dépasse pas cinq (5) jours au cours d'une année financière.

43.03 Sous réserve du paragraphe 43.02, l'Employeur accorde un congé payé dans les circonstances suivantes:

- (a) d'une durée maximale d'une (1) journée pour conduire à un rendez-vous un membre de la famille à charge qui doit recevoir des soins médicaux ou dentaires, ou avoir une entrevue avec les autorités scolaires ou des organismes d'adoption, si le surveillant a été prévenu du rendez-vous aussi longtemps à l'avance que possible;
- (b) pour prodiguer des soins immédiats et temporaires à un membre malade de la famille de l'employé-e et pour permettre à l'employé-e de prendre d'autres dispositions lorsque la maladie est de plus longue durée;
- (c) pour prodiguer des soins immédiats et temporaires à une personne âgée de sa famille;
- (d) d'une durée de deux (2) journées pour les besoins directement rattachés à la naissance ou à l'adoption de son enfant, ce congé pouvant être divisé en deux (2) périodes et pris à des journées différentes.

[8] Les défendeurs se sont prévalus de la disposition relative aux congés pour obligations familiales de leur convention collective, comme ils avaient le droit de le faire.

[9] Le demandeur a soutenu qu'une «journée» au sens de l'article 43 de la convention collective pertinente, et, plus particulièrement, du paragraphe 43.02, était une journée de travail «normale» de 7,5 heures et non une journée de travail plus longue que celle que chacun des défendeurs effectuait réellement aux termes de leurs AHPV pertinents. En conséquence, lorsque chacun des défendeurs a pris cinq jours de congé pour obligations familiales, une partie de leur salaire a été déduite pour le nombre d'heures de congé qu'ils avaient pris en sus de 37,5 heures.

[10] C'est cette mesure de l'employeur qui a donné lieu aux griefs sur lesquels porte la décision arbitrale qui fait l'objet du présent contrôle judiciaire.

THE DECISION UNDER REVIEW

[11] The Adjudicator's reasons for decision consisted of only eight paragraphs. For ease of reference, they are quoted here in full:

Reasons for decision

These cases deal with the interpretation of the word day in article 43 of the collective agreement. Although the word day is not defined for the purposes of family related leave and although arguments can be made for both interpretations being advanced by the parties, I believe that the position taken by the grievors and their bargaining agent is the most appropriate in the circumstances.

A normal interpretation of the word day as a period of 24 hours is consistent with the intent and scheme of the collective agreement. Unless otherwise specified, as in the case of earned vacation or sick leave, a day must mean just that. This view is supported by the employer's own interpretation of the 10 day suspension imposed on Mr. King. In that case the employer argued that, given the grievor's shift work, a 10 day suspension amounted to 85.4 hours and not the standard 75 hours.

It is also supported by the fact that in subclause 25.27(g) the parties have specifically called for the conversion into hours of the acting pay qualifying period expressed in days in the collective agreement. A similar provision could easily have been inserted in the collective agreement with respect to the period of time available for family related leave.

As was stated in the *Phillips* case . . . " . . . the employer's view would perpetrate an unfairness on those employees who work long shifts. . . ". The events giving rise to family related leave do not fit within the confines of a 7.5 hour shift.

As in the *Phillips* case . . . clause 45.01 dealing with marriage leave sheds some light on the question. In that case the adjudicator, at pages 32-33, stated:

Clause M-21.01 Marriage Leave With Pay [. . .] specifies that "providing an employee gives the employer at least five (5) days notice, the employee shall be granted five (5) days marriage leave with pay for the purpose of getting

DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

[11] Les motifs de la décision de l'arbitre ne consistaient qu'en huit paragraphes. Pour en faciliter la consultation, je les cite intégralement:

Motifs de la décision

Les affaires en instance portent sur l'interprétation du terme «journée» employé dans l'article 43 de la convention collective. Bien que le terme ne soit pas défini aux fins du congé pour obligations familiales et bien que des arguments puissent militer en faveur des deux interprétations avancées par les parties, je crois que la thèse des fonctionnaires s'estimant lésés et de leur agent négociateur est la plus appropriée dans les circonstances.

Une interprétation normale du mot «journée» comme une période de 24 heures est conforme à l'intention et à l'esprit de la convention collective. À moins d'indication contraire, comme c'est le cas pour un congé annuel ou un congé de maladie acquis, une journée ne doit signifier que cela. L'employeur lui-même a abondé dans ce sens lorsqu'il a interprété la suspension de 10 jours imposée à M. King. Dans cette affaire, l'employeur a argué que, compte tenu du travail par postes du fonctionnaire s'estimant lésé, une suspension de dix jours équivalait à 85,4 heures et non aux 75 heures normales.

Cette interprétation est également confirmée par le fait que, à la sous-clause 25.27g) les parties ont expressément prévu la conversion en heures de la période ouvrant droit à une rémunération d'interim, exprimée en jours dans la convention collective. On aurait facilement pu insérer, dans la convention collective, une disposition semblable pour la période ouvrant droit à des congés pour obligations familiales.

Comme l'arbitre l'a indiqué dans la décision *Phillips* [. . .], «[. . .] l'interprétation de l'employeur serait injuste à l'égard des fonctionnaires qui effectuent de longs postes [. . .]». Les événements qui donnent lieu à un congé pour obligations familiales ne cadrent pas avec les limites d'un poste de sept heures et demie.

Comme c'est le cas dans la décision *Phillips* [. . .], la clause 45.01, qui porte sur le congé de mariage, éclaire quelque peu la question litigieuse. Dans l'affaire *Phillips*, l'arbitre a déclaré ce qui suit aux pages 33-34:

La clause M-21.01, Congé de mariage [. . .] prévoit que «[. . .] à condition que l'employé-e donne à l'employeur un préavis d'au moins cinq (5) jours, il bénéficie d'un congé payé de cinq (5) jours aux fins de contracter mariage».

married". In this provision, the term "day" is used for two purposes: firstly, as the basis for notice to the employer and secondly, in describing the entitlement. It is inconceivable to me that the notice required under this provision is in effect a little over two days for those employees who are working 18-hour shifts. Surely it would be quite disruptive to the employer's operation if the entitlement in this provision could be triggered on such short notice. A more logical interpretation would be that both the entitlement in respect of marriage leave and the entitlement to leave for family-related responsibilities were intended to allow the employee sufficient time off to respond to the real needs of employees which are envisaged in these provisions. To interpret it otherwise is neither consistent with the terms of the agreement nor would it be equitable to the employees as a whole.

I should add that the *Phillips* decision . . . was decided in 1991. The employer has had ample opportunity and time to clarify the meaning of the word day in the family related leave provisions of the collective agreement in subsequent rounds of collective bargaining had it wished to do so.

Finally, I do not believe that this interpretation of the provision dealing with family related leave violates clause 25.25 of the collective agreement since article 43 contemplates the granting of such leave on the basis of a 24 hour period.

The grievances of Mr. King and Ms. Holzer are allowed. Any time docked from the grievors pay as a result of the employer's interpretation of clause 43.02 of the collective agreement will be returned to them.³[Citations omitted.]

THE ISSUES

[12] Only two issues were argued on this application for judicial review. The first, the appropriate standard of review, essentially gave rise to no dispute between the parties. The second, simply stated, was whether or not, against the appropriate standard of review, the Adjudicator made any reviewable error.

ANALYSIS

(a) Standard of Review

[13] In *Barry v. Canada (Treasury Board)*,⁴ Justice Robertson, following a brief analysis of precedents in the Supreme Court of Canada, wrote at paragraph 4:

Dans cette disposition, le mot «jours» est utilisé pour deux raisons: premièrement, pour définir le préavis à donner à l'employeur et, deuxièmement, pour décrire le congé auquel le fonctionnaire a droit. Il m'apparaît inconcevable que le préavis dont il est question soit en réalité d'un peu plus de deux jours dans le cas des fonctionnaires effectuant des postes de 18 heures. Manifestement, l'employeur pourrait voir ses opérations passablement perturbées si un fonctionnaire pouvait obtenir un tel congé à si bref avis. Il est plus logique de supposer que les parties, en acceptant d'inclure dans la convention le congé de mariage et le congé pour obligations familiales, voulaient permettre aux fonctionnaires de s'absenter pendant assez longtemps pour répondre aux besoins réels associés à l'un ou l'autre congé. Toute autre interprétation va à l'encontre de la convention collective et crée une situation inéquitable pour l'ensemble des fonctionnaires.

J'ajouterais que la décision *Phillips* [. . .] a été rendue en 1991. S'il l'avait voulu, l'employeur aurait amplement eu l'occasion et le temps—lors des rondes subséquentes de négociation collective—de clarifier le sens du mot «journée» dans les dispositions de la convention collective touchant le congé pour obligations familiales.

Enfin, je ne crois pas que cette interprétation des dispositions visant le congé pour obligations familiales contrevienne à la clause 25.25 de la convention collective, puisque l'article 43 prévoit l'octroi d'un tel congé en fonction d'une période de 24 heures.

Les griefs de M. King et de M^{me} Holzer sont accueillis. Toute heure de travail déduite de la rémunération des fonctionnaires s'estimant lésés par suite de l'interprétation que fait l'employeur de la clause 43.02 de la convention collective leur sera rendue³. [Références omises.]

QUESTIONS

[12] Seules deux questions ont été débattues dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. La première, la norme de contrôle appropriée, n'a essentiellement donné lieu à aucun débat entre les parties. La seconde consiste simplement à savoir si, compte tenu de la norme de contrôle appropriée, l'arbitre a commis une erreur susceptible de contrôle.

ANALYSE

a) Normes de contrôle

[13] Dans *Barry c. Canada (Conseil du Trésor)*⁴, après une brève analyse des précédents de la Cour suprême du Canada, le juge Robertson écrit ceci au paragraphe 4:

In conclusion, the standard of review of an adjudicator's decision, rendered under the [*Public Service Staff Relations Act*], with respect to the interpretation of the provisions of a collective agreement is whether the decision is patently unreasonable. This was true prior to June 1, 1993 [when a privative clause contained in the Act was repealed] and the same holds true after that date.

[14] It was not in dispute before me that the issue before the Adjudicator and that is now before this Court, was "with respect to the interpretation of the provisions of a collective agreement".

[15] In *Essex County Roman Catholic School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn.*,⁵ Justice MacPherson, for the Court and under the heading "Was the arbitrator's award patently unreasonable?" wrote at paragraph 36:

To the non-legal ear, an accusation that one's interpretation or opinion on some matter is patently unreasonable would probably be regarded as a serious, even stinging, rebuke. In the legal context, it is clear that the label carries with it an equally serious rebuke. In a long line of cases, the Supreme Court of Canada has cautioned courts against easy resort to the label in the exercise of their judicial review function. As expressed by Cory J. in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, . . . :

It is said that it is difficult to know what "patently unreasonable" means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reason. *Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review.* In the Shorter Oxford English Dictionary "patently", an adverb, is defined as "openly, evidently, clearly". "Unreasonable" is defined as "[n]ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense". Thus, *based on the dictionary definition of the words "patently unreasonable" it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.*

En conclusion, la norme de contrôle applicable aux décisions d'un arbitre, rendues en vertu de la [*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*], pour ce qui a trait à l'interprétation des dispositions d'une convention collective est de savoir si la décision est manifestement déraisonnable. C'était vrai avant le 1^{er} juin 1993 [lorsqu'une clause privative que contenait la Loi a été abrogée], et c'est encore vrai après.

[14] Devant moi, il n'a pas été contesté que la question soumise à l'arbitre et dont la présente Cour est maintenant saisie avait «trait à l'interprétation des dispositions d'une convention collective».

[15] Dans *Essex County Roman Catholic School Board v. Ontario English Catholic Teachers' Assn.*,⁵ au nom de la Cour et sous la rubrique intitulée [TRADUCTION] «La décision de l'arbitre était-elle manifestement déraisonnable?», le juge MacPherson a écrit ce qui suit au paragraphe 36:

[TRADUCTION] Pour le profane, une accusation portant que l'interprétation ou l'opinion d'une personne au sujet d'une certaine question est manifestement déraisonnable serait probablement considérée comme un reproche sévère, voire cinglant. Dans le contexte juridique, il est clair que cette étiquette dénote un reproche également sévère. À maintes reprises, la Cour suprême du Canada a averti les tribunaux de ne pas recourir trop facilement à cette étiquette dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle judiciaire. Comme l'a exprimé le juge Cory dans *Canada (Procureur général) c. Alliance de la fonction publique du Canada*, . . . :

Le sens de l'expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. *Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère.* Dans le Grand Larousse de la langue française, l'adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d'une chose que l'on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n'est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». *Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu'a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n'est pas clairement irrationnelle, c'est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu'il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s'agit là d'un critère très strict.*

[16] Recently, my colleague, Justice Heneghan had before her a decision of an adjudicator in which the Adjudicator upheld the grievance of an individual, apparently one of the respondents here, respecting the calculation of his compensation for having worked on a designated paid holiday. In *Canada (Attorney General) v. King*,⁶ Justice Heneghan concluded at paragraph 25 of her reasons:

The Applicant has not established that the decision is patently unreasonable, in the sense of being “clearly irrational” or “simply ridiculous”.

Justice Heneghan’s decision was appealed. The Federal Court of Appeal disposed of the appeal in very brief reasons, the second paragraph of which reads as follows:

We are not persuaded that the Adjudicator’s decision can be viewed as clearly irrational. We say this despite the able argument of counsel for the appellant to the effect that the Adjudicator’s decision was patently unreasonable.⁷

[17] Counsel for the applicant urged that none of the foregoing authorities stands for the principle that the decision of an adjudicator in the interpretation of a collective agreement is “bullet proof” on judicial review. In this regard, counsel cited *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*⁸ where the Supreme Court of Canada considered a decision of a Board of Arbitrators that imported a concept of constructive layoff, not found in the collective agreement at issue, and concluded that it gave rise to a scheduling grievance not specified in the collective agreement. The Court concluded at paragraph 82, that the Board of Arbitrators had granted a remedy “not rationally connected to the breach alleged and [running] counter to the provisions of the collective agreement” and that, in so doing, the Board of Arbitrators had reached a determination that was patently unreasonable. Counsel for the applicant urged that I should reach a similar conclusion on the facts of this matter.

(b) Was the Arbitrator’s decision that is under review patently unreasonable?

[18] Counsel for the applicant urged that I should determine that the answer to this issue question, the sole

[16] Récemment, ma collègue, M^{me} la juge Heneghan, a été saisie de la décision par laquelle un arbitre avait maintenu le grief d’une personne, qui est apparemment l’un des défendeurs en l’espèce, au sujet du calcul de sa rémunération pour du travail fait un jour férié payé. Dans *Canada (Procureur général) c. King*,⁶ au paragraphe 25 de ses motifs, la juge Heneghan a conclu ce qui suit:

Le demandeur n’a pas établi que la décision est manifestement déraisonnable, en ce sens qu’elle est «clairement irrationnelle» ou «tout simplement ridicule».

La décision de la juge Heneghan a été portée en appel. La Cour d’appel fédérale a tranché l’appel par de très brefs motifs, dont le second paragraphe se lit comme suit:

Nous ne sommes pas persuadés que la décision de l’arbitre puisse être considérée comme manifestement déraisonnable. Nous affirmons cela en dépit de l’argumentation habile de l’avocat de l’appelant selon laquelle la décision de l’arbitre était manifestement déraisonnable⁷.

[17] L’avocat du demandeur a fait valoir qu’aucune des autorités susmentionnées n’étaye le principe portant que la décision d’un arbitre dans l’interprétation d’une convention collective est «à l’épreuve» du contrôle judiciaire. À cet égard, l’avocat a cité *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*⁸, où la Cour suprême du Canada a examiné la décision d’un conseil d’arbitrage qui importait un concept de mise à pied déguisé ne figurant pas dans la convention collective en cause, et qui a conclu qu’il donnait lieu à un grief portant sur l’établissement des horaires non précisé dans la convention collective. Au paragraphe 82, la Cour a conclu que le conseil d’arbitrage avait accordé une réparation qui n’avait «pas de lien rationnel avec la violation alléguée et [allait] à l’encontre des dispositions de la convention collective» et, ce faisant, le conseil d’arbitrage avait rendu une décision manifestement déraisonnable. L’avocat du demandeur fait valoir que je devrais tirer une conclusion similaire au sujet des faits de la présente affaire.

b) La décision de l’arbitre qui fait l’objet d’un contrôle judiciaire était-elle manifestement déraisonnable?

[18] L’avocat du demandeur fait valoir que je devrais décider que la réponse à cette question, la seule question

substantive issue before the Court, is “yes”, primarily by reference to Article 33 of the relevant collective agreement, and more particularly by reference to clause 33.01. The headings preceding clause 33.01 and clause 33.01 itself read as follows:

ARTICLE 33
LEAVE—GENERAL

33.01

- (a) When an employee becomes subject to this Agreement, his or her earned daily leave credits shall be converted into hours. When an employee ceases to be subject to this Agreement, his or her earned hourly leave credits shall be reconverted into days, with one day being equal to seven and one-half (7 ½) hours.
- (b) When leave is granted, it will be granted on an hourly basis and the number of hours debited for each day of leave being equal to the number of hours of work scheduled for the employee for the day in question.
- (c) Notwithstanding the above, in Article 47, Bereavement Leave With Pay, a “day” will mean a calendar day. [Emphasis added.]

[19] Counsel for the applicant urged that clause 33.01 applies directly with respect to leave for family-related responsibilities, as provided for in Article 43, which, like clause 33.01 is within Part IV—Leave Provisions of the relevant collective agreement. As such, counsel submitted, in interpreting the leave for family-related responsibilities provision, the concept “day” should be converted into hours with one day being equal to seven and one half hours. He urged that, by reference to sub-clause 33.01(c), the sole exception to such conversion into hours related to bereavement leave with pay where a “day” is to mean a calendar day. Thus, counsel posited, since a day is to be converted to seven and one half hours, those like the respondents who worked longer hours under a VSSA should only be entitled to a work credit of seven and one half hours for a calendar day taken as leave for family-related responsibilities, notwithstanding that, if they had worked that day, they would have worked more than seven and one half hours and been paid for the hours they worked according to their VSSAs.

de fond dont la Cour est saisie, est «oui», surtout si l’on se reporte à l’article 33 de la convention collective pertinente et, plus particulièrement, au paragraphe 33.01. Les titres de rubrique précédant le paragraphe 33.01 et ce paragraphe lui-même sont les suivants:

ARTICLE 33
CONGÉS—GÉNÉRALITÉS

33.01

- a) Dès qu’un employé-e devient assujéti à la présente convention, ses crédits journaliers sont convertis en heures. Lorsqu’il ou elle cesse d’y être assujéti, ses crédits horaires de congé acquis sont reconvertis en jours, un jour équivalant à sept heures et demie (7½).
- b) Les congés sont accordés en heures, le nombre d’heures débitées pour chaque jour de congé correspondant au nombre d’heures de travail normalement prévues à l’horaire de l’employé-e pour la journée en question.
- c) Nonobstant les dispositions qui précèdent, dans l’article 47, Congé de deuil payé, le mot «jour» a le sens de jour civil. [Non souligné dans l’original.]

[19] L’avocat du demandeur fait valoir que le paragraphe 33.01 s’applique directement au congé pour obligations familiales, comme le prévoit l’article 43 qui, comme le paragraphe 33.01, se trouve au chapitre IV—Congés de la convention collective pertinente. Pour cette raison, l’avocat du demandeur soutient qu’en interprétant la disposition relative aux obligations familiales, le concept de «journée» devrait être converti en heures, une journée correspondant à sept heures et demie. Il fait valoir que, si l’on se reporte à l’alinéa 33.01c), la seule exception à cette conversion en heures concerne le congé de deuil payé, où le mot «journée» s’entend d’un jour civil. Ainsi, l’avocat du demandeur pose comme postulat qu’étant donné qu’une journée doit être convertie en sept heures et demie, les personnes qui se trouvent dans la situation des défendeurs et qui ont effectué des heures de travail plus longues aux termes d’un AHPV ne devraient avoir droit qu’à un crédit d’heures de sept heures et demie pour une journée civile prise comme congé pour obligations familiales, malgré le fait que, si elles ont travaillé cette journée, elles ont travaillé plus de sept heures et demie et ont été payées pour les heures qu’elles ont effectuées selon leur AHPV.

[20] The Arbitrator acknowledged this argument before him when, at paragraph [19] of his reasons, under the headings “Arguments” and “For the employer” he wrote:

The general clause of the collective agreement dealing with leave (33.01) requires that leave credits be converted to hours. Given that under clause 43.02 family related leave cannot exceed 5 days, it becomes obvious that the 5 days must be converted to 37.5 hours.

[21] The Arbitrator did not explicitly address this argument. That being said, I am satisfied that he did implicitly address it in paragraph 21 of his reasons earlier quoted, but repeated here for convenience:

These cases deal with the interpretation of the word day in article 43 of the collective agreement. Although the word day is not defined for the purposes of family related leave and although arguments can be made for both interpretations being advanced by the parties, I believe that the position taken by the grievors and their bargaining agent is the most appropriate in the circumstances.

[22] I am satisfied that this brief analysis and conclusion by the Arbitrator was open to him. Put another way, I am satisfied that his quoted conclusion was neither “clearly irrational” or “evidently not in accord with reason”. I was referred to nothing in the relevant collective agreement that indicates that leave with pay for family-related responsibilities is “earned daily leave” within the meaning of clause 33.01 of the collective agreement. If leave with pay for family-related responsibilities is not “earned daily leave” but rather is a daily leave credit that is an entitlement, and I am satisfied that it is open to such an interpretation, then clause 33.01 simply does not apply to leave with pay for family-related responsibilities notwithstanding the fact that clause 33.01 and clause 43.01 both appear in Part IV—Leave Provisions of the collective agreement.

[23] A cursory analysis of the Leave With Pay for Family-Related Responsibilities provision of the collective agreement reveals: first, that it is a form of compassionate leave not unlike Bereavement Leave With Pay, which is specifically excepted from the general principles of clause 33.01; and second, that it is

[20] L’arbitre reconnaît cet argument qui lui a été présenté au paragraphe [19] de ses motifs, sous les rubriques intitulées «Plaidoiries» et «Pour l’employeur», lorsqu’il écrit ce qui suit:

La disposition générale de la convention collective traitant des congés (33.01) exige que les crédits de congé soient convertis en heures. Puisque, aux termes de la clause 43.02, les congés pour obligations familiales ne peuvent dépasser cinq jours, il est évident que ces cinq jours doivent être convertis en 37 heures et demie.

[21] L’arbitre n’a pas traité expressément de cet argument. Cela étant dit, je suis persuadé qu’il en a implicitement traité au paragraphe 21 de ses motifs précités, mais répétés ici par souci de commodité:

Les affaires en instance portent sur l’interprétation du terme «journée» employé dans l’article 43 de la convention collective. Bien que le terme ne soit pas défini aux fins du congé pour obligations familiales et bien que des arguments puissent militer en faveur des deux interprétations avancées par les parties, je crois que la thèse des fonctionnaires s’estimant lésés et de leur agent négociateur est la plus appropriée dans les circonstances.

[22] Je suis convaincu qu’il était loisible à l’arbitre de faire cette brève analyse et de tirer cette conclusion. En d’autres termes, je suis convaincu que sa conclusion précitée n’était ni «clairement irrationnelle» ni «de toute évidence non conforme à la raison». On ne m’a cité aucune disposition de la convention collective pertinente indiquant que le congé payé pour obligations familiales est un «crédit journalier de congé» au sens du paragraphe 33.01 de la convention collective. Si le congé payé pour obligations familiales n’est pas un «crédit journalier de congé», mais plutôt un crédit journalier de congé qui est un droit, et je suis convaincu qu’il peut être ainsi interprété, le paragraphe 33.01 ne s’applique tout simplement pas à un congé payé pour obligations familiales, malgré le fait que ce paragraphe et le paragraphe 43.01 figurent tous les deux à la partie IV—Congés de la convention collective.

[23] Une analyse superficielle de la disposition relative aux congés payés pour obligations familiales de la convention collective révèle ce qui suit: premièrement, il s’agit d’une forme de congé pour raisons familiales ressemblant au congé pour deuil payé, qui est expressément exclu de l’application des principes

a form of an entitlement leave rather than an earned daily leave. Arguably, since it is an entitlement leave, rather than an earned daily leave, it falls outside paragraph 33.01(a). But that provides no explanation as to why it is not treated, within the context of clause 33.01, in the same way as Bereavement Leave With Pay. I am satisfied that it is equally distinguishable from Bereavement Leave, which is for a period of five consecutive calendar days, which must include the day of the funeral and which, almost inevitably, will not all be workdays in the majority of circumstances. I am satisfied that this distinction is sufficient to allow the Adjudicator to conclude as he did.

[24] In the result, I am satisfied that it was open to the Adjudicator to interpret “day” in the Leave With Pay for Family-Related Responsibilities provision of the collective agreement without reference to clause 33.01 of the agreement and, in so doing, to conclude that, in the Leave With Pay for Family-Related Responsibilities provision of the collective agreement, “day” means a period of 24 consecutive hours, regardless of the number of hours that a particular employee such as either of the respondents might have worked in that “day”. In the further result, it was open to the Adjudicator to conclude that it was contrary to the collective agreement for the employer to have “docked” from the grievors, here the respondents, pay for hours taken by either of them, in excess of 37.5 hours, as leave with pay for family-related responsibilities.

CONCLUSION

[25] Based upon the foregoing analysis, this application for judicial review will be dismissed. Each side sought costs in the event that it was successful. I am satisfied that costs should follow the event. The respondents will be entitled to a single set of costs, as against the applicant.

généraux du paragraphe 33.01, et, deuxièmement, il s’agit d’une forme de droit à un congé plutôt que d’un crédit journalier de congé. On peut dire qu’étant donné qu’il s’agit d’un droit à un congé, plutôt que d’un crédit de congé journalier, il n’est pas visé par l’alinéa 33.01a), mais cela n’explique pas pourquoi il ne doit pas être traité, dans le contexte du paragraphe 33.01, de la même manière que le congé pour deuil payé. Je suis convaincu qu’il peut également être distingué du congé payé, qui est accordé pour une période de cinq jours civils consécutifs, qui doivent inclure le jour des funérailles et, presque inévitablement, ne correspondront pas tous à des jours de travail dans la majorité des cas. Je suis convaincu que cette distinction suffit pour permettre à l’arbitre de tirer cette conclusion.

[24] En conséquence, je suis persuadé qu’il était loisible à l’arbitre d’interpréter le mot «journée» figurant dans la disposition relative aux congés payés pour obligations familiales de la convention collective sans se reporter au paragraphe 33.01 de la convention et, ce faisant, de conclure que le mot «journée» figurant dans cette disposition s’entend d’une période de 24 heures consécutives, indépendamment du nombre d’heures de travail qu’un employé déterminé, tel que les défendeurs, pourrait avoir effectué au cours de cette «journée». En outre, il était loisible à l’arbitre de conclure qu’il était contraire à la convention collective que l’employeur déduise du salaire des fonctionnaires s’estimant lésés, les défendeurs en l’espèce, un montant correspondant aux heures qu’ils avaient prises, en sus de 37,5 heures, comme congé payé pour obligations familiales.

CONCLUSION

[25] D’après l’analyse qui précède, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée. Chaque partie a demandé les dépens advenant qu’elle ait gain de cause. Je suis convaincu que les dépens devraient suivre l’issue de la cause. Les défendeurs ont droit à un seul mémoire de frais, lesquels sont imposés au demandeur.

¹ R.S.C., 1985, c. P-35 [s. 92 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 68)].

² Applicant’s application record, Tab 3C, pp. 28-245.

³ Applicant’s application record, Tab 2, pp. 12-13.

⁴ (1997), 221 N.R. 237 (F.C.A.).

⁵ (2001), 56 O.R. (3d) 85 (C.A.).

¹ L.R.C. (1985), ch. P-35 [art. 92 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 68)].

² Dossier de demande du demandeur, onglet 3C, p. 28 à 245.

³ Dossier de la demande du demandeur, onglet 2, p. 12 et 13.

⁴ (1997), 221 N.R. 237 (C.A.F.).

⁵ (2001), 56 O.R. (3d) 85 (C.A.).

⁶ (2002), 198 F.T.R. 141 (F.C.T.D.).

⁷ (2002), 293 N.R. 330 (F.C.A.).

⁸ [1998] 1 S.C.R. 1079.

⁶ (2000), 198 F.T.R. 141 (C.F. 1^{re} inst.).

⁷ (2002), 293 N.R. 330 (C.A.F.).

⁸ [1998] 1 R.C.S. 1079.

A-193-02

2003 FCA 271

A-193-02

2003 CAF 271

Canadian Pacific Railway Company (Appellant)**Canadien Pacifique Limitée (appelante)**

v.

c.

Canadian Transportation Agency and Canadian Wheat Board (Respondents)**Office canadien des transports et Commission canadienne du blé (intimés)****INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY CO. v. CANADA (TRANSPORTATION AGENCY) (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LIMITÉE c. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (C.A.)**Court of Appeal, Rothstein, Sexton and Sharlow J.J.A.—
Ottawa, May 20, 21 and June 23, 2003.Cour d'appel, juges Rothstein, Sexton et Sharlow J.C.A.—
Ottawa, 20, 21 mai et 23 juin 2003.

Transportation—Railway transportation of grain—An Act to amend the Canada Transportation Act regulating maximum annual revenues earned to move western grain—Canadian Transportation Agency determines revenue cap for each railway—If cap exceeded, excess plus penalties paid over—Demurrage excluded for revenue cap purposes—Agency holding portion of revenues attributed to demurrage by CP Rail unreasonable, to be included in revenues subject to cap—Whether Agency empowered by Act, ss. 150, 151 to make impugned decision—Definition of demurrage—How Agency's decision arose—Statutory right of appeal—Question of statutory interpretation, not technical question engaging Agency's expertise—Not "polycentric" question involving balancing interests—Decision to be reviewed on correctness standard upon application of pragmatic, functional approach—Once Agency finds amount reasonably characterized as demurrage, powers exhausted—Parliament's intention as to Agency's role regarding demurrage—Not to undertake broad assessment whether charges justified by market, railway cost considerations, effect on shippers, consignees—Intensive freight rate regulation no longer applicable under current legislation—Agency lacking statutory authority to determine reasonableness of demurrage revenues—Reasons for difference in wording between s. 150(3)(b), 150(3)(a), (c) considered—Whether Agency, to have regard to proportionality test equating harm, compensation to asset owner, penalty paid by shipper—Railway's power to set demurrage policies not impairing integrity of revenue cap regime—Act, s. 112 inapplicable to demurrage—Poor communications between CP Rail, customers perhaps subject for s. 113 service complaint, irrelevant as to demurrage.

Transports—Transport ferroviaire du grain—La Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada régleme les revenus annuels maximum pour le transport du grain en provenance de l'Ouest—L'Office des transports du Canada établit le plafond de revenu pour chaque entreprise de chemin de fer—Si le plafond de revenu est dépassé, l'excédent et une pénalité doivent être versés—Les droits de stationnement sont exclus pour le calcul du plafond de revenu—L'Office a estimé qu'une partie des revenus attribués par le CP aux droits de stationnement était déraisonnable et qu'ils devaient être inclus dans les revenus assujettis au plafond—L'Office était-il habilité par les art. 150 et 151 à rendre la décision contestée?—Définition des droits de stationnement—Origine de la décision de l'Office—Droit d'appel prévu par la Loi—Question d'interprétation de la Loi et non question d'ordre technique faisant appel à l'expertise de l'Office—Question non «polycentrique» impliquant la pondération d'intérêts—Le contrôle de la décision s'effectue selon la norme de la décision correcte en appliquant une démarche pragmatique et fonctionnelle—La compétence de l'Office atteint sa limite une fois que celui-ci a déterminé raisonnablement qu'un montant se rapporte à des droits de stationnement—Intention du législateur quant au rôle de l'Office en matière de droits de stationnement—L'Office n'a pas à entreprendre une vaste évaluation pour déterminer si les droits sont justifiés par des considérations sur le marché, les coûts ferroviaires ou les incidences sur les expéditeurs et les consignataires—La réglementation tarifaire intensive ne s'applique plus selon la législation actuelle—L'Office n'est pas habilité par la Loi à décider du caractère raisonnable des revenus de stationnement—Les raisons expliquant les différents libellés de l'art. 150(3)(b), 150(3)(a) et 150(3)(c) ont été examinées—L'Office doit-il tenir compte du critère de proportionnalité qui compare le préjudice et l'indemnisation du propriétaire du bien à la pénalité payée par l'expéditeur—Le pouvoir de l'entreprise de chemin de fer d'établir des politiques concernant les droits de stationnement ne porte pas atteinte à l'intégrité du régime de plafonds de revenu—L'art. 112 de la

Loi ne s'applique pas aux droits de stationnement — La piètre qualité des communications entre le CP et ses clients pourrait faire l'objet d'une plainte de service en vertu de l'art. 113, mais elle n'est pas pertinente relativement aux droits de stationnement.

This appeal concerned the Canadian Transportation Agency's interpretation of demurrage in paragraph 150(3)(b) of the *Canada Transportation Act* and whether the Agency has power to determine the reasonableness of demurrage revenues.

The transportation of grain by rail has been subject to freight rate regulation since 1897. Legislation enacted in 2000 replaced regulation based on maximum rates with maximum annual revenues that could be earned by Canadian Pacific Railway Company (CP) and other prescribed carriers. The Agency determines each railway's revenue cap for each crop year according to the formula prescribed by the Act. If a carrier's revenues exceed the cap, it has to pay out the excess together with penalties pursuant to the *Railway Company Pay Out of Excess Revenue for the Movement of Grain Regulations*. Demurrage charges are excluded from revenues in determining whether the cap has been exceeded. Demurrage is charged if a shipper or consignee detains a railway car beyond the free time allowed for loading or unloading. The Agency decision herein impugned was that a portion of the revenues attributed by CP to demurrage was unreasonable and that portion was ordered to be included in revenues subject to the cap. CP argued that the Agency erred in law in purporting to determine the reasonableness of CP's demurrage revenues and in ordering the amount found unreasonable included in revenues subject to the cap.

While "demurrage" is not defined in the Act, it has been held to mean a "charge made by the Railways for the detention of a freight car beyond the free time provided for by the applicable special arrangements tariffs and is intended as an inducement to promptly release the freight car, and alternatively, to compensate partially the Railways, should the freight car be detained beyond the free time allowance".

This matter came before the Agency following a revision of CP's demurrage policy which had been to assess shippers or

Le présent appel portait sur l'interprétation donnée par l'Office des transports du Canada des droits de stationnement prévus à l'alinéa 150(3)b) de la *Loi sur les transports au Canada* (la Loi) et sur la question de savoir si l'Office est habilité à juger du caractère raisonnable des droits de stationnement.

Les tarifs pour le transport ferroviaire du grain sont réglementés depuis 1897. Une loi entrée en vigueur en 2000 a remplacé la réglementation selon un barème de tarifs maximum par un système réglementant les revenus annuels maximum que peuvent toucher le Canadien Pacifique Limitée (CP) et d'autres transporteurs réglementés. Pour chaque année de récolte, l'Office détermine le plafond de revenu de chaque compagnie de chemin de fer selon la formule établie dans la Loi. Si les revenus d'un transporteur excèdent le plafond, ce transporteur est tenu de verser l'excédent de même que des pénalités, ainsi que le prévoit le *Règlement sur le versement par les compagnies de chemin de fer de l'excédent de revenu pour le mouvement du grain*. Les droits de stationnement sont exclus des revenus pour déterminer si le plafond a été dépassé. Ces droits sont imposés lorsqu'un expéditeur ou un consignataire retient un wagon au-delà de la période gratuite qui lui est accordée pour le chargement ou le déchargement. La décision de l'Office contestée en l'espèce établissait qu'une partie des revenus que le CP avait attribués aux droits de stationnement était déraisonnable et ordonnait que cette partie soit incluse dans le calcul des revenus assujettis au plafond. Le CP a fait valoir que l'Office a commis une erreur de droit en se prononçant sur le caractère raisonnable des revenus de stationnement du CP et en ordonnant que les sommes qu'il avait jugé déraisonnables soient incluses dans les revenus assujettis au plafond.

Bien que les «droits de stationnement» ne soient pas définis dans la Loi, il a été jugé que leur définition correspondait à celle des surestaries: [TRADUCTION] «Les surestaries sont des frais exigés par les chemins de fer pour l'immobilisation d'un wagon de marchandises au-delà du temps en franchise prévu pour le tarif applicable relevant d'arrangements spéciaux et elles visent à amener la remise prompte du wagon de marchandises et du même coup, à dédommager en partie les chemins de fer au cas où le wagon de marchandises serait retenu au-delà du temps en franchise».

La présente affaire a été présentée à l'Office à la suite d'une révision de la politique du CP sur les droits de

consignees debit days for each car day beyond the two days' free time for unloading and to allow a credit if cars were unloaded faster. This practice is known as "average demurrage". Under that policy, CP's demurrage revenue was only \$7,600 per month. But, in 2001, the rail carrier adopted a new policy eliminating the credit for fast unloading. Under this "straight demurrage" policy, CP's monthly demurrage revenue increased to \$75,700.

The Agency determined that the amount of the increase was to be included in revenues subject to the cap. It interpreted paragraph 150(3)(b) as contemplating "an assessment of the reasonableness of overall demurrage charges on western grain movements".

It was agreed that both the Agency's interpretation of the provision and the jurisdictional question were to be reviewed according to the standard of correctness. The existence of a statutory right of appeal in subsection 41(1) was suggestive of a more searching standard of review. This being a question of statutory interpretation and not a technical one, the Agency had no expertise to support a more deferential review standard. Nor was the interpretation of the provision a "polycentric" question involving a balancing of interests. All of the factors in the pragmatic and functional approach pointed to the correctness standard of review.

Held, the appeal should be allowed.

The Agency erred in its interpretation of paragraph 150(3)(b). Its mandate is restricted to determining whether an amount may reasonably be characterized as in respect of demurrage. Having made an affirmative decision on that, the Agency's power to deal with demurrage is exhausted. It is without authority to determine the reasonableness of demurrage revenues, limit increases or to include any portion of demurrage income in revenues subject to the carrier's cap.

Determining whether demurrage revenues are reasonable is a function entirely different from the Agency's role as contemplated by Parliament. It would require the Agency to engage in a broad assessment of whether demurrage charges or increases therein are justified by market or railway cost considerations and the effect on shippers and consignees. Such intensive freight rate regulation is inapplicable under current

stationnement. Selon cette politique, pour chaque jour de retard suivant la période gratuite de deux jours allouée pour le déchargement, des jours de débit par wagon étaient portés au compte de l'expéditeur ou du consignataire et un crédit était accordé lorsque les wagons étaient remis plus rapidement. Cette pratique est connue comme étant celle des «droits de stationnement moyens». Avec cette politique, les revenus des droits de stationnement du CP n'étaient que de 7 600 \$ par mois. Mais, en 2001, le transporteur ferroviaire a adopté une nouvelle politique éliminant le crédit pour déchargement rapide. Suivant cette politique de «droits de stationnement absolus», les revenus des droits de stationnement du CP ont augmentés à 75 700 \$ par mois.

L'Office a décidé que le montant de l'augmentation devait être inclus dans les revenus assujettis au plafond. L'Office a estimé que l'alinéa 150(3)b) «prévoit une évaluation du caractère raisonnable de l'ensemble des droits de stationnement appliqués au mouvement du grain de l'Ouest».

Les parties ont convenu que l'interprétation de cette disposition par l'Office et la question de la compétence devaient toutes deux être évaluées selon la norme de la décision correcte. Le droit d'appel prévu au paragraphe 41(1) de la Loi laissait croire qu'une norme de contrôle plus stricte s'imposait. Comme il s'agit d'une question portant sur l'interprétation de la loi et non d'une question technique, l'Office ne possédait aucune expertise justifiant l'application d'une norme de plus grande retenue. L'interprétation de la disposition n'était pas non plus une question «polycentrique» supposant une pondération d'intérêts. Tous les facteurs de la démarche pragmatique et fonctionnelle tendaient vers la norme de la décision correcte.

Arrêt: l'appel doit être accueilli.

L'Office a commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 150(3)b). Son mandat se limite à déterminer si un montant peut être raisonnablement désigné comme se rapportant aux droits de stationnement. Une fois cette question tranchée par l'affirmative, la limite du pouvoir de l'Office en ce qui a trait aux droits de stationnement est atteinte. L'Office n'est pas habilité à juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement, à limiter les augmentations ou à inclure une partie quelconque des revenus de stationnement dans les revenus assujettis au plafond du transporteur.

Évaluer le caractère raisonnable ou non des droits de stationnement est une fonction qui diffère complètement du rôle que le législateur a confié à l'Office. Ce dernier devrait pour ce faire entreprendre une vaste évaluation visant à déterminer si les droits de stationnement ou l'augmentation de ces droits se justifient par des considérations sur le marché ou les coûts ferroviaires, et les incidences sur les expéditeurs et

railway legislation. Even in the case of the movement of western grain by rail, revenue regulation is not based on reasonableness but on the application of a formula taking into account changes from base year figures in volume, length of haul and inflation. The Parliamentary intent to minimize regulation is revealed by paragraph 5(c) of the *Canada Transportation Act* and, as was said in the Agency member's dissenting opinion, its mandate "is one of broad oversight rather than attempting to regulate the day-to-day commercial practices or policies of the railway company". This was, of course, a big change from the historical situation under the *Railway Act* of 1952 when the Board of Transport Commissioners for Canada could "disallow any tariff or any portion thereof that it considers to be unjust or unreasonable". Even today, under section 112 of the current legislation, a limited number of rates have to be "commercially fair and reasonable" but that section has no application to demurrage. The wording chosen reveals Parliament's intention that demurrage charges not be subject to a reasonableness test.

The Agency argued that if its power was restricted to determining whether an amount was for demurrage, paragraph 150(3)(b) would have been worded in a manner comparable to paragraphs 150(3)(a) and (c) which do not require the Agency to reasonably characterize incentives, rebates or compensation for running rights as such. Since that duty is imposed with respect to demurrage, it should be inferred, the Agency submitted, that it had been given authority to determine the "reasonableness of overall demurrage charges". Such inference was not, however, justified. The difference in wording is perhaps attributable to the fact that the Agency is required to perform a function under paragraph 150(3)(b), while no positive obligation is imposed by paragraphs 150(3)(a) and (c) whereunder the Agency may accept a carrier's submissions without further consideration. Another reason for the difference in wording may have been the greater sensitivity on the part of shippers and consignees regarding demurrage than with the matters covered by the other paragraphs. Another suggestion was that there was a greater potential for abuse by carriers inappropriately characterizing amounts as demurrage, rather than as revenues subject to their cap than there was in respect of the matters dealt with in the other paragraphs.

The Agency also suggested that it had to have regard to the proportionality test, equating the harm and consequent

les consignataires. Ce type de réglementation tarifaire intensive n'est pas applicable dans le cadre de la législation actuelle sur le transport ferroviaire. Même dans le cas du transport ferroviaire du grain en provenance de l'Ouest, la réglementation des revenus n'est pas fondée sur le caractère raisonnable mais sur l'application d'une formule tenant compte des variations pour une année donnée des volumes, de la longueur du parcours et de l'inflation. L'alinéa 5c) de la *Loi sur les transports au Canada* révèle que l'intention du législateur était d'alléger la réglementation et, comme l'a exprimé le membre de l'Office dans son opinion dissidente, le mandat de l'Office «en est un de surveillance générale plutôt que de réglementation des pratiques et des politiques commerciales courantes des compagnies de chemin de fer». Il s'agissait évidemment d'un changement majeur par rapport à la situation historique en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* de 1952 alors que la Commission des transports du Canada pouvait «rejeter un tarif ou partie de tarif qu'elle considère injuste ou déraisonnable». Aujourd'hui encore, en vertu de l'article 112 de la loi actuelle, un certain nombre de tarifs doivent être «commerciallement équitables et raisonnables», mais cet article ne s'applique pas aux droits de stationnement. Le libellé choisi démontre que l'intention du législateur était que les droits de stationnement ne soient pas assujettis au critère du caractère raisonnable.

L'Office a fait valoir que si son pouvoir se limitait à décider si une somme est de la nature d'un droit de stationnement, l'alinéa 150(3)(b) aurait été rédigé d'une manière semblable à celle des alinéas 150(3)(a) et 150(3)(c) qui n'obligent pas l'Office à déterminer si les incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation peuvent raisonnablement être désignés comme tels. Comme cette obligation est imposée en ce qui a trait aux droits de stationnement, il devrait en être déduit, selon l'Office, que son mandat est de déterminer le «caractère raisonnable des frais de stationnement dans leur ensemble». Cette inférence n'était toutefois pas justifiée. La différence de formulation découle peut-être de l'obligation imposée à l'Office par l'alinéa 150(3)(b), alors qu'aucune obligation positive ne lui est imposée par les alinéas 150(3)(a) et 150(3)(c) en vertu desquels l'Office peut accepter les allégations d'un transporteur sans plus d'examen. Une autre raison expliquant la différence de libellé a pu être que les droits de stationnement constituaient pour les expéditeurs et les consignataires une question plus délicate que les matières dont traitent les autres alinéas. Il a aussi été suggéré que le risque que des transporteurs présentent faussement certaines sommes comme des droits de stationnement plutôt que comme des revenus assujettis à leur plafond était plus grand que pour les éléments dont traitent les autres alinéas.

L'Office a également avancé qu'il devait prendre en compte le critère de proportionnalité selon lequel on compare

compensation to the asset owner to the penalty paid by the shipper. It was urged that if the relationship is disproportionate, the amount is unreasonable. This Court was prepared to accept that if a carrier sought to impose extreme charges for the detention of cars, it would be open to the Agency to determine that all revenues arising from the charges could not reasonably be characterized as in respect of demurrage. But that is not what the Agency did herein: it purported to assess the reasonableness of CP's demurrage revenues. Its reasonableness assessment was based entirely on the carrier's adoption of the straight demurrage policy rather than on the rate charged, which was the same under both policies.

The Agency's concern that a carrier's unilateral power to establish demurrage policies could impair the effectiveness of the revenue cap regime was misplaced. The railways do not possess unfettered power to decide what constitutes demurrage: it is the Agency which determines whether amounts are reasonably characterized as in respect of demurrage.

Nor could the Court accept the argument of the Canadian Wheat Board, that section 112 of the Act empowers the Agency to determine the reasonableness of demurrage revenues. That section is related only to rates or conditions of service established by the Agency. The limited number of rates that the Agency may establish include joint line rates and inter-switching rates.

The suggestion that there may be poor communications between CP Rail and its customers was irrelevant to the matter litigated herein although it could be the subject of a level-of-service complaint under Act, section 113.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Canada Transportation Act*, S.C. 2000, c. 16.
An Act to authorize a Subsidy for a Railway through the Crow's Nest Pass, S.C. 1897-1898, c. 5, s. 1(e).
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5(e), 112, 113, 121(2)(b), 128, 150 (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 10), 151 (as am. *idem*).
Railway Act, R.S.C. 1952, c. 234, s. 328.
Railway Company Pay Out of Excess Revenue for the Movement of Grain Regulations, SOR/2001-207.

le préjudice subi par le propriétaire du bien et l'indemnisation correspondante à l'amende payée par l'expéditeur. On a soutenu que si la relation est disproportionnée, la somme est déraisonnable. La Cour était disposée à reconnaître que si un transporteur tentait d'imposer des droits excessivement élevés pour la détention des wagons, l'Office pourrait juger que ce ne sont pas tous les revenus découlant de ces droits qui peuvent être raisonnablement désignés comme se rapportant au stationnement. Mais ce n'est pas ce qu'a fait l'Office en l'espèce: il a voulu évaluer le caractère raisonnable des revenus de stationnement du CP. Son évaluation du caractère raisonnable est entièrement fondée sur l'adoption par le transporteur de la politique de droits de stationnement absolus plutôt que sur les droits imposés, qui étaient identiques selon l'une et l'autre politiques.

La crainte qu'avait l'Office que le pouvoir unilatéral d'un transporteur d'établir les politiques de droits de stationnement risque de nuire à l'efficacité du régime de plafonds de revenu n'était pas justifiée. Les entreprises de chemin de fer ne disposent pas du pouvoir inconditionnel de décider ce qui constitue ou non des droits de stationnement; il appartient à l'Office de juger si des montants sont désignés avec raison comme des droits de stationnement.

La Cour ne pouvait pas non plus accepter l'argument de la Commission canadienne du blé voulant que l'article 112 de la Loi habilite l'Office à évaluer le caractère raisonnable des revenus de stationnement. Cet article se reporte uniquement aux tarifs ou aux conditions de service établis par l'Office. Le nombre restreint de tarifs que peut établir l'Office comprend les tarifs de lignes conjointes et les tarifs d'interconnexion.

La suggestion selon laquelle les communications entre le CP et ses clients pourraient être de piètre qualité n'était pas pertinente quant à la question en litige en l'espèce, quoique cette situation puisse faire l'objet d'une plainte sur le niveau de service en vertu de l'article 113 de la Loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Acte autorisant une subvention pour un chemin de fer par la Passe du Nid-de-Corbeau*, S.C. 1897-98, ch. 5, art. 1e).
Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada, L.C. 2000, ch. 16.
Loi sur les chemins de fer, S.C.R. 1952, ch. 234, art. 328.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5c), 112, 113, 121(2)b), 128, 150 (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 10), 151 (mod., *idem*).
Règlement sur le versement par les compagnies de chemin de fer de l'excédent de revenu pour le mouvement du grain, DORS/2001-207.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency) (1992), 151 N.R. 16 (F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1979] 2 F.C. 809; (1979), 99 D.L.R. (3d) 52; 26 N.R. 482 (C.A.) (dissenting opinion of Pratte J.A.); *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476 (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 304 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Transportation Logistics Dictionary, 3rd ed. Washington: International Thomson Transport Press, 1989.

STATUTORY APPEAL from a Canadian Transportation Agency decision that a portion of revenues attributed to demurrage by CP Rail was unreasonable and would have to be included in revenues subject to a cap. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Marc Shannon for appellant.
Alain Langlois and *Gregory E. Smart* for respondent Canadian Transportation Agency.
Margaret I. Wiebe for respondent Canadian Wheat Board.

SOLICITORS OF RECORD:

Canadian Pacific Railway Legal Services, Calgary, for appellant.
 Canadian Transportation Agency, Hull, for respondent Canadian Transportation Agency.
 Canadian Wheat Board, Winnipeg, for respondent Canadian Wheat Board.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] The railway transportation of grain from points in western Canada to Thunder Bay and later to Vancouver

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports) (1992), 151 N.R. 16 (C.A.F.); *Canadien Pacifique Ltée c. La Commission canadienne des transports*, [1979] 2 C.F. 809; (1979), 99 D.L.R. (3d) 52; 26 N.R. 482 (C.A.) (opinion dissidente du juge Pratte); *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476 (2003), 225 D.L.R. (4th) 206; 49 Admin. L.R. (3d) 161; 304 N.R. 1.

DOCTRINE

Transportation Logistics Dictionary, 3rd ed. Washington: International Thomson Transport Press, 1989.

APPEL PRÉVU PAR LA LOI d'une décision de l'Office des transports du Canada selon laquelle une partie des revenus que le CP avait attribués aux droits de stationnement était déraisonnable et devrait être incluse dans le calcul des revenus assujettis à un plafond. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Marc Shannon pour l'appelante.
Alain Langlois et *Gregory E. Smart* pour l'intimé Office des transports du Canada.
Margaret I. Wiebe pour l'intimée Commission canadienne du blé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Services juridiques du Canadien Pacifique, Calgary, pour l'appelante.
 Office des transports du Canada, Hull, pour l'intimé Office des transports du Canada.
 Commission canadienne du blé, Winnipeg, pour l'intimée Commission canadienne du blé.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Le transport ferroviaire du grain destiné à l'exportation en provenance de l'Ouest du Canada à

and Prince Rupert for export, has been the subject of an evolving system of freight rate regulation since 1897 with *An Act to authorize a Subsidy for a Railway through the Crow's Nest Pass*, S.C. 1897-98, c. 5, paragraph 1(e). Prior to August 1, 2000, the movement of western grain was regulated based on maximum rates. By *An Act to amend the Canada Transportation Act*, S.C. 2000, c. 16, this maximum rate regulation was replaced with the regulation of maximum annual revenues that the Canadian Pacific Railway Company (CP), Canadian National Railway Company and other prescribed railway companies may earn for the movement of western grain.

[2] Under this new form of regulation, the Canadian Transportation Agency (Agency) determines the maximum revenue entitlement (revenue cap) for each railway company for each year ending July 31 (crop year) according to a formula set out in the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (as amended by S.C. 2000, c. 16). If a railway company's revenues for the movement of western grain for the crop year exceed the company's revenue cap for that year, the company is required to pay out the excess together with applicable penalties pursuant to the *Railway Company Pay Out of Excess Revenue for the Movement of Grain Regulations*, SOR/2001-207 of June 7, 2001.

[3] For purposes of determining if a railway company's revenues exceed its revenue cap, certain amounts earned by the railway company are excluded from the company's revenues. One such exclusion is revenue earned by the railway company for demurrage. Generally, demurrage charges are levied when a shipper or consignee detains a railway car beyond the free time allowed for loading or unloading. For purposes of this

destination de Thunder Bay et, par la suite, de Vancouver et de Prince Rupert fait l'objet d'un système de réglementation des tarifs en constante évolution depuis 1897, date à laquelle a été adoptée la première disposition en la matière, le paragraphe 1(e) de la loi intitulée *Acte autorisant une subvention pour un chemin de fer par la Passe du Nid-de-Corbeau*, S.C. 1897-98, ch. 5. Avant le 1^{er} août 2000, le transport du grain en provenance de l'Ouest était réglementé selon un barème de tarifs maximum. Avec l'entrée en vigueur de la *Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada*, L.C. 2000, ch. 16, ce barème de tarifs maximum a été remplacé par un système réglementant les revenus annuels maximum que le Canadien Pacifique Limitée (CP), la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN) et les autres compagnies de chemin de fer réglementées peuvent toucher pour le transport du grain en provenance de l'Ouest.

[2] En vertu de cette nouvelle forme de réglementation, l'Office des transports du Canada (l'Office) détermine le revenu admissible maximal (plafond de revenu) que chaque compagnie de chemin de fer peut produire à la fin d'un exercice donné se terminant le 31 juillet (année de récolte). Le plafond de revenu est calculé selon une formule établie dans la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, telle que modifiée par la L.C. 2000, ch. 16. Si les revenus d'une compagnie de chemin de fer pour le transport du grain en provenance de l'Ouest au cours d'une année de récolte excèdent le plafond de revenu autorisé pour cette année, la compagnie est tenue de reverser les montants excédentaires de même que des pénalités, tel que prévu dans le *Règlement sur le versement par les compagnies de chemin de fer de l'excédent de revenu pour le mouvement du grain*, DORS/2001-207, enregistré le 7 juin 2001.

[3] Pour déterminer si les revenus d'une compagnie de chemin de fer excèdent le plafond de revenu autorisé, certaines sommes perçues par la compagnie sont exclues du revenu total. Ainsi, les revenus découlant des droits de stationnement sont exclus des revenus de la compagnie. Généralement, les droits de stationnement sont imposés lorsqu'un expéditeur ou un consignataire conserve un wagon au-delà de la période gratuite qui lui est accordée pour le chargement ou le déchargement.

case, demurrage is specifically defined subsequently in these reasons.

[4] In its decision number 664-R-2001, dated December 21, 2001, the Agency found that a portion of the revenues which CP attributed to demurrage was unreasonable. That portion was ordered to be included in CP's revenues subject to CP's revenue cap.

ISSUE

[5] CP says the Agency is only empowered to determine whether amounts a railway company alleges are in respect of demurrage are reasonably characterized as such. If the Agency determines that it is reasonable to characterize revenues as being in respect of demurrage, the Agency's jurisdiction is exhausted. CP says the Agency does not have the power to determine the reasonableness of demurrage revenues and that the Agency erred in law by purporting to determine the reasonableness of CP's demurrage revenues and ordering the amount it found to be unreasonable to be included in its revenues subject to its revenue cap.

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[6] The maximum revenue regulatory scheme is set forth in sections 150 [as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 10] and 151 [as am. *idem*] of the *Canada Transportation Act*. The only provisions that are relevant to this appeal are subsections 150(1), (2) and (3):

150. (1) A prescribed railway company's revenues, as determined by the Agency, for the movement of grain in a crop year may not exceed the company's maximum revenue entitlement for that year as determined under subsection 151(1).

(2) If a prescribed railway company's revenues, as determined by the Agency, for the movement of grain in a crop year exceed the company's maximum revenue entitlement for that year as determined under subsection 151(1), the company shall pay out the excess amount, and any penalty that may be specified in the regulations, in accordance with the regulations.

Pour les fins du présent appel, les droits de stationnement sont spécifiquement définis ci-après.

[4] Dans sa décision n° 664-R-2001, en date du 21 décembre 2001, l'Office a estimé qu'une partie des revenus que le CP avait attribués aux droits de stationnement était déraisonnable. L'Office a ordonné que cette partie des revenus du CP soit incluse dans le calcul des revenus assujettis au plafond.

QUESTION EN LITIGE

[5] Le CP soutient que l'Office est seulement habilité à déterminer si les sommes liées aux droits de stationnement, selon les allégations de la compagnie de chemin de fer, sont raisonnablement désignées à ce titre. Si l'Office juge qu'il est raisonnable de dire que ces revenus découlent des droits de stationnement, il atteint les limites de sa compétence. Le CP affirme que l'Office n'est pas habilité à juger du caractère raisonnable des droits de stationnement et que l'Office a commis une erreur de droit en se prononçant sur le caractère raisonnable des revenus de stationnement du CP et en ordonnant que les sommes qu'il avait jugé déraisonnables soient incluses dans les revenus assujettis au plafond de revenu.

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[6] Le système de réglementation du revenu maximum est établi aux articles 150 [mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 10] et 151 [mod., *idem*] de la *Loi sur les transports au Canada*. Les seules dispositions pertinentes au présent appel sont les paragraphes 150(1), (2) et (3):

150. (1) Le revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole, calculé par l'Office, ne peut excéder son revenu admissible maximal, calculé conformément au paragraphe 151(1), pour cette campagne.

(2) Si le revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole, calculé par l'Office, excède son revenu admissible maximal, calculé conformément au paragraphe 151(1), pour cette campagne, la compagnie verse l'excédent et toute pénalité réglementaire en conformité avec les règlements.

(3) For the purposes of this section, a prescribed railway company's revenue for the movement of grain in a crop year shall not include

(a) incentives, rebates or any similar reductions paid or allowed by the company;

(b) any amount that is earned by the company and that the Agency determines is reasonable to characterize as a performance penalty or as being in respect of demurrage or for the storage of railway cars loaded with grain; or

(c) compensation for running rights. [Emphasis added.]

DEFINITION OF DEMURRAGE

[7] Demurrage is not defined in the *Canada Transportation Act*. However, it is a well-known term and this Court, in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)* (1992), 151 N.R. 16 (F.C.A.), found, at page 22, that demurrage had been usefully defined by Pratte J.A. in his dissent in *Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1979] 2 F.C. 809 (C.A.). At page 811, Pratte J.A. had stated:

As stated by Rand J. in *The North-West Line Elevators Association v. Canadian Pacific Railway Co.* ([1959] S.C.R. 239 at 244) demurrage charges "are concerned with the unreasonable detention of railway equipment." The parties have agreed, for the purposes of these proceedings, that demurrage could be defined as:

A charge made by the Railways for the detention of a freight car beyond the free time provided for by the applicable special arrangements tariffs and is intended as an inducement to promptly release the freight car, and alternatively, to compensate partially the Railways, should the freight car be detained beyond the free time allowance.

[8] The Canadian Wheat Board submitted that this definition was not complete, in that it fails to recognize that demurrage charges should not be levied when it is the railway company and not the shipper or consignee that causes the detention of the car beyond the free time allowed for loading or unloading. CP does not dispute that for demurrage to be chargeable, the delay must be

(3) Pour l'application du présent article, sont exclus du revenu d'une compagnie de chemin de fer régie pour le mouvement du grain au cours d'une campagne agricole:

a) les incitatifs, rabais ou réductions semblables versés ou accordés par la compagnie;

b) les recettes attribuables aux amendes pour non-exécution, aux droits de stationnement et aux droits de stockage des wagons chargés de grain que l'Office estime justifié de considérer comme telles;

c) les indemnités pour les droits de circulation. [Je souligne.]

DÉFINITION DES DROITS DE STATIONNEMENT

[7] Les droits de stationnement ne sont pas définis dans la *Loi sur les transports au Canada*. Toutefois, il s'agit d'une notion bien connue et la présente Cour, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)* (1992), 151 N.R. 16 (C.A.F.), à la page 22, a jugé que les droits de stationnement avaient été convenablement définis par le juge Pratte dans ses motifs dissidents (*Canadien Pacifique Ltée c. La Commission canadienne des transports*, [1979] 2 C.F. 809 (C.A.)). À la page 811, le juge Pratte s'exprime comme suit:

Selon les propos du juge Rand dans *The North-West Line Elevators Association c. La Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique* ([1959] R.C.S. 239, à la page 244), les surestaries [TRADUCTION] «concernant l'immobilisation induite du matériel ferroviaire.» Les parties se sont entendues, aux fins des procédures en cause sur la définition suivante des surestaries:

[TRADUCTION] Les surestaries sont des frais exigés par les chemins de fer pour l'immobilisation d'un wagon de marchandises au-delà du temps en franchise prévu pour le tarif applicable relevant d'arrangements spéciaux et elles visent à amener la remise prompte du wagon de marchandises et du même coup, à dédommager en partie les chemins de fer au cas où le wagon de marchandises serait retenu au-delà du temps en franchise.

[8] La Commission canadienne du blé prétend que cette définition n'est pas complète car elle omet de reconnaître que des droits de stationnement ne devraient pas être imposés lorsque le retard pour la remise des wagons après la période gratuite de chargement ou de déchargement est imputable à la compagnie de chemin de fer et non à l'expéditeur ou au consignataire. Le CP

caused by the shipper or consignee. I think this is implicit in the definition of demurrage adopted by this Court and I am satisfied that this is an appropriate definition for purposes of this appeal.

THE AGENCY'S DECISION

[9] The issue before the Agency arose as a result of a revision to CP's demurrage policy effective July 1, 2001. Prior to this time, CP's demurrage policy had been to assess shippers or consignees debit days for each car day beyond two-days' free time for unloading and to credit shippers and consignees if cars were unloaded faster than the two-day free time allowed. This is called average demurrage. Under an average demurrage policy, credits a shipper or consignee receives are applied against demurrage charges for cars detained longer than the free time allowed. See *Transportation Logistics Dictionary*, 3rd ed. (Washington: International Thomson Transport Press, 1989), at pages 68-69. Under its average demurrage policy, CP's demurrage revenue was about \$7,600 per month.

[10] With the tariff revision effective July 1, 2001, CP adopted a demurrage policy whereby shippers or consignees were assessed for each car day beyond the free time allowed, but were not credited for releasing cars faster than the two-day free time allowed. This is called straight demurrage. See *Transportation Logistics Dictionary, supra*. The Agency found CP's demurrage revenue increased to about \$75,700 per month as a result of the policy change from average to straight demurrage.

[11] CP had charged \$60 per car per day under its average demurrage policy for cars detained beyond the

ne conteste pas le fait que pour exiger des droits de stationnement, le retard doit être imputable à l'expéditeur ou au consignataire. Je crois que dans la définition adoptée par la Cour, cette règle est implicite et par conséquent, j'estime que cette définition convient tout à fait au cadre du présent appel.

LA DÉCISION DE L'OFFICE

[9] Le litige devant l'Office découle d'une révision de la politique sur les droits de stationnement du CP entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001. Avant cette date, la politique du CP en ce qui a trait aux droits de stationnement voulait que des jours de débit par wagon pour chaque jour de retard suivant la période gratuite de deux jours soient portés au compte de l'expéditeur ou du consignataire; au contraire, si l'expéditeur ou le consignataire remettait le wagon avant la fin de la période gratuite de deux jours, le CP lui créditait des jours de crédit. C'est ce qu'on appelle les droits de stationnement moyens. Dans le cadre d'une politique de droits de stationnement moyens, les crédits alloués à un expéditeur ou à un consignataire sont appliqués aux droits de stationnement facturés pour les wagons remis après l'expiration de la période de déchargement gratuite. Voir *Transportation Logistics Dictionary*, 3^e éd. (Washington: International Thomson Transport Press, 1989), aux pages 68 et 69. Avec cette politique de droits de stationnement moyens, les revenus de stationnement du CP s'élevaient à environ 7 600 \$ par mois.

[10] Avec l'entrée en vigueur de la révision tarifaire du 1^{er} juillet 2001, le CP a adopté une nouvelle politique de droits de stationnement en vertu de laquelle les expéditeurs et les consignataires sont facturés pour chaque jour de retard après la fin de la période gratuite, sans toutefois que des jours de crédit ne leur soient comptés pour les wagons libérés avant la fin de la période gratuite de deux jours. Il s'agit de droits de stationnement absolus. Voir *Transportation Logistics Dictionary, supra*. L'Office a estimé que les revenus de stationnement du CP avaient augmenté à environ 75 700 \$ par mois en raison de la nouvelle politique de droits de stationnement absolus.

[11] Le CP facturait 60 \$ par wagon par jour dans le cadre de sa politique de droits de stationnement moyens

free time allowed. This charge did not change under the straight demurrage policy. The increase in revenue resulted solely from the elimination of credits given to shippers or consignees.

[12] The Agency, by a 2-1 majority, concluded that the amount of revenue above the revenue earned under the average demurrage policy should be included in CP's revenues subject to its revenue cap, i.e. the amount in excess of approximately \$7,600 per month. The effect of including this amount of CP's revenues in its revenues subject to its revenue cap is that the revenues CP could potentially earn for the movement of western grain in a crop year would be reduced.

[13] In coming to its conclusion, the Agency interpreted paragraph 150(3)(b) as contemplating "an assessment of the reasonableness of overall demurrage charges on western grain movements". In finding that CP's revenues over and above the revenues earned under the average demurrage policy, i.e. over \$7,600 per month, were unreasonable and should be subject to CP's revenue cap, the Agency said:

1. its interpretation of paragraph 150(3)(b) was consistent with the thrust of the revenue cap legislation;
2. the legislation did not intend to depart from the industry standard that demurrage charges should act as both compensation payable to a railway company and as a penalty to shippers and that there should be a degree of proportionality between the two;
3. CP's demurrage revenues had gone up from about \$7,600 to \$75,700 per month; and
4. there was a lack of effective communication between CP and its customers that inhibited customers from efficiently arranging their railway car usage.

pour les wagons libérés après l'expiration de la période gratuite de deux jours. Le montant des droits de stationnement n'a pas changé avec la nouvelle politique. L'augmentation des revenus découle entièrement de l'élimination des jours de crédit auparavant accordés aux expéditeurs et aux consignataires.

[12] L'Office, par une majorité de deux contre un, a conclu que le montant des revenus excédant les revenus de stationnement produits en vertu de la politique de droits de stationnement moyens devait être inclus dans les revenus du CP assujettis au plafond de revenu, à savoir toute somme excédant 7 600 \$ par mois environ. Le fait d'inclure cette somme excédentaire dans les revenus assujettis au plafond de revenu pourrait entraîner une réduction des revenus du CP pour le transport du grain en provenance de l'Ouest au cours d'une campagne agricole.

[13] Pour parvenir à cette conclusion, l'Office a jugé que l'alinéa 150(3)b) «prévoit une évaluation du caractère raisonnable de l'ensemble des droits de stationnement appliqués au mouvement du grain de l'Ouest». En concluant que les revenus du CP excédant les revenus habituellement produits dans le cadre de la politique de droits de stationnement moyens, c.-à-d. les revenus excédant 7 600 \$ par mois, étaient déraisonnables et devaient être assujettis au plafond de revenu du CP, l'Office précise ce qui suit:

1. que son interprétation de l'alinéa 150(3)b) est conforme à l'orientation générale du régime légal du plafond de revenu;
2. qu'aucun libellé de la LTC ne révèle une intention de s'écarter de la norme de l'industrie voulant que les droits de stationnement soient à la fois un montant déterminé servant à indemniser la compagnie de chemin de fer et une amende imposée aux expéditeurs et qu'il y ait une certaine proportion entre les deux;
3. que les droits de stationnement payables au CP en vertu de la nouvelle politique sont passés d'environ 7 600 \$ à 75 700 \$ par mois;
4. que l'absence de communications efficaces entre la compagnie de chemin de fer et ses clients empêchent ces derniers de gérer efficacement leur utilisation des wagons.

STANDARD OF REVIEW

[14] The parties are agreed that the Agency's interpretation of paragraph 150(3)(b) is to be reviewed on a standard of correctness. More specifically, the parties say that the question of whether paragraph 150(3)(b) empowers the Agency to determine the reasonableness of CP's demurrage revenues and include the amounts found to be unreasonable in CP's revenues subject to its revenue cap, is to be determined on a standard of correctness.

[15] I find the Supreme Court's standard of review analysis in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, at paragraphs 10-19, to be useful as the right of appeal, the issue of expertise and the nature of the question are similar to those issues in this case.

[16] The *Canada Transportation Act* grants a right of appeal to this Court on leave being granted on a question of law or jurisdiction. Subsection 41(1) provides:

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard. [Emphasis added.]

[17] This Court decides leave applications under the *Canada Transportation Act* on the basis of whether a question of law or jurisdiction is fairly arguable. Once leave has been granted, as it was in this case, the statutory right of appeal is a factor suggesting a more searching standard of review.

[18] As to relative expertise, the question here is one of statutory interpretation. More specifically, the question is whether the Agency's mandate empowers it to determine if a railway company's demurrage revenues are reasonable and order that an amount found to be

NORME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[14] Les parties conviennent que la décision de l'Office portant sur l'interprétation de l'alinéa 150(3)b) doit être évaluée selon la norme de la décision correcte. Plus particulièrement, les parties affirment que la question de savoir si l'alinéa 150(3)b) habilite l'Office à juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement du CP et à inclure les montants qu'il estime déraisonnables aux revenus assujettis à un plafond de revenu doit être examinée selon la norme de la décision correcte.

[15] J'estime que l'analyse de la norme de contrôle faite par la Cour suprême dans *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, aux paragraphes 10 à 19, peut être utile au présent appel car le droit d'appel, la question relative à l'expertise et la nature de la question en litige sont semblables à ceux faisant l'objet du présent appel.

[16] La *Loi sur les transports au Canada* accorde un droit d'appel, avec l'autorisation de la Cour, sur toute question de droit ou de compétence. Le paragraphe 41(1) se lit comme suit:

41. (1) Tout acte—décision, arrêté, règle ou règlement—de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus. [Je souligne.]

[17] Pour décider si une demande d'autorisation d'appeler doit être accueillie ou non, la Cour évalue si une question de droit ou de compétence est raisonnablement défendable. Une fois que l'autorisation d'en appeler a été accordée, comme c'est le cas en l'espèce, le droit d'appel prévu dans la Loi est un facteur qui indique qu'une norme de contrôle plus stricte s'impose.

[18] En ce qui concerne l'expertise relative, la question en l'espèce porte sur l'interprétation de la loi. Plus particulièrement, il s'agit de déterminer si le mandat de l'Office l'habilite à juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement d'une

unreasonable be included in the company's revenues subject to its revenue cap. This is not a technical question. On this question, there is no expertise in the Agency relative to that of the Court that would support a more deferential standard of review. On the contrary, questions of statutory interpretation are generally within the province of the judiciary. This factor suggests a less deferential approach.

[19] The purpose of the legislation and the provision at issue must also be considered. Much of the Agency's work involves the implementation of the regulatory provisions of the *Canada Transportation Act*. In respect of the transportation of western grain, this involves the annual determination of a railway company's revenue cap and revenues. However, the proper interpretation of paragraph 150(3)(b) is not a "polycentric" question involving the balancing of interests. Again, this factor points to a less deferential standard of review.

[20] Finally, the nature of the question is legal. Is the determination by the Agency of the reasonableness of demurrage revenues contemplated by paragraph 150(3)(b)? The Agency will have occasion to act under paragraph 150(3)(b) annually and the determination of the extent of its powers will affect its approach in future years. This implies less deference.

[21] Applying the pragmatic and functional approach to the circumstances of this appeal, I conclude that all four factors point to a correctness standard of review.

ANALYSIS

Paragraph 150(3)(b)

[22] I am of the respectful view that the Agency erred in its interpretation of paragraph 150(3)(b). The Agency's mandate is to determine only whether any amount may reasonably be characterized as being in respect of demurrage. Once amounts are found to be

compagnie de chemin de fer et à ordonner qu'un montant qu'il estime déraisonnable soit inclus dans les revenus assujettis au plafond de revenu de cette compagnie. Cette question n'est pas technique. Sur ce point, l'Office ne possède aucune expertise particulière par rapport à la Cour qui justifierait une norme de retenue moins élevée. Au contraire, les questions d'interprétation de la loi relèvent généralement de la compétence des cours de justice. Ce facteur implique une norme de retenue moins élevée.

[19] La Cour doit également tenir compte de l'objet de la loi et des dispositions en cause. La majeure partie du travail de l'Office porte sur la mise en œuvre des dispositions réglementaires de la *Loi sur les transports au Canada*. En ce qui a trait au transport du grain en provenance de l'Ouest, son mandat consiste à déterminer chaque année le plafond de revenu et les revenus des compagnies de chemin de fer. Toutefois, la juste interprétation de l'alinéa 150(3)b) n'est pas une question «polycentrique» exigeant la pondération d'intérêts opposés. Une fois encore, ce facteur justifie une norme de retenue moins élevée.

[20] Finalement, la question est de nature juridique. L'Office est-il habilité à juger du caractère raisonnable des droits de stationnement en vertu de l'alinéa 150(3)b)? L'Office aura l'occasion chaque année de rendre des décisions en vertu de cette disposition et la détermination de la portée de sa compétence aura une incidence sur sa manière d'aborder la question au cours des prochaines années. Cette considération indique qu'une norme de retenue moins élevée s'impose.

[21] Adoptant la démarche pragmatique et fonctionnelle aux circonstances particulières au présent appel, j'estime que ces quatre facteurs pointent vers la norme de la décision correcte.

ANALYSE

Alinéa 150(3)b)

[22] À mon humble avis, l'Office a commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 150(3)b). Le mandat de l'Office se limite à déterminer si un montant peut être raisonnablement désigné comme se rapportant aux droits de stationnement. Une fois que l'Office a jugé

reasonably characterized as such, the Agency's authority to deal with demurrage is exhausted. The Agency does not have the power to determine the reasonableness of demurrage revenues, limit increases in a railway company's demurrage revenues or determine that any portion of demurrage revenues it finds to be unreasonable be included in the railway company's revenues subject to its revenue cap.

[23] I infer from the Agency's decision that the process under paragraph 150(3)(b) is that a railway company will file with the Agency, among other information, amounts of revenue which it claims is in respect of demurrage. In other words, it is the railway company initially that characterizes amounts as being in respect of demurrage. The role of the Agency is to determine whether it is reasonable to characterize the amounts as such.

[24] From the words of section 150 and, in particular paragraph 150(3)(b), I construe the Parliamentary intention in respect of demurrage as follows:

1. some revenues that a railway company earns that are related to the movement of western grain are not to be subject to its revenue cap;
2. demurrage revenues are one of the amounts which are not to be included in a railway company's revenues subject to its revenue cap;
3. a railway company may characterize certain amounts as being in respect of demurrage that may not reasonably be characterized as such;
4. the Agency has the power and the duty to determine if the railway company's characterization of the amounts as being in respect of demurrage is reasonable;
5. the Agency has the power and duty to include in the railway company's revenues subject to its revenue cap any amount it finds unreasonable to be characterized as being in respect of demurrage; and

qu'un montant peut raisonnablement être désigné à ce titre, il a atteint les limites de sa compétence en ce qui a trait aux droits de stationnement. L'Office n'est pas habilité à juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement, à limiter l'augmentation des revenus d'une compagnie de chemin de fer ou à décider qu'une partie quelconque des revenus de stationnement qu'il estime déraisonnable soit incluse dans les revenus assujettis au plafond de revenu de la compagnie.

[23] Je déduis de la décision de l'Office que selon le processus prévu à l'alinéa 150(3)b), la compagnie de chemin de fer communiquera à l'Office, entre autres renseignements, les montants de revenu qui, selon elle, concernent les droits de stationnement. Autrement dit, il appartient à la compagnie de chemin de fer de désigner en premier lieu si un montant se rapporte aux droits de stationnement. Le rôle de l'Office est de déterminer s'il est raisonnable de désigner ces montants comme tel.

[24] D'après le libellé de l'article 150 et, plus particulièrement, de l'alinéa 150(3)b), j'estime que l'intention du Parlement en ce qui a trait aux droits de stationnement est la suivante:

1. certains revenus découlant des droits de stationnement pour le transport du grain en provenance de l'Ouest ne doivent pas être assujettis au plafond de revenu d'une compagnie de chemin de fer;
2. les revenus de stationnement font partie des montants qui ne doivent pas être inclus dans les revenus assujettis au plafond de revenu d'une compagnie de chemin de fer;
3. une compagnie de chemin de fer peut désigner certaines sommes au titre des droits de stationnement alors qu'il est déraisonnable de les désigner comme tel;
4. dans le cadre de son mandat et de sa compétence, l'Office doit juger si la désignation par la compagnie de certains montants au titre des droits de stationnement est raisonnable;
5. dans le cadre de son mandat et de sa compétence, l'Office doit inclure dans les revenus assujettis au plafond de revenu d'une compagnie tout montant qu'il était déraisonnable, à son avis, de désigner au titre des droits de stationnement;

6. if the Agency determines that any amount that the railway company characterized as demurrage is reasonable to characterize as such, the amount is to be excluded from the railway company's revenues subject to its revenue cap.

[25] According to the definition of demurrage adopted by this Court, if the Agency determines that it is reasonable to characterize revenues as resulting from charges made by a railway company to induce a shipper or consignee to promptly release cars and to compensate the railway company for the detention of cars beyond the allowed free time, its jurisdiction is exhausted.

[26] I think member Keith Penner had the correct appreciation of the Agency's role in his dissenting reasons. Mr. Penner:

1. adopted the definition of demurrage accepted by this Court;
2. examined CP's demurrage policy and compared it to typical railway demurrage programs;
3. considered industry standard demurrage charges and found that CP's charges were in line with accepted industry standards;
4. found that the absence of a debit and credit system as under an average demurrage policy does not mean that the adoption of a straight demurrage policy is not demurrage;
5. determined that demurrage is not demurrage simply because a railway labels it as such; and
6. provided an example of charges that could not reasonably be characterized as demurrage—charges arising from the elimination by a railway company of free time for loading or unloading, i.e. giving the shipper

6. si l'Office juge qu'un montant pouvait être raisonnablement désigné au titre des droits de stationnement pour la compagnie, il doit exclure ce montant des revenus assujettis au plafond de revenu de la compagnie.

[25] Selon la définition des droits de stationnement retenue par la Cour, si l'Office estime qu'il est raisonnable d'affirmer que certains revenus découlent des droits imposés par une compagnie de chemin de fer pour inciter les expéditeurs et les consignataires à rendre rapidement les wagons et pour valoir compensation contre la détention des wagons au-delà de la période gratuite autorisée, il atteint les limites de sa compétence.

[26] Je pense que le membre Keith Penner a correctement interprété le rôle de l'Office dans ses motifs dissidents. Monsieur Penner:

1. a adopté la définition des droits de stationnement retenue par la Cour;
2. a examiné la politique sur les droits de stationnement du CP et a jugé qu'elle était comparable aux programmes de droits de stationnement typiques de l'industrie ferroviaire;
3. a examiné les normes de l'industrie en matière de droits de stationnement et a estimé que les droits imposés par le CP étaient conformes aux normes généralement reconnues dans ce domaine;
4. a jugé que l'absence d'un système débit-crédit tel que celui que l'on trouve dans la politique de droits de stationnement moyens ne signifie pas que l'adoption d'une politique de droits de stationnement absolus ne constitue pas des droits de stationnement;
5. a précisé qu'il ne suffit pas que des droits soient qualifiés de droits de stationnement par une compagnie de chemin de fer pour en faire de véritables droits de stationnement;
6. a donné un exemple de droits qu'on ne pourrait raisonnablement qualifier de droits de stationnement—à savoir, les droits découlant de l'élimination par une compagnie ferroviaire des périodes gratuites de

or consignee no free time.

[27] Determining whether demurrage revenues are reasonable is an entirely different function. That function would require the Agency to engage in a broad assessment of whether demurrage charges or increases in demurrage charges can be justified by market and/or railway cost considerations and the effect on shippers and consignees. That type of intensive freight rate regulation is no longer applicable under current railway legislation. Even in the case of the movement of western grain by rail, where regulation is more pervasive than for other commodities or regions, the regulation of a railway company's revenues is not based on reasonableness but rather on application of a formula taking into account changes from base year figures in volume, length of haul and relevant inflation.

[28] An interpretation of paragraph 150(3)(b) that would confer on the Agency intensive regulatory control over the reasonableness of a railway company's demurrage revenues is not in keeping with Parliament's intent to minimize regulation as expressed in paragraph 5(c) of the *Canada Transportation Act* (National Transportation Policy):

5. . . .

(c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers

I am of the opinion that member Penner viewed the Agency's regulatory mandate correctly when he stated in his dissenting reasons:

Overall, I find that this kind of assessment by the Agency is consistent with the view that as a regulator, the Agency's role under the revenue entitlement provisions is one of broad oversight rather than attempting to regulate the day-to-day commercial practices or policies of the railway company.

chargement et de déchargement, c.-à-d. priver les expéditeurs et les consignataires de toute période gratuite.

[27] Évaluer le caractère raisonnable ou non des droits de stationnement relève d'une toute autre fonction. Cette fonction exigerait que l'Office entreprenne une vaste évaluation pour déterminer si les droits de stationnement ou l'augmentation de ces droits peuvent être justifiés par le marché et/ou les coûts ferroviaires et pour cerner les incidences sur les expéditeurs et les consignataires. Ce type de réglementation tarifaire intensive n'a plus cours en vertu de la nouvelle législation sur le transport ferroviaire. Même dans le cas du transport ferroviaire du grain en provenance de l'Ouest, plus réglementé que le transport des autres marchandises ou le transport dans d'autres régions, la réglementation des revenus des compagnies de chemin de fer n'est pas fondée sur leur caractère raisonnable mais plutôt, sur l'application d'une formule tenant compte des variations pour une année donnée des volumes, de la longueur du parcours et de l'inflation pertinente.

[28] Interpréter l'alinéa 150(3)(b) de manière à conférer à l'Office un pouvoir de contrôle réglementaire intensif sur le caractère raisonnable des revenus de stationnement d'une compagnie de chemin de fer serait contraire à l'intention du Parlement d'alléger la réglementation, tel qu'il appert du paragraphe 5(c) de la *Loi sur les transports au Canada* (Politique nationale en matière de transport):

5. [. . .]

c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs [. . .]

Je suis d'avis que le membre Penner a correctement défini le mandat de réglementation de l'Office en affirmant ce qui suit dans ses motifs dissidents:

En général, j'estime que ce genre d'évaluation de l'Office est conforme à l'opinion que le rôle de l'Office, en tant qu'organisme de réglementation, en vertu des dispositions en matière de revenu admissible, en est un de surveillance générale plutôt que de réglementation des pratiques et des

[29] The regulation of rates charged by railway companies is not unknown to Parliament. Historically, during the period of intensive regulation of railway companies, the Board of Transport Commissioners for Canada was empowered to “disallow any tariff or any portion thereof that it considers to be unjust or unreasonable”. See *Railway Act*, R.S.C. 1952, c. 234, s. 328. While railway companies today operate in a much more deregulated environment and the Agency does not have pervasive power to control railway rates, it is apparent that the terminology to control rates, if it intended to do so, was not unknown to Parliament. Indeed, under the current legislation, section 112, which applies to a limited number of rates established by the Agency, requires that the “rate . . . be commercially fair and reasonable”. While section 112 is not applicable to demurrage revenues or charges, it further indicates the type of terminology that Parliament uses when it intends there to be regulatory control over the reasonableness of a railway company’s rates or revenues.

[30] Had it been Parliament’s intention that a railway company’s demurrage charges or demurrage revenues should be subject to a reasonableness test, Parliament would have adopted well-known terminology to effect that purpose. It did not do so. Rather, it adopted quite a unique word formula “any amount . . . that the Agency determines is reasonable to characterize . . . as being in respect of demurrage”. The necessary implication is that Parliament’s intention was not to make demurrage charges or revenues subject to a reasonableness test.

[31] Read in its ordinary and grammatical sense and in context, paragraph 150(3)(b) empowers the Agency to characterize amounts as being, or not being, in respect of demurrage. But it does not grant the Agency the authority to determine the reasonableness of demurrage revenues.

politiques commerciales courantes des compagnies de chemin de fer.

[29] La réglementation des tarifs imposés par les compagnies de chemin de fer n’est pas inconnue du Parlement. Historiquement, durant la période où les compagnies ferroviaires étaient fortement réglementées, la Commission des transports du Canada était habilitée à «rejeter un tarif ou une partie de tarif qu’elle considère injuste ou déraisonnable». Voir l’article 328 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1952, ch. 234. Bien que les compagnies de chemin de fer évoluent aujourd’hui dans un environnement beaucoup moins réglementé et que l’Office ne dispose pas de pouvoirs exhaustifs lui permettant de contrôler les tarifs ferroviaires, il est évident que la terminologie liée au contrôle des tarifs, s’il telle était son intention, n’était pas inconnue du Parlement. De fait, en vertu de la loi actuelle, l’article 112, qui s’applique à un certain nombre de tarifs établis par l’Office, exige que les prix soient «commerciallement équitables et raisonnables vis-à-vis des parties». Bien que l’article 112 ne s’applique pas aux revenus et aux droits de stationnement, il indique le type de terminologie qu’utilise le Parlement lorsqu’il souhaite instituer un contrôle réglementaire sur le caractère raisonnable des tarifs ou des revenus des compagnies de chemin de fer.

[30] Si le Parlement avait eu l’intention d’assujettir les droits et les revenus de stationnement des compagnies de chemin de fer à la norme du caractère raisonnable, il aurait utilisé une terminologie bien établie pour préciser son intention. Ce qu’il n’a pas fait. Il a plutôt opté pour un libellé assez particulier: «les recettes attribuables [. . .] aux droits de stationnement [. . .] que l’Office estime justifié de considérer comme telles». Il faut nécessairement en déduire que le Parlement n’avait pas l’intention d’assujettir les droits et les revenus de stationnement à la norme du caractère raisonnable.

[31] Lu dans son sens ordinaire et grammatical et dans le contexte, l’alinéa 150(3)b habilite l’Office à qualifier certaines sommes comme se rapportant ou non au stationnement. Mais il ne confère à l’Office aucun pouvoir lui permettant de juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement.

Comparing paragraph 150(3)(b) with paragraphs 150(3)(a) and (c)

[32] The Agency says that, if its function was restricted only to characterizing amounts as being, or not being, in respect of demurrage, paragraph 150(3)(b) would have been written in a manner comparable to paragraphs 150(3)(a) and (c). According to the Agency, nothing in paragraphs 150(3)(a) and (c) requires the Agency to reasonably characterize incentives, rebates or compensation for running rights as such. By contrast, paragraph 150(3)(b) places that duty on the Agency in respect of demurrage. As a result, the Agency inferred it had been given the authority by Parliament to determine the “reasonableness of overall demurrage charges”.

[33] The Agency rightly points out the difference in wording between paragraphs 150(3)(a) and (c) on the one hand, and paragraph 150(3)(b) on the other. However, the Agency’s inference from that difference in wording is, in my respectful opinion, not justified.

[34] It may be that the difference in wording is attributable to the Agency being required to perform a function under paragraph 150(3)(b), while there is no equivalent requirement in paragraphs 153(a) and (c). Under paragraph 150(3)(b), the Agency is required to review the amounts the railway company submits as being revenues in respect of demurrage and determine whether it is reasonable to characterize the revenues as such.

[35] By contrast, under paragraphs 150(3)(a) and (c), there is no positive obligation on the Agency to determine if amounts are in respect of incentives, rebates or compensation for running rights. Of course, that does not mean that the Agency may not look at amounts the railway company says are incentives, rebates or compensation for running rights. However, there is no positive obligation on the Agency to characterize such amounts as there is under paragraph 150(3)(b). Under paragraphs (a) and (c), the Agency may accept the railway company’s submissions without further consideration.

Comparaison de l’alinéa 150(3)(b) aux alinéas 150(3)(a) et (c)

[32] L’Office soutient que si sa fonction était limitée à la seule détermination de la nature des sommes, à savoir si elles se rapportent ou non aux droits de stationnement, l’alinéa 150(3)(b) aurait été libellé d’une manière semblable aux alinéas 150(3)(a) et (c). Selon l’Office, rien dans les alinéas 150(3)(a) et (c) n’oblige l’Office à déterminer si les incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation allégués peuvent être raisonnablement désignés comme tel. Au contraire, l’alinéa 150(3)(b) imposerait cette obligation à l’Office en ce qui a trait aux droits de stationnement. Par conséquent, l’Office en conclut que le Parlement lui a confié le mandat de déterminer le caractère raisonnable des frais de stationnement dans leur ensemble.

[33] L’Office souligne à juste titre la différence de formulation entre les alinéas 150(3)(a) et (c), d’une part, et l’alinéa 150(3)(b), d’autre part. Toutefois, à mon humble avis, l’inférence que l’Office établit à partir de cette différence n’est pas justifiée.

[34] Cela est peut-être dû au fait que la différence de formulation découle de l’obligation qui incombe à l’Office, aux termes de l’alinéa 150(3)(b), alors que les alinéas 150(3)(a) et (c) ne comportent aucune obligation de cette nature. En vertu de l’alinéa 150(3)(b), l’Office est tenu d’examiner les montants que les compagnies de chemin de fer présentent comme des revenus découlant des droits de stationnement et de déterminer s’il est raisonnable de désigner ces revenus comme tels.

[35] Par contraste, aux alinéas 150(3)(a) et (c), aucune obligation positive n’incombe à l’Office de déterminer si les sommes en cause constituent effectivement des incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation. Bien sûr, cela ne signifie pas que l’Office n’est pas habilité à examiner les montants que les compagnies de chemin de fer présentent comme des incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation. Toutefois, l’Office n’est lié par aucune obligation positive de déterminer la nature de ces montants comme c’est le cas à l’alinéa 150(3)(b). En vertu des alinéas a) et c), l’Office peut accepter les allégations d’une compagnie de chemin de fer sans

[36] The reason for the difference in wording, as between paragraphs 150(a) and (c) on the one hand and (b) on the other, is not obvious. Perhaps, as suggested by counsel for CP, it was because of a greater sensitivity among shippers and consignees with respect to demurrage than with respect to incentives, rebates or compensation for running rights. Indeed, by Order in Council, P.C. 1959-569 dated May 7, 1959, the Board of Transport Commissioners for Canada was ordered to suspend the railway companies' demurrage charges applicable to the movement of western grain and the opportunity of the railway companies to assess demurrage charges remained suspended until 1995 (see dissenting reasons of member Penner). Counsel for the Commission submitted that there was more potential for abuse by railway companies inappropriately purporting to characterize amounts as demurrage, rather than as revenues subject to the revenue cap than in the case of incentives, rebates or running rights compensation.

[37] Whatever the reasons for the difference in wording, the words of paragraph 150(3)(b) do not confer on the Agency the jurisdiction to determine the reasonableness of demurrage revenues.

The Proportionality Test

[38] The Agency expressed the view that it was required to have regard to "[t]he 'proportionality test' which equates the harm and consequent compensation to the asset owner to the penalty paid by the shipper." The Agency said that when the relationship becomes disproportionate, the resulting amount becomes unreasonable.

[39] One purpose of demurrage charges is to compensate the railway company for the investment in the car, i.e. for the lost opportunity to earn revenue if the car had been promptly released. I accept that if a railway company attempted to impose extreme charges for detention of cars, it would be open to the Agency to determine that all the revenues arising from the charges

procéder à un quelconque examen des montants en cause.

[36] La raison pour laquelle le libellé des alinéas 150(a) et (c), d'une part, et celui de l'alinéa b), d'autre part, diffèrent n'est pas évidente. Peut-être, comme le propose l'avocat du CP, tient-elle du fait que la question des droits de stationnement est plus délicate pour les expéditeurs et les consignataires que la question des incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation. De fait, par décret du 7 mai 1959 (P.C. 1959-569), la Commission des transports du Canada a reçu l'ordre de suspendre les droits imposés par les compagnies de chemin de fer pour le transport du grain en provenance de l'Ouest; ce n'est qu'en 1995 que les compagnies ferroviaires ont été autorisées de nouveau à imposer des droits de stationnement (voir les motifs dissidents du membre Penner). L'avocat de la Commission soutient que les risques que des compagnies de chemin de fer présentent faussement certaines sommes comme se rapportant aux droits de stationnement, pour les soustraire des revenus assujettis au plafond de revenu, sont bien plus grands que pour ce qui concerne les incitatifs, rabais et autres indemnités pour les droits de circulation.

[37] Peu importe les motifs justifiant la différence de formulation, le libellé de l'alinéa 150(3)b) ne confère pas à l'Office la compétence de juger du caractère raisonnable des revenus de stationnement.

Le critère de proportionnalité

[38] L'Office prétend qu'il est tenu de prendre en compte le critère de proportionnalité, «selon lequel on compare le préjudice subi par le propriétaire du bien et l'indemnisation correspondante à l'amende payée par l'expéditeur». L'Office affirme que lorsque la relation devient disproportionnée, les montants qui en découlent deviennent déraisonnables.

[39] Les droits de stationnement ont notamment pour objet d'indemniser les compagnies de chemin de fer pour l'investissement dans les wagons, c.-à-d. pour la perte de possibilités de revenus liée à la remise du wagon en retard. Je reconnais que si une compagnie de chemin de fer tentait d'imposer des droits excessivement élevés pour la détention des wagons, l'Office serait

could not reasonably be characterized as being in respect of demurrage.

[40] Therefore, the Agency may consider the level of charges and the revenues earned from imposition of those charges. However, its mandate is not to determine the reasonableness of the charges or revenues. It is to determine if the level of charges or the manner of imposing the charges indicates that any part of the revenues arising therefrom is not reasonable to be characterized as being in respect of demurrage.

[41] That is not what the Agency did in this case. In its reasons, the Agency repeats the words of paragraph 150(3)(b). However, the sentence immediately following states:

This conclusion is based on the Agency's finding that the wording of the statute contemplates an assessment of the reasonableness of overall demurrage charges.

It is obvious, from its reasons, that the Agency purported to assess the reasonableness of CP's demurrage revenues.

[42] Indeed, its reasonableness assessment was based solely on CP's adoption of the straight demurrage policy in place of its prior average demurrage policy. The Agency's assessment was not, and could not be based on CP's charges which were the same under both policies—\$60 per car per day. The Agency did not purport to reduce the per-car per-day charge. A shipper, who only incurred debit days under the average demurrage policy, would pay the same demurrage to CP under both the average and straight demurrage policies. It is, therefore, difficult to understand how CP's revenues for car detention beyond the free time allowed could be characterized as anything but being in respect of demurrage.

Integrity of the Revenue Cap Regime

[43] The Agency was concerned that a railway company's unilateral power to set grain demurrage

habilité à juger que tous les revenus découlant de ces droits ne peuvent être désignés comme se rapportant au stationnement.

[40] Par conséquent, l'Office peut évaluer le niveau des droits et les revenus produits par l'imposition de ces droits. Toutefois, son mandat n'est pas de juger du caractère raisonnable des droits ou des revenus de stationnement. Son mandat se limite à juger si le niveau des droits ou la manière d'imposer ces droits indique qu'une partie quelconque des revenus découlant de ces droits ne peut raisonnablement être désignée au titre des droits de stationnement.

[41] Ce n'est pas ce qu'a fait l'Office en l'espèce. Dans ses motifs, l'Office reprend le libellé de l'alinéa 150(3)b). Cependant, la phrase suivante précise que:

Cette conclusion repose sur les constatations suivantes de l'Office, à savoir que le libellé du texte de loi prévoit une évaluation du caractère raisonnable de l'ensemble des droits de stationnement.

Il apparaît clairement de ces motifs que l'Office a prétendu évaluer le caractère raisonnable des revenus de stationnement du CP.

[42] De fait, son évaluation du caractère raisonnable est entièrement fondée sur l'adoption par le CP de sa politique de droits de stationnement absolus en remplacement de son ancienne politique de droits moyens. L'évaluation de l'Office n'était pas et ne pouvait être fondée sur les droits imposés par le CP, qui étaient identiques à ceux imposés dans le cadre de l'ancienne politique, à savoir 60 \$ par jour et par wagon. L'Office n'a pas tenté de réduire les droits quotidiens par wagon. Un expéditeur ayant accumulé seulement des jours de débit paierait au CP les mêmes montants au titre du stationnement en vertu de la politique de droits moyens et de la politique de droits absolus. Il est par conséquent difficile d'imaginer comment les revenus provenant de la détention des wagons au-delà de la période gratuite autorisée pourraient être désignés autrement que comme des revenus se rapportant au stationnement.

Intégrité du régime de plafonds de revenu

[43] L'Office craint que le pouvoir unilatéral des compagnies de chemin de fer d'établir les politiques de

policies could impair the effectiveness of the revenue cap regime because it would be entirely up to the railway company to decide what constituted demurrage and, therefore, what residual amount constituted statutory grain revenue.

[44] I think this concern is misplaced. The railway companies do not have unfettered power to decide what constitutes demurrage. It is the Agency that is to determine whether amounts are reasonably characterized as being in respect of demurrage. If the Agency determines that amounts alleged by a railway company to be demurrage revenues may not reasonably be characterized as such, the Agency will order such amounts to be included in the railway company's revenues subject to its revenue cap.

Argument of the Canadian Wheat Board

[45] The Canadian Wheat Board argued that section 112 of the *Canada Transportation Act* empowers the Agency to determine the reasonableness of demurrage revenues. Section 112 provides:

112. A rate or condition of service established by the Agency under this Division must be commercially fair and reasonable to all parties.

[46] I am unable to agree with the Canadian Wheat Board. As I earlier indicated, section 112 is referable only to rates or conditions of service established by the Agency. Under the *Canada Transportation Act*, there are a limited number of rates that the Agency may establish. Examples would be joint line rates established by the Agency under paragraph 121(2)(b) where the railway companies participating in a joint line movement do not agree on the rate. Another example would be inter-switching rates set by the Agency pursuant to section 128. However, demurrage charges assessed by the railway companies in respect of western grain are not established by the Agency. Section 112 has no application.

droits de stationnement risque de nuire à l'efficacité du régime de plafonds de revenu car il appartiendrait uniquement aux compagnies de chemin de fer de décider ce qui constitue des droits de stationnement et, par conséquent, quels montants résiduels constituent des revenus liés au transport de grain.

[44] Je pense que cette crainte n'est pas justifiée. Les compagnies de chemin de fer ne disposent pas du pouvoir inconditionnel de décider ce qui constitue ou non des droits de stationnement. Il appartient à l'Office de juger s'il est raisonnable de désigner certains montants au titre des droits de stationnement. Si l'Office estime que certains montants présentés par une compagnie de chemin de fer comme des revenus de stationnement ne peuvent être raisonnablement désignés à ce titre, il peut ordonner que ces montants soient inclus dans les revenus assujettis au plafond de revenu de la compagnie.

Argument de la Commission canadienne du blé

[45] La Commission canadienne du blé soutient que l'article 112 de la *Loi sur les transports au Canada* habilite l'Office à évaluer le caractère raisonnable des revenus de stationnement. Cette disposition se lit comme suit:

112. Les prix et conditions visant les services fixés par l'Office au titre de la présente section doivent être commercialement équitables et raisonnables vis-à-vis des parties.

[46] Je ne puis souscrire au point de vue de la Commission. Comme je l'ai mentionné plus haut, l'article 112 se rapporte uniquement aux tarifs et aux conditions de service établis par l'Office. En vertu de la *Loi sur les transports au Canada*, seuls certains tarifs peuvent être établis par l'Office. Par exemple, les tarifs de lignes conjointes établis par l'Office en vertu de l'alinéa 121(2)b), lorsque les compagnies de chemin de fer participant à un mouvement sur ligne conjointe ne s'entendent pas sur le tarif. Les prix d'interconnexion sont un autre exemple de tarif établi par l'Office en vertu de l'article 128. Cependant, les droits de stationnement imposés par les compagnies de chemin de fer pour le transport du grain de l'Ouest ne sont pas établis par l'Office. L'article 112 ne s'applique donc pas en l'espèce.

Communication Between CP and its Customers

[47] I need make one final observation. In justifying its unreasonableness finding, the Agency seems to have taken into account a lack of effective communication between CP and its customers which it found inhibited the customers from effectively managing their railway car usage. A failure of a railway company to adequately communicate with its customers may be a valid subject of a level-of-service complaint under section 113 of the *Canada Transportation Act*. I need make no judgment on that point. It is an irrelevant consideration for purposes of determining whether it is reasonable to characterize an amount as being in respect of demurrage.

[48] Demurrage is assessable when a car is detained beyond the free time as a result of shipper's or consignee's default. Where the detention is caused by the railway company, demurrage is not assessable. Thus, as counsel for CP pointed out, when bunching occurs as a result of railway operations, such that the railway company delivers more cars than the shipper or consignee can reasonably handle at one time and cars are, therefore, detained beyond the free time allowed, the shipper or consignee may dispute any demurrage charges that the railway company purports to assess. If there is a dispute over fault, that is to be determined between the parties or, if necessary, by the Court. It is not a matter that is relevant under paragraph 150(3)(b).

CONCLUSION

[49] The appeal should be allowed with costs. The Agency's decision should be quashed and the matter should be remitted to the Agency for redetermination in accordance with these reasons.

SEXTON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

Communications entre le CP et ses clients

[47] Je me permets de faire une dernière remarque. En justifiant sa conclusion sur le caractère déraisonnable des droits de stationnement, l'Office semble avoir tenu compte du manque de communication efficace entre le CP et ses clients ce qui, selon l'Office, aurait empêché les clients de gérer efficacement leur utilisation des wagons. Un manque de communication de la part d'une compagnie de chemin de fer peut faire l'objet d'une plainte sur le niveau de service en vertu de l'article 113 de la *Loi sur les transports au Canada*. Il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point. Cet élément n'a aucune pertinence pour ce qui est de déterminer s'il est raisonnable de désigner certains montants au titre des droits de stationnement.

[48] Les droits de stationnement sont imposés lorsqu'un wagon est détenu au-delà de la période gratuite en raison du défaut de l'expéditeur ou du consignataire. Lorsque le retard est imputable à la compagnie de chemin de fer, les droits de stationnement ne sont pas exigibles. Ainsi, comme le faisait remarquer l'avocat du CP, en cas d'arrivage massif découlant des activités de transport, par exemple lorsque la compagnie de chemin de fer livre plus de wagons qu'un expéditeur ou un consignataire n'est raisonnablement en mesure de gérer à la fois, entraînant la détention des wagons au-delà de la période gratuite autorisée, l'expéditeur ou le consignataire peut contester les droits de stationnement que la compagnie de chemin de fer s'apprête à imposer. S'il survient un différend quant au responsable du défaut, il appartient aux parties de le régler ou, le cas échéant, au tribunal. Cette question n'a aucune pertinence en ce qui a trait à l'alinéa 150(3)b).

CONCLUSION

[49] J'accueillerais l'appel avec dépens, j'infirmes la décision de l'OTC et je renverrais l'affaire devant l'OTC pour que celui-ci statue à nouveau conformément aux motifs énoncés aux présentes.

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

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

A-737-00
2003 FCA 133

A-737-00
2003 CAF 133

**Honourable Christine Stewart in her capacity as
Minister of Environment Canada (*Appellant*)**

**L'honorable Christine Stewart en sa qualité de
ministre d'Environnement Canada (*appelante*)**

v.

c.

Charlotte Hutchinson (*Respondent*)

Charlotte Hutchinson (*intimée*)

**INDEXED AS: HUTCHINSON V. CANADA (MINISTER OF THE
ENVIRONMENT) (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: HUTCHINSON C. CANADA (MINISTRE DE
L'ENVIRONNEMENT) (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Rothstein and Pelletier JJ.A.—
Halifax, November 4, 2002; Ottawa, March 14, 2003.

Cour d'appel, juges Stone, Rothstein et Pelletier, J.C.A.—
—Halifax, 4 novembre 2002; Ottawa, 14 mars 2003.

Human Rights — Duty to accommodate — Appeal from Trial Division decision allowing respondent's application for judicial review of CHRC's dismissal of complaint — Respondent suffering from environmental illness, burnout — Employer trying to ameliorate working conditions, investigating alternative locations, but all found wanting — Respondent refused to work from home — As unable to work from office, dismissed for incapacity to perform duties — Filed complaint with CHRC alleging refusal to accommodate disability as employer not providing suitable work environment — CHRC accepted investigator's recommendation complaint should be dismissed — Applications Judge holding breach of procedural fairness as letter, Public Service Staff Relations Board report in investigator's possession not produced to respondent — Appeal allowed — As not before decision-maker (CHRC), no breach of procedural fairness in failure to disclose letter, report — Analysis when dealing with course of conduct as opposed to transaction driven by pre-existing policy — Starting point: whether transaction between parties, taken as a whole, results in adverse treatment on prohibited ground — If not, inquiry ends; if so, proceed to S.C.C.'s three-step analysis set out in British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU — Treatment of respondent not disclosing adverse treatment — Reasonable for Commission to conclude employer's response to respondent's circumstances not warranting inquiry — Claimant cannot refuse reasonable solution on ground preferred alternative will not cause employer undue hardship.

Droits de la personne — Obligation d'accommodement — Appel d'une décision de la Section de première instance accueillant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimée à la suite du rejet de sa plainte par la CCDP — L'intimée était atteinte d'une maladie environnementale et d'épuisement professionnel — L'employeur avait tenté d'améliorer les conditions de travail; il avait enquêté sur les lieux de travail possibles, mais tous laissaient à désirer — L'intimée refusait de travailler à domicile — Étant donné qu'elle ne pouvait pas travailler au bureau, l'intimée a été licenciée pour le motif qu'elle n'était pas en mesure de s'acquitter de ses fonctions — Elle a déposé une plainte auprès de la CCDP, alléguant que l'employeur avait refusé d'accommoder sa déficience en ne lui assurant pas un environnement de travail convenable — La CCDP a retenu la recommandation de l'enquêteur selon laquelle la plainte devait être rejetée — Le juge des demandes a conclu à un manque d'équité procédurale étant donné qu'une lettre et un rapport de la CRTFP qui étaient en la possession de l'enquêteur n'avaient pas été transmis à l'intimée — Appel accueilli — Étant donné que ces documents n'étaient pas à la disposition du décideur (CCDP), l'omission de transmettre la lettre et le rapport ne constituait pas un manquement à l'équité procédurale — Analyse à effectuer dans le cas d'une ligne de conduite par opposition à des rapports dictés par une politique préexistante — Le point de départ est de savoir si les rapports entre les parties, considérés dans leur ensemble, entraînent un traitement préjudiciable fondé sur un motif de distinction illicite — Dans la négative, l'enquête prend fin; dans l'affirmative, on procède à l'analyse en trois étapes énoncée par la C.S.C. dans Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU — Le traitement infligé à l'intimée ne révélait pas un traitement préjudiciable — Il était raisonnable pour la Commission de conclure que la réponse de l'employeur à la situation de l'intimée ne justifiait pas une enquête — L'intéressé ne peut pas refuser une solution raisonnable pour le motif que la solution de rechange qu'il préfère ne causera pas de contrainte excessive à l'employeur.

Administrative Law—Judicial Review—Certiorari—Trial Judge setting aside Canadian Human Rights Commission's dismissal of respondent's complaint based on denial of procedural fairness — Holding failure to produce to respondent documents in investigator's possession denied her opportunity to respond thereto — Appeal allowed — CHRC's decision to dismiss complaint entitled to deference — Standard of reasonableness met — (1) Right to know case to be met applies to material before decision-maker, not material passing through investigator's hands — Letter, report not before Commission — (2) Once investigation process engaged, departmental contact person not required to be indifferent to outcome — That contact person subject to unresolved harassment complaint not breach of fairness — (3) No error justifying Court's interference on basis of adequacy of investigation — Allegations of harassment unfounded.

This was an appeal from a Trial Division decision allowing the respondent's application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's dismissal of her complaint. The respondent, a federal public servant since 1971, began to experience a variety of ailments after her transfer to the Department of the Environment in March 1985. This led to a period of sick leave commencing in April 1987, followed by leave without pay and then long-term disability benefits. She identified "burnout, stress and job incompatibility" as the reasons for the leave. In June 1988, the respondent was diagnosed as suffering from environmental illness and burnout. In August 1990, Health Canada conducted a "fitness for work" assessment of the respondent and concluded that she was fit for work without limitations, but added that she should avoid air conditioning, tobacco smoke and chemical odour. The respondent accepted a different position, but worked in the same location happily and productively until 1995, although in 1993, her position was made seasonal, at her request. In May 1995, the respondent began to experience an even greater sensitivity to environmental factors. In an attempt to accommodate her, the appellant undertook various efforts to ameliorate working conditions in her building but, according to the respondent, these efforts were completely ineffective. As a result, the appellant investigated eight alternative locations, but all were found wanting. The respondent was again absent from work from August 1, 1996 to April 1997, part of which included her seasonal layoff. She refused to work from home and reported for work on April 21, 1997, but left after only four hours. At that point, she was dismissed on the ground that she was incapable of performing the duties of her office. Prior to her dismissal, the respondent had filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging that the appellant was refusing to accommodate her disability by

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le juge de première instance a annulé le rejet par la Commission canadienne des droits de la personne de la plainte de l'intimée fondée sur un manquement à l'équité procédurale — Il a statué que l'omission de transmettre à l'intimée les documents qui étaient en la possession de l'enquêteur empêchait celle-ci d'y répondre — Appel accueilli — Il fallait faire preuve de réserve à l'égard de la décision de la CCDP de rejeter la plainte — La norme du caractère raisonnable a été respectée — 1) Le droit de connaître la preuve à réfuter s'applique aux éléments dont disposait le décideur et non aux éléments passant entre les mains de l'enquêteur — Ni la lettre ni le rapport n'avaient été mis à la disposition de la Commission — 2) Une fois le processus d'enquête engagé, la personne-ressource du ministère n'était pas tenue d'être indifférente au résultat — Le fait que cette personne-ressource faisait l'objet d'une plainte non réglée de harcèlement ne constitue pas un manque d'équité — 3) Aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour fondée sur le caractère adéquat de l'enquête n'a été commise — Les allégations de harcèlement étaient dénuées de fondement.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Section de première instance accueillant la demande de l'intimée en vue du contrôle judiciaire du rejet de sa plainte par la Commission canadienne des droits de la personne. L'intimée, qui travaillait pour la fonction publique depuis 1971, a commencé à éprouver certains symptômes après avoir été mutée au ministère de l'Environnement au mois de mars 1985. Par suite de ces problèmes, elle a pris un congé de maladie au mois d'avril 1987; elle a par la suite été en congé non payé et a ensuite touché des prestations d'invalidité à long terme. Elle a indiqué «l'épuisement professionnel, le stress et l'incompatibilité du travail» comme motifs de congé. Au mois de juin 1988, l'intimée a fait l'objet d'un diagnostic de maladie environnementale et d'épuisement professionnel. Au mois d'août 1990, Santé Canada a procédé à une évaluation de l'«aptitude au travail» de l'intimée et a conclu que l'intimée était apte à travailler sans restrictions, mais a ajouté qu'elle devait éviter la climatisation, la fumée du tabac et les odeurs chimiques. L'intimée a accepté un poste différent, mais elle a continué à travailler au même endroit sans éprouver de problèmes et d'une façon productive jusqu'en 1995; cependant, en 1993, son poste est devenu saisonnier, à sa demande. Au mois de mai 1995, l'intimée a commencé à éprouver une sensibilité encore plus grande aux facteurs environnementaux. L'appelante a tenté de l'accommoder en faisant divers efforts pour améliorer les conditions de travail dans l'immeuble, mais selon l'intimée, ces efforts n'ont absolument pas porté fruit. L'appelante s'est donc penchée sur huit autres endroits, mais il a été conclu qu'ils laissaient tous à désirer. L'intimée s'est encore une fois absentée du travail du 1^{er} août 1996 au mois d'avril 1997, une partie de cette période étant comprise dans la période de mise en disponibilité saisonnière. Elle a refusé de travailler à domicile et s'est

failing to provide her with a suitable work environment. An investigation into the complaint concluded that, on the evidence, the allegation of discrimination was unfounded and recommended dismissal of the complaint. The Commission accepted the investigator's recommendation and advised the respondent that it was dismissing her complaint. Following the dismissal of her complaint, the respondent discovered on the Commission file a letter dated October 22, 1997 sent by Louise Morin Girouard, Director of Staff Relations and Classification, against whom the respondent had lodged a harassment complaint, and a copy of the PSSRB's report dismissing the respondent's grievance. In the meantime, she had launched an application for judicial review of the Commission's decision. The Applications Judge allowed the application on the ground of a denial of procedural fairness because the Commission had not produced these documents to the respondent for her response thereto. This appeal raised questions of procedural fairness and the content of the duty to accommodate.

Held, the appeal should be allowed.

The right to know the case to be met and to respond to it arises in connection with material which will be put before the decision maker, not with respect to material which passes through an investigator's hands in the course of the investigation. Consequently, the Applications Judge erred when he held that the October 22, 1997 letter ought to have been passed on to the respondent so as to allow her to respond. The same is true of the PSSRB decision dismissing the respondent's grievance of her dismissal, which did not come into the investigator's hands until after the investigation report was completed. The investigator correctly concluded that the decision was irrelevant to the issue to be decided and did not include it in the material which was forwarded to the Commission. The investigator's possession of the decision, without anything further having been done with it, did not give rise to a duty of disclosure and a corresponding right to respond. The reference in the investigator's report to 14 complaints pending before the Public Service Commission, which the Applications Judge found prejudicial, was a purely factual reference made in the context of a summary of the respondent's employment history. Disclosure of the complaints is only prejudicial if one infers from the number of complaints that they were either excessive or unjustified. Nothing suggested that the investigator communicated such views. However, the fact of the 14 complaints did have some

présentée au travail le 21 avril 1997, mais elle a quitté les lieux après quatre heures seulement. Elle a alors été licenciée pour le motif qu'elle n'était pas en mesure de s'acquitter de ses fonctions. Avant d'être licenciée, l'intimée avait déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant que l'appelante l'avait défavorisée du fait de sa déficience en ne lui assurant pas un environnement de travail convenable. À la suite d'une enquête sur la plainte, on conclutait en disant qu'eu égard à la preuve, l'allégation de discrimination était dénuée de fondement et on recommandait le rejet de la plainte. La Commission a retenu la recommandation de l'enquêteur et a informé l'intimée qu'elle rejetait sa plainte. À la suite du rejet de la plainte, l'intimée a découvert dans le dossier de la Commission une lettre en date du 22 octobre 1997 envoyée par Louise Morin Girouard, directrice, Relations de travail et Classification, qui avait fait l'objet d'une plainte de harcèlement de la part de l'intimée, ainsi qu'une copie du rapport de la CRTFP rejetant le grief de l'intimée. Dans l'intervalle, l'intimée avait présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Le juge des demandes a accueilli la demande en se fondant sur l'absence d'équité procédurale découlant de l'omission de la Commission de transmettre ces documents à l'intimée en vue de lui permettre d'y répondre. L'appel soulevait des questions relatives à l'équité procédurale et au contenu de l'obligation d'accommodement.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre se rapporte à des éléments qui seront mis à la disposition du décideur plutôt qu'à des éléments qui passent entre les mains d'un enquêteur dans le cadre de l'enquête. Par conséquent, le juge des demandes a commis une erreur en statuant que la lettre du 22 octobre 1997 aurait dû être transmise à l'intimée pour qu'elle puisse y répondre. Il en va de même pour la décision de la CRTFP rejetant le grief que l'intimée avait présenté à la suite de son licenciement, que l'enquêteur n'avait eue entre les mains qu'après que le rapport d'enquête eut été rédigé. L'enquêteur a conclu avec raison que la décision n'était pas pertinente aux fins de la question à trancher et il ne l'a pas incluse dans les documents qui ont été transmis à la Commission. Le fait que l'enquêteur avait la décision en sa possession, sans que rien de plus n'ait été fait à cet égard, ne donnait pas lieu à une obligation de communication et à un droit corrélatif d'y répondre. La mention, dans le rapport de l'enquêteur, de 14 plaintes en instance devant la Commission de la fonction publique, que le juge des demandes avait jugée répréhensible, était purement une mention factuelle qui avait été faite dans le contexte d'un résumé des antécédents professionnels de l'intimée. La divulgation des plaintes n'était préjudiciable que si l'on inférait à partir du nombre de plaintes qu'elles étaient excessives ou injustifiées. Rien ne donnait à entendre que l'enquêteur avait fait part de pareils points de

significance in light of the respondent's allegation that it was unfair for the Commission to deal with the appellant through a person who was the subject of an unresolved harassment complaint. Once the investigation process is engaged, the parties are adverse in interest. Consequently, the departmental contact person is under no obligation to be indifferent to the outcome. There was no breach of any duty to the respondent in the appellant's choice of contact person for its dealings with the Commission.

The respondent submitted that the investigation report was inadequate because the investigator was improperly trained and that, as a consequence, there were omissions and mischaracterizations of her position. The question of training is one for the Commission. The applicable principle is that where parties have the opportunity to supply the omissions in an investigation report, a court ought not to intervene unless it is satisfied that the exercise of that right would not overcome the prejudice caused by the faulty investigation. It is clear that the investigation report did not delve into the minutiae of environmental sensitivity to the degree that the respondent would have liked. But it is equally clear that the investigator understood the nature of the respondent's condition and gave her the opportunity to respond to the appellant's comments and to the investigation report itself. There was no error which would justify the Court's interference on the basis of the adequacy of the investigation. The respondent also claimed that the Commission did not deal with her allegations of harassment. In dismissing her complaint, the Commission must be taken to have given effect to the investigator's assessment of the merits of the harassment complaint.

The standard of review of a decision of the Commission to dismiss a complaint requires a very high level of deference by the Court unless there is a breach of the principles of natural justice or other procedural unfairness or unless the decision is not supportable on the evidence before the Commission. The Commission is under no obligation to order an oral hearing. The decision of the Commission to dismiss a complaint is entitled to some deference. The standard of review is either reasonableness or patent unreasonableness and in this case, the decision met the less deferential standard of reasonableness.

The respondent submitted that the Commission applied the wrong test, since the question was not whether the appellant had accommodated her but whether it had accommodated her to the point of undue hardship. Since its decision in *Ontario*

vue. Toutefois, les 14 plaintes avaient eu de l'importance compte tenu de l'allégation de l'intimée selon laquelle il était inéquitable pour la Commission de traiter avec l'appelante par l'entremise d'une personne qui faisait l'objet d'une plainte de harcèlement non réglée. Une fois le processus d'enquête entamé, les parties ont des intérêts contradictoires. La personne-ressource du ministère n'était donc pas tenue d'être indifférente au résultat. Le choix par l'appelante de la personne-ressource qui devait traiter avec la Commission n'a causé aucun manquement à une obligation existant envers l'intimée.

L'intimée a soutenu que le rapport d'enquête était inadéquat parce que l'enquêteur n'avait pas reçu une bonne formation et qu'il y avait donc des omissions et une mauvaise description de sa position. La question de la formation relève de la Commission. Selon le principe applicable, lorsque les parties ont la possibilité de remédier aux omissions que comporte un rapport d'enquête, un tribunal judiciaire ne devrait pas intervenir à moins d'être convaincu que l'exercice de ce droit ne remédierait pas au préjudice causé par l'enquête fautive. Il est clair que le rapport d'enquête ne traitait pas de la sensibilité environnementale autant que l'intimée l'aurait voulu. Cependant, il est également clair que l'enquêteur comprenait la nature de l'état de santé de l'intimée et qu'il a donné à celle-ci la possibilité de répondre aux commentaires de l'appelante et au rapport d'enquête lui-même. Aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour pour ce qui est de la question du caractère adéquat de l'enquête n'a été commise. L'intimée a également affirmé que la Commission n'avait pas traité de ses allégations de harcèlement. Il faut considérer qu'en rejetant la plainte, la Commission a donné effet à l'évaluation que l'enquêteur avait faite au sujet du bien-fondé de la plainte de harcèlement.

La norme de contrôle applicable à une décision de la Commission de rejeter une plainte exige un très haut degré de réserve de la part de la Cour à moins qu'il n'y ait eu violation des principes de justice naturelle ou absence d'équité procédurale ou à moins que la décision ne soit pas étayée par les éléments de preuve dont disposait la Commission. La Commission n'est pas obligée d'ordonner la tenue d'une audience. Il faut faire preuve d'une certaine réserve à l'égard de la décision de la Commission de rejeter une plainte. La norme de contrôle est soit celle du caractère raisonnable soit celle du caractère manifestement déraisonnable et, en l'espèce, la décision satisfaisait à la norme du caractère raisonnable selon laquelle il faut faire preuve d'une moins grande réserve.

L'intimée a soutenu que la Commission avait appliqué le mauvais critère, étant donné qu'il ne s'agissait pas de savoir si l'appelante l'avait accommodée, mais si elle l'avait accommodée jusqu'à la contrainte excessive. Depuis sa décision

Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., the Supreme Court of Canada recognized a distinction between direct discrimination and adverse effects discrimination. For reasons canvassed in detail in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU (Meiorin)*, the Supreme Court abandoned this two-stream approach and adopted a unified three-step analysis. Under the new approach, once it is shown that a rule or a policy, whether directly or by way of adverse effects, distinguishes between individuals on a prohibited ground, the employer must show that the rule was adopted for a purpose rationally connected to the performance of the job. If there is a rational connection in general terms, the employer must show that the particular rule was adopted "with an honest and good faith belief that it was necessary to the accomplishment of its purpose". Finally, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that work-related purpose and that it was impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer. *Meiorin* did not change the content of the duty to accommodate. The distinction between this case and *Meiorin* is that the transaction between the appellant and the respondent was not driven by a pre-existing policy. Instead, there was a course of dealings in which the parties operated from an understanding of their respective rights and obligations, an understanding rooted in collective agreements, legislation and policies. In *Meiorin*, the Court's analysis began with a finding that the policy distinguished between people on a prohibited ground. Where one is dealing with a course of conduct the more appropriate question is: does the transaction as a whole result in adverse treatment on a prohibited ground? If not, the inquiry is at an end. If so, one proceeds to the three questions which framed the Supreme Court of Canada's analysis. On the basis of the investigation report, it was reasonably open to the Commission to find that the transaction between the appellant and the respondent, taken as a whole, did not disclose adverse treatment. On the evidence, it was also open to it to find that some of the appellant's suggested alternatives were reasonable. But a claimant cannot refuse a reasonable solution on the ground that his or her order preferred alternative will not cause the employer undue hardship. The Commission could reasonably conclude that the appellant's response to the respondent's circumstances was such that an inquiry into the complaint was not warranted.

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, la Cour suprême du Canada a reconnu une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Pour les motifs qui ont été examinés en détail dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)*, la Cour suprême a abandonné ces deux approches principales et a adopté une analyse unifiée en trois étapes. Selon la nouvelle approche, une fois qu'il est démontré qu'une règle ou une politique, que ce soit directement ou au moyen d'un effet préjudiciable, fait une distinction entre des personnes pour un motif de distinction illicite, l'employeur doit démontrer que la règle a été adoptée à des fins rationnellement liées à l'exécution du travail. S'il existe d'une façon générale un lien rationnel, l'employeur doit démontrer qu'il a adopté la règle particulière «en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire à la réalisation de son objet». Enfin, l'employeur doit établir que la norme est raisonnablement nécessaire à l'accomplissement de la fin liée au travail et qu'il était impossible d'accommoder les employés individuels partageant les caractéristiques de l'intéressé sans imposer une contrainte excessive à l'employeur. L'arrêt *Meiorin* n'a pas modifié le contenu de l'obligation d'accommodement. Il existe une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Meiorin* dans la mesure où les rapports entre l'appelante et l'intimée n'étaient pas dictés par une politique préexistante. Il existait plutôt une ligne de conduite selon laquelle les parties se fondaient sur une interprétation des droits et obligations qu'elles avaient respectivement, interprétation trouvant son origine dans les conventions collectives, dans la législation et dans les politiques. Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a commencé son analyse en concluant que la politique en question faisait une distinction entre des personnes qui étaient touchées pour un motif de distinction illicite. Lorsqu'il est question d'une ligne de conduite, la question la plus pertinente consiste à savoir si les rapports entre les parties, considérés dans leur ensemble, entraînent un traitement préjudiciable fondé sur un motif de distinction illicite. Dans la négative, l'examen prend fin. Dans l'affirmative, on procède à l'examen des trois questions dont l'analyse de la Cour suprême du Canada était composée. Compte tenu du rapport d'enquête, il était raisonnablement loisible à la Commission de conclure que les rapports entre l'appelante et l'intimée, considérés dans leur ensemble, ne révélaient aucun traitement préjudiciable. Selon la preuve, il était également loisible à la Commission de conclure que certaines des solutions de rechange proposées par l'appelante étaient raisonnables. Cependant, l'intéressé ne peut pas refuser une solution raisonnable pour le motif que la solution de rechange qu'il préfère n'imposera pas une contrainte excessive à l'employeur. La Commission pouvait raisonnablement conclure que la réponse apportée par l'appelante à la situation de l'intimée était telle que l'examen de la plainte n'était pas justifié.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 7(a),(b), 40(1), 43(1), 44(1),(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), (a) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 24), (i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64), (ii) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), (i) (as am. *idem*), (ii) (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Radulesco v. Canadian Human Rights Commission, [1984] 2 S.C.R. 407; (1984), 14 D.L.R. (4th) 78; 9 Admin. L.R. 261; 9 C.C.E.L. 6; 6 C.H.R.R. D/2831; 84 CLLC 17,029; 55 N.R. 384; *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455; (1995), 180 N.R. 152 (T.D.); *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3; (1994), 167 N.R. 241 (C.A.); *Madsen v. Canada (Attorney General)* (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 248; 106 F.T.R. 181 (F.C.T.D.); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145 (as to the content of the duty to accommodate); *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (T.D.); *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. No. 1655 (F.C.A.) (QL); *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U.* (2000), 50 O.R. (3d) 560; 191 D.L.R. (4th) 489; 3 C.C.E.L. (3d) 302; 136 O.A.C. 35 (C.A.).

DISTINGUISHED:

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145 (as to the existence of a pre-existing policy); *British*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 7a, b), 40(1), 43(1), 44(1), (3) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), a) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 24), (i) (mod., par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), (ii) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), (i) (mod., *idem*), (ii) (mod., *idem*).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne, [1984] 2 R.C.S. 407; (1984), 14 D.L.R. (4th) 78; 9 Admin. L.R. 261; 9 C.C.E.L. 6; 6 C.H.R.R. D/2831; 84 CLLC 17,029; 55 N.R. 384; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455; (1995), 180 N.R. 152 (1^{re} inst.); *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3; (1994), 167 N.R. 241 (C.A.); *Madsen c. Canada (Procureur général)* (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 248; 106 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145 (quant au contenu de l'obligation d'accommodement); *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; (1990), 69 D.L.R. (4th) 489; [1990] 3 W.W.R. 289; 83 Sask. R. 81; 43 Admin. L.R. 157; 30 C.C.E.L. 237; 90 CLLC 14,010; 106 N.R. 17; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574; (1994), 73 F.T.R. 161 (1^{re} inst.); *Bourgeois c. Banque de commerce canadienne impériale*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.F.) (QL); *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U.* (2000), 50 O.R. (3d) 560; 191 D.L.R. (4th) 489; 3 C.C.E.L. (3d) 302; 136 O.A.C. 35 (C.A.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3; (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; [1999] 10 W.W.R. 1; 66 B.C.L.R. (3d) 253; 127 B.C.A.C. 161; 46 C.C.E.L. (2d) 206; 244 N.R. 145 (quant à l'existence d'une politique préexistante);

Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868; (1999), 181 D.L.R. (4th) 385; [2000] 1 W.W.R. 565; 70 B.C.L.R. (3d) 215; 131 B.C.A.C. 280; 47 M.V.R. (3d) 167; 249 N.R. 45.

CONSIDERED:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1989] 1 S.C.R. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Larsh v. Canada (Attorney General)* (1999), 166 F.T.R. 101; 49 Imm. L.R. (2d) 2 (F.C.T.D.); *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432; 13 Admin. L.R. (3d) 64 (C.A.).

REFERRED TO:

Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 3 F.C. 315; (1988), 52 C.R.R. (2d) 51; 144 F.T.R. 76 (T.D.).

APPEAL from a Trial Division decision ((2000), 5 C.C.E.L. (3d) 110; 195 F.T.R. 269) allowing the respondent's application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's dismissal of her complaint and finding that she had been denied procedural fairness in the course of the Commission's investigation. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Martin C. Ward and *M. Kathleen McManus* for appellant.
Anne S. Derrick for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Beaton, Derrick, Halifax, for respondent.

Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868; (1999), 181 D.L.R. (4th) 385; [2000] 1 W.W.R. 565; 70 B.C.L.R. (3d) 215; 131 B.C.A.C. 280; 47 M.V.R. (3d) 167; 249 N.R. 45.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1989] 1 R.C.S. 879; (1989), 62 D.L.R. (4th) 385; 11 C.H.R.R. D/1; 89 CLLC 17,022; 100 N.R. 241; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.); *Larsh c. Canada (Procureur général)* (1999), 166 F.T.R. 101; 49 Imm. L.R. (2d) 2 (C.F. 1^{re} inst.); *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113; (1998), 167 D.L.R. (4th) 432; 13 Admin. L.R. (3d) 64 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 3 C.F. 315; (1988), 52 C.R.R. (2d) 51; 144 F.T.R. 76 (1^{re} inst.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((2000), 5 C.C.E.L. (3d) 110; 195 F.T.R. 269) accueillant la demande présentée par l'intimée en vue du contrôle judiciaire du rejet de sa plainte par la Commission canadienne des droits de la personne et concluant que les règles d'équité procédurale n'avaient pas été respectées dans le cadre de l'enquête menée par la Commission. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Martin C. Ward et *M. Kathleen McManus* pour l'appelante.
Anne S. Derrick pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Beaton, Derrick, Halifax, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: In reasons reported at (2000), 5 C.C.E.L. (3d) 110 (F.C.T.D.), the Applications Judge allowed the respondent's application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission's dismissal of her complaint, when he found that she had been denied procedural fairness in the course of the Commission's investigation. This appeal of that decision raises questions of procedural fairness and the content of the duty to accommodate.

The Respondent's Employment

[2] Charlotte Hutchinson (the respondent) began working for the federal Public Service in 1971. In March 1985 she was transferred to the Department of the Environment (the appellant) where she became the Personnel Manager for the Conservation and Protection Branch, Atlantic Regional Office. Her work location was on the 4th floor of the Queen Square Building in Dartmouth, Nova Scotia.

[3] Prior to April 1987, the respondent experienced symptoms which included constant headaches, fatigue, gastrointestinal distress, mental confusion and extreme sensitivity to odours. Exposure to odours precipitated symptoms such as nasal stuffiness, soreness of the throat and nose, swelling of the mucous membranes, mental and physical fatigue and difficulty breathing.

[4] This led to a period of sick leave commencing in April 1987, followed by a period of leave without pay commencing in December 1987. On July 12, 1988, she applied for and received long-term disability benefits. On her application for long-term disability benefits, the respondent identified "burnout, stress and job incompatibility" as the reasons for the leave. The respondent was away from work from April 1987 until October 1990 with the exception of a short period in which she participated in a French language training course followed by an attempt to return to work, which ended unsuccessfully after one day.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A.: Dans des motifs publiés à (2000), 5 C.C.E.L. (3d) 110 (C.F. 1^{re} inst.), le juge des demandes a accueilli la demande de l'intimée en vue du contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne avait rejeté sa plainte et a conclu que les règles d'équité procédurale n'avaient pas été respectées dans le cadre de l'enquête menée par la Commission. L'appel de cette décision soulève des questions relatives à l'équité procédurale et au contenu de l'obligation d'accommodement.

L'emploi de l'intimée

[2] Charlotte Hutchinson (l'intimée) a commencé à travailler pour la fonction publique fédérale en 1971. Au mois de mars 1985, elle a été mutée au ministère de l'Environnement (l'appelante) où elle est devenue gestionnaire du personnel au sein de la Direction générale de la conservation et de la protection, bureau régional de l'Atlantique. Son lieu de travail était situé au quatrième étage de l'immeuble Queen Square, à Dartmouth (Nouvelle-Écosse).

[3] Avant le mois d'avril 1987, l'intimée avait éprouvé certains symptômes, notamment des maux de tête constants, de la fatigue, des troubles gastro-intestinaux, de la confusion mentale et une sensibilité extrême aux odeurs. L'exposition aux odeurs entraînait des symptômes tels que de la congestion nasale, des maux de gorge et de nez, une enflure des muqueuses, de la fatigue mentale et physique et de la difficulté à respirer.

[4] Par suite de ces problèmes, l'intimée a pris un congé de maladie au mois d'avril 1987; elle a ensuite été en congé non payé à compter du mois de décembre 1987. Le 12 juillet 1988, l'intimée a demandé et obtenu des prestations d'invalidité à long terme. Dans sa demande de prestations d'invalidité à long terme, l'intimée a indiqué [TRADUCTION] «l'épuisement professionnel, le stress et l'incompatibilité du travail» comme motifs de congé. L'intimée a été absente du mois d'avril 1987 au mois d'octobre 1990, à l'exception d'une courte période pendant laquelle elle a reçu de la formation linguistique en français; elle a ensuite tenté de

[5] In June 1988, the respondent was diagnosed by her physician, Dr. Beresford, as suffering from environmental illness and burnout, though it appears that this was not communicated to the appellant at that time.

[6] In August 1990, Health Canada conducted a "fitness for work" assessment of the respondent. This assessment indicated that the respondent qualified as a "class A" fit for work, i.e. she was fit for work without limitations. However, the assessment did state that it would be advisable that she avoid air conditioning, tobacco smoke, and chemical odour.

[7] The respondent indicated to the appellant that she could not return to her previous responsibilities. She was then offered a position as an Environmental Engineering Technician which she accepted. This position carried fewer responsibilities and was less stressful but she continued to be paid at her former salary level. It required her to perform field work, including work at the Department's warehouse and its laboratory, and to visit industrial sites such as oil refineries, and pulp and paper mills. The respondent began work in this capacity in October 1990, once again working out of the Queen Square Building. She worked happily and productively in this position until 1995.

[8] In January 1993, the respondent's position was made seasonal, at her request. She was therefore laid off for approximately four months at the start of 1993, 1994 and 1995.

[9] In May 1995, the respondent returned from her seasonal layoff only to discover that she was experiencing an even greater sensitivity to environmental factors. Perfume worn by the other employees, and other scents, seemed to aggravate her environmental illness. In an attempt to accommodate the respondent, the appellant undertook various efforts to ameliorate the working conditions in the Queen Square Building. Management discussed potential solutions directly with the employees

retourner au travail, mais sa tentative n'a malheureusement duré qu'une journée.

[5] Au mois de juin 1988, le médecin de l'intimée, le docteur Beresford, a diagnostiqué une maladie environnementale et l'épuisement professionnel, mais il semble que ce diagnostic n'ait pas été communiqué à l'appelante à ce moment-là.

[6] Au mois d'août 1990, Santé Canada a procédé à une évaluation de l'«aptitude au travail» de l'intimée. Selon cette évaluation, l'intimée était considérée comme étant apte à travailler, suivant les critères de «catégorie A», c'est-à-dire qu'elle était apte à travailler sans restrictions. Toutefois, on recommandait, dans l'évaluation, que l'intimée évite la climatisation, la fumée du tabac et les odeurs chimiques.

[7] L'intimée a fait savoir à l'appelante qu'elle ne pouvait pas continuer à assumer ses responsabilités antérieures. On lui a alors offert un poste de technicienne en génie de l'environnement, qu'elle a accepté. Ce poste comportait moins de responsabilités et était moins stressant, mais l'intimée continuait à être rémunérée à son ancien niveau de traitement. Elle devait effectuer du travail sur les lieux, notamment dans l'entrepôt et au laboratoire du ministère, et visiter des emplacements industriels tels que des raffineries de pétrole et des usines de pâtes et papiers. L'intimée a commencé à travailler en cette qualité au mois d'octobre 1990, encore une fois depuis l'immeuble Queen Square. Elle a occupé ce poste sans éprouver de problèmes et d'une façon productive jusqu'en 1995.

[8] Au mois de janvier 1993, le poste de l'intimée est devenu un poste saisonnier, à la demande de cette dernière. L'intimée a donc été mise en disponibilité pendant environ quatre mois au début de 1993, de 1994 et de 1995.

[9] Au mois de mai 1995, l'intimée est retournée travailler à la fin de la période de mise en disponibilité saisonnière, uniquement pour découvrir qu'elle éprouvait une sensibilité encore plus grande aux facteurs environnementaux. Le parfum porté par les autres employées et d'autres odeurs semblaient aggraver sa maladie environnementale. L'appelante a tenté d'accommoder l'intimée en faisant divers efforts pour améliorer les conditions de travail dans l'immeuble

who were the subject of many of Ms. Hutchinson's complaints. "No scents" awareness signage was posted. After rejecting a mandatory no-scent policy as inappropriate, the appellant implemented a voluntary no-scent. Furthermore, a "sensitivity session" was held to increase awareness of this problem among other employees. The respondent's view was that these efforts were completely ineffective as they did not alter the behaviour of her colleagues.

[10] In addition, the respondent's condition was aggravated by renovations which were underway in her office area. The appellant moved the respondent's office within the building to spaces which were not being renovated so as to minimize her contact with irritants from the renovations.

[11] In September 1995, the respondent began a period of sick leave which ended in May 1996. The following month, she was again seen by a physician at Health Canada who advised that the respondent was fit for work with limitations. In a letter dated June 21, 1996, the physician strongly recommended a work location other than Queen Square, suggesting a place "where sufficient gassing off of building materials, furniture, flooring etc. had taken place." The physician went on to say (Appeal Book, at pages 142-143):

We recommend that she avoid exposure to perfume and other strong odours such as cleaning chemicals and solvent odours. She should not be around any renovation which would involve strong paint odours, dust, new carpet, etc. It would be advisable for her to work in an area with as little in the way of "fabric" as possible i.e. no carpets, curtains, etc. There should be a weekly cleaning program for the office with damp mopping and dusting with a damp cloth. It is preferable for cleaning to be done after hours. . . . It is also advisable for her to have a window that opens. The ventilation system should have a regular maintenance schedule and there should be the appropriate amount of fresh air coming in.

[12] As a result, the appellant attempted to find alternative locations which would meet the respondent's

Queen Square. La direction a discuté des solutions possibles directement avec les employés qui faisaient l'objet des nombreuses plaintes de M^{me} Hutchinson. Des affiches visant à rendre les employés conscients des problèmes d'odeurs ont été posées. Après avoir rejeté une politique obligatoire d'absence d'odeurs, l'appelante a mis en œuvre une politique volontaire d'absence d'odeurs. En outre, une «séance de sensibilisation» a été tenue en vue de rendre les autres employés davantage conscients de ce problème. Selon l'intimée, ces efforts n'ont absolument pas porté fruit puisqu'ils n'ont pas amené ses collègues à changer de comportement.

[10] De plus, l'état de l'intimée s'est aggravé en raison des travaux de rénovation qui étaient exécutés dans le secteur des bureaux. L'appelante a installé l'intimée dans un autre bureau de l'immeuble, situé dans un secteur qui n'était pas rénové, de façon à minimiser le contact de l'intimée avec les irritants provenant des rénovations.

[11] Au mois de septembre 1995, l'intimée a pris un congé de maladie qui a pris fin au mois de mai 1996. Le mois suivant, elle a encore été vue par un médecin, à Santé Canada; celui-ci a fait savoir que l'intimée était apte à travailler moyennant certaines restrictions. Dans une lettre en date du 21 juin 1996, le médecin a fortement recommandé un lieu de travail autre que l'immeuble Queen Square et a proposé un local [TRADUCTION] «où une évacuation suffisante des gaz dégagés par les matériaux de construction, l'ameublement, les couvre-planchers, etc. avait été assurée». Le médecin a ajouté ce qui suit (Dossier d'appel, aux pages 142 et 143):

[TRADUCTION] Nous recommandons qu'elle évite d'être exposée aux parfums et à d'autres odeurs fortes telles que les produits chimiques de nettoyage et les odeurs de solvants. Elle ne devrait pas se trouver à proximité d'endroits en cours de rénovation où il y a de fortes odeurs de peinture, de la poussière, des nouveaux tapis, etc. Il serait bon qu'elle travaille dans un endroit où il y a le moins de «tissus» possible, tels que des tapis, des rideaux, etc. Le bureau devrait être nettoyé toutes les semaines à l'aide d'une vadrouille et d'un linge à épousseter humides. Il est préférable que les travaux de nettoyage soient exécutés en dehors des heures de travail. [. . .] Il serait également bon qu'il y ait une fenêtre qui s'ouvre. Le système de ventilation devrait être régulièrement entretenu et il devait y avoir une quantité suffisante d'air frais.

[12] L'appelante a donc essayé de trouver d'autres endroits répondant aux besoins de l'intimée. Un tableau

needs. A table prepared by the Canadian Human Rights Commission's investigator, which she incorporated into her investigation report, listing these alternatives, as well as those proposed by the respondent, and the parties' reaction to them is reproduced below. It appears from this table that 8 different alternatives were suggested and found wanting:

Alternatives to QUEEN SQUARE – 4 th FLOOR		
LOCATION	RESPONDENT'S VIEW	COMPLAINANT'S VIEW
Queen Square - 3 rd and 15 th Floor	While the 4 th floor was being renovated, environmentally friendly products and processes were used and the complainant was moved to un-renovated areas of the building. A scent free policy was introduced.	The scent free policy was not enforced. Despite efforts to renovate in friendly manner, many toxic substances were introduced.
AEB Bedford Office	The complainant was moved to an office which had been modified to accommodate individuals who were highly sensitive to scents. The complainant stayed a few hours and declared it unsuitable.	The area had been renovated 6 weeks prior and was giving off offensive odours.
AEB Warehouse	Office space was found at the warehouse in an area separate and insulated from the open warehouse. It had windows that opened to the outside. The complainant declared it unsuitable after a few hours.	Access to the office was through the warehouse workshop area where welding, woodwork, painting and the movement of diesel equipment took place. Air conditioning fed to the office from the warehouse/workshop.
Bedford Institute of Oceanography (BIO)	The complainant suggested this site despite its proximity to laboratories. The respondent rejected it as a possibility when the Health Canada physician advised against it.	The complainant believed she was the best judge of where she could work safely and thought BIO would be a suitable location.
Burnside Building	An office space was cleaned up and preparations were for renovations. A window was to be installed. An inspector declared it unsuitable so it was dropped as a solution.	The complainant refused to work at this site which she says was a warehouse not an office.

préparé par l'enquêteur de la Commission canadienne des droits de la personne, lequel a été incorporé dans le rapport d'enquête, énumérant les solutions de rechange ainsi que les solutions proposées par l'intimée et la réaction des parties est reproduit ci-dessous. Il ressort de ce tableau que huit solutions de rechange différentes ont été proposées et qu'il a été jugé qu'elles laissaient à désirer:

Solutions de rechange possibles, quatrième étage de l'immeuble Queen Square		
EMPLACEMENT	POINT DE VUE DE LA DÉFENDRESSE	POINT DE VUE DE LA PLAIGNANTE
Queen Square – 3 ^e et 15 ^e étages	Pendant que des travaux de rénovation étaient exécutés au 4 ^e étage, des produits et procédés écologiques ont été utilisés et l'on a installé la plaignante dans un secteur non rénové de l'immeuble. Une politique d'absence d'odeurs a été établie.	La politique d'absence d'odeurs n'a pas été appliquée. Bien que l'on se soit efforcé de rénover les lieux d'une façon écologique, de nombreuses substances toxiques ont été utilisées.
Bureau de Bedford, AEB	On a installé la plaignante dans un bureau qui avait été modifié afin d'accueillir les personnes qui sont fort sensibles aux odeurs. La plaignante y est restée pendant quelques heures et a déclaré que le bureau ne lui convenait pas.	L'aire de travail avait été rénovée six semaines plus tôt et dégageait des odeurs incommodantes.
Entrepôt, AEB	On a trouvé dans l'entrepôt un bureau situé dans un secteur distinct isolé de l'entrepôt ouvert. Il y avait des fenêtres qui s'ouvraient vers l'extérieur. Au bout de quelques heures, la plaignante a déclaré que le bureau ne lui convenait pas.	Pour accéder au bureau, il fallait passer par le secteur de l'entrepôt où se trouvait l'atelier, dans lequel on faisait de la soudure, du travail du bois, de la peinture et où l'on déplaçait du matériel fonctionnant au diesel. L'air conditionné qui alimentait le bureau provenait de l'entrepôt et de l'atelier.
Institut d'océanographie de Bedford (IOB)	La plaignante a proposé cet emplacement même s'il était situé à proximité des laboratoires. La défenderesse a rejeté cette solution lorsque le médecin de Santé Canada a conseillé de ne pas l'adopter.	La plaignante croyait être la mieux placée pour décider de l'endroit où elle pouvait travailler en toute sécurité et elle croyait que l'IOB serait un emplacement convenable.
Immeuble Burnside	Un bureau a été nettoyé et on l'a préparé en vue de renovations. Une fenêtre devait être installée. Un inspecteur a déclaré que le bureau n'était pas acceptable, de sorte qu'on a abandonné cette solution.	La plaignante refusait de travailler à cet endroit qui, disait-elle, était un entrepôt plutôt qu'un bureau.

Belmont House	The complainant had suggested this as a safe location. The office is enclosed with walls and a door and had been used by a person with sensitivity to scents. Dedicated air and air cleaners were available. The complainant worked for three days then took sick leave and filed the first of three refusals to work.	Scent free policy not observed and there were strong smells in certain areas.
12 Queen Street	The respondent refused to consider this option for a number of reasons: not on government premises therefore issues of liability, precedent and lack of control over conditions - for instance, could not enforce smoking ban, would have no say over renovations, cleaning procedures. Finally no reason to think this would work where others had failed.	The complainant views this site as ideal and was prepared to pay the monthly rent of \$200.00 herself. The office is enclosed and has a window that opens and wood floors. She felt that by bringing in an air purifier and furniture without fabric, she could work safely at this location.
Telework	The respondent encouraged the complainant to work from home where physical modifications ensured her well-being. The respondent says it was willing to consider this despite operational difficulties because Health Canada's physician had recommended it and all other efforts had failed.	The complainant did not want to work from home as she considered it a last result and didn't feel all viable solutions had been tried. She also felt telework would be disadvantageous from psychological point of view, blurring the boundary between home and work and cutting her off from contact with colleagues.

[13] Over the course of this period, the subject of teleworking was under discussion. Teleworking could only be implemented upon a request from the respondent. The respondent refused to apply for teleworking from home but indicated that she would be prepared to consider it from an office which she had located which she thought might meet her needs and for which she was personally prepared to pay the rent. The appellant rejected this proposal on the ground that the teleworking policy excluded "satellite" offices, the space

Belmont House	La plaignante avait proposé cet endroit en tant qu'endroit sécuritaire. Le bureau a des murs et une porte; il avait été utilisé par une personne qui avait des sensibilités aux odeurs. De l'air spécial et des épurateurs d'air étaient disponibles. La plaignante y a travaillé pendant trois jours; elle a ensuite pris un congé de maladie et a présenté le premier de trois refus de travailler.	La politique d'absence d'odeurs n'était pas observée et, dans certains secteurs, il y avait de fortes odeurs.
12, rue Queen	La défenderesse a refusé d'envisager cette solution pour un certain nombre de raisons : l'emplacement n'était pas situé dans des locaux gouvernementaux, de sorte que des questions de responsabilité, de précédent et d'absence de contrôle sur les conditions se posaient - ainsi, on ne pouvait pas y appliquer l'interdiction de fumer et l'on n'exercerait aucun contrôle sur les rénovations et les travaux de nettoyage. Enfin, rien ne permettait de croire que cette solution serait efficace, puisque d'autres solutions avaient échoué.	Selon la plaignante, cet endroit était idéal; la plaignante était prête à payer elle-même le loyer mensuel de 200 \$. Il s'agissait d'un bureau encloisonné; il y avait une fenêtre qui s'ouvrait et des planchers de bois. La plaignante croyait qu'en installant un purificateur d'air et des meubles non rembourrés, elle pourrait travailler en toute sécurité à cet endroit.
Télétravail	La défenderesse encourageait la plaignante à travailler à domicile, où des modifications matérielles assureraient son bien-être. La défenderesse dit qu'elle était prête à envisager cette solution malgré les problèmes opérationnels étant donné que le médecin de Santé Canada l'avait recommandée et que tous les autres efforts avaient échoué.	La plaignante ne voulait pas travailler à domicile étant donné qu'elle considérait cette solution comme une solution à adopter en dernier ressort et qu'elle ne croyait pas que toutes les solutions viables avaient été essayées. Elle croyait également que le télétravail comporterait des inconvénients au point de vue psychologique parce que cela créerait de la confusion entre la maison et le lieu de travail et qu'elle ne serait plus en contact avec ses collègues.

[13] Au cours de cette période, il a été question de télétravail. Le télétravail ne pouvait être mis en œuvre qu'à la demande de l'intimée. Or, l'intimée refusait de demander à effectuer du télétravail à domicile, mais elle a fait savoir qu'elle serait prête à envisager d'effectuer du télétravail depuis un bureau qu'elle avait trouvé, lequel, croyait-elle, pourrait répondre à ses besoins et pour lequel elle était personnellement prête à payer le loyer. L'appelante a rejeté cette proposition pour le motif que la politique relative au télétravail excluait les

was not in a government-controlled building, creating possible liability and work safety issues, and noting that prior proposals by the respondent has shown themselves to be unsuitable.

[14] The respondent was again away from work from approximately August 1, 1996 to April 1997, part of which included her seasonal layoff. She was asked to return to work effective April 1, 1997, working from home. The respondent indicated that she would not work from home and demanded that no use be made of her telephone or fax lines for departmental purposes. She also prohibited departmental staff from trespassing on her property for work-related reasons. The appellant then directed that the respondent report to work at Queen Square. The respondent referred the appellant's direction to the regional safety officer who found that the respondent was bound to report to work as ordered. The respondent reported for work on April 21, 1997 but left after having been in attendance for only four hours. At that point, she was dismissed on the ground that she was incapable of performing the duties of her office.

Proceedings before the Canadian Human Rights Commission

[15] Prior to her dismissal, the respondent had filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (Commission). The respondent alleged that the appellant had been "adversely differentiating" against her based on her disability and that it was refusing to accommodate her disability by failing to provide her with a suitable work environment. The respondent also launched a grievance of her dismissal with the Public Service Staff Relations Board on April 29, 1997.

[16] In accordance with its normal procedure, the Commission appointed Jean-Guy Boissoneault to investigate this complaint. The investigation was temporarily held in abeyance pending the outcome of a Public Service Commission mediation between the parties. After having been informed that the mediation

bureaux «satellites» et que le local n'était pas situé dans un immeuble relevant du gouvernement, ce qui pouvait susciter des questions de responsabilité et de sécurité au travail, et elle a fait remarquer que les solutions que l'intimée avait antérieurement proposées s'étaient avérées inacceptables.

[14] L'intimée s'est encore une fois absentée du travail du 1^{er} août 1996 au mois d'avril 1997 environ, une partie de cette période étant comprise dans la période de mise en disponibilité saisonnière. On a demandé à l'intimée de retourner travailler le 1^{er} avril 1997, en s'acquittant de sa tâche à domicile. L'intimée a fait savoir qu'elle ne travaillerait pas à domicile et elle a demandé que l'on n'utilise pas ses lignes de téléphone et de télécopie à des fins ministérielles. Elle a également interdit au personnel du ministère de pénétrer sur sa propriété à des fins professionnelles. L'appelante a alors demandé à l'intimée de se présenter au travail dans l'immeuble Queen Square. L'intimée a renvoyé l'ordre de l'appelante à l'agent régional de sécurité, qui a conclu que l'intimée était tenue de retourner au travail comme on le lui avait ordonné. L'intimée s'est présentée au travail le 21 avril 1997, mais elle a quitté les lieux après quatre heures seulement. L'intimée a alors été licenciée pour le motif qu'elle n'était pas en mesure de s'acquitter de ses fonctions.

Procédures engagées devant la Commission canadienne des droits de la personne

[15] Avant d'être licenciée, l'intimée avait déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission). L'intimée alléguait que l'appelante l'avait «défavorisée» du fait de sa déficience et qu'elle refusait d'accueillir sa déficience en ne lui assurant pas un environnement de travail convenable. Le 29 avril 1997, l'intimée a également présenté un grief à l'égard de son licenciement auprès de la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

[16] Conformément à sa procédure normale, la Commission a désigné Jean-Guy Boissoneault pour enquêter sur cette plainte. L'enquête a temporairement été suspendue en attendant le résultat de la procédure de médiation engagée devant la Commission de la fonction publique. Après que l'intimée eut été informée que la

was unsuccessful, the investigation was reactivated in February 1997.

[17] The complaint was then assigned to Ms. Denise Ommanney, a contract employee of the Commission. The appellant designated Louise Morin Girouard, Director of Staff Relations and Classification, to be Ms. Ommanney's contact person. Ms. Girouard was the subject of a harassment complaint by the respondent, an issue which Ms. Ommanney raised with her. Ms. Girouard pointed out that the respondent had 14 complaints pending before the Public Service Staff Relations Board against departmental personnel including the Director General of Human Resources and the Deputy Minister. It appeared that anyone who had the knowledge and the authority to respond on behalf of the appellant was the subject of a complaint. Thereafter Ms. Ommanney and Ms. Girouard corresponded with respect to various aspects of the complaint and the investigation.

[18] On September 25, 1997, Ms. Ommanney wrote to the respondent asking for responses to certain facts alleged by Ms. Girouard, specifically, the point in time at which the appellant became aware of the respondent's diagnosis, the adequacy of the attempts at accommodation, the appellant's response to the respondent's allegation of harassment by another departmental employee, and the respondent's position on teleworking. The respondent replied and contradicted some of the information provided by the appellant. Ms. Ommanney put the respondent's position to Ms. Girouard in a letter dated October 8, 1997. Ms. Girouard responded by letter dated October 22, 1997. This letter figured prominently in the subsequent judicial review of the Commission's decision.

[19] On November 10, 1997, Françoise Girard, who had assumed conduct of the investigation from Ms. Ommanney, forwarded to the respondent a copy of the investigation report recommending the dismissal of her complaint. She advised the respondent that the report, along with her comments and those of the appellant, would be placed before the Commission for a decision. The respondent was advised that her comments should not exceed ten pages in length and should be submitted

médiation n'avait pas porté fruit, l'enquête a repris au mois de février 1997.

[17] La plainte a ensuite été confiée à M^{me} Denise Ommanney, une employée contractuelle de la Commission. L'appelante a désigné Louise Morin Girouard, directrice, Relations de travail et Classification, pour agir à titre de personne-ressource auprès de M^{me} Ommanney. M^{me} Girouard a fait l'objet d'une plainte de harcèlement de la part de l'intimée, soit une question que M^{me} Ommanney avait soulevée auprès d'elle. M^{me} Girouard a souligné que 14 plaintes étaient en instance devant la Commission des relations de travail dans la fonction publique, ces plaintes ayant été déposées par l'intimée contre le personnel ministériel, notamment contre le directeur général des Ressources humaines et le sous-ministre. Quiconque avait les connaissances et le pouvoir voulus pour répondre pour le compte de l'appelante faisait l'objet d'une plainte, semblait-il. Par la suite, M^{me} Ommanney et M^{me} Girouard ont échangé des lettres au sujet de divers aspects de la plainte et de l'enquête.

[18] Le 25 septembre 1997, M^{me} Ommanney a écrit à l'intimée pour lui demander de répondre à certains faits que M^{me} Girouard avait allégués, plus précisément en ce qui concerne le moment où l'appelante avait été mise au courant du diagnostic de l'intimée, le caractère adéquat des tentatives d'accommodement, la réponse de l'appelante à l'allégation de harcèlement que l'intimée avait faite contre un autre employé ministériel, et la position de l'intimée quant au télétravail. L'intimée a répondu et a contredit certains renseignements fournis par l'appelante. M^{me} Ommanney a expliqué la position de l'intimée dans une lettre en date du 8 octobre 1997 adressée à M^{me} Girouard. Celle-ci a répondu par une lettre en date du 22 octobre 1997. On a accordé beaucoup d'importance à cette lettre lors de l'examen judiciaire subséquent de la décision de la Commission.

[19] Le 10 novembre 1997, Françoise Girard, qui avait pris en charge l'enquête menée par M^{me} Ommanney, a transmis à l'intimée une copie du rapport d'enquête, dans lequel on recommandait le rejet de la plainte. M^{me} Girard a informé l'intimée que le rapport ainsi que ses commentaires et ceux de l'appelante seraient présentés à la Commission pour qu'elle prenne une décision. L'intimée a été informée que ses commentaires ne devraient pas être de plus de dix pages et qu'ils

prior to December 12, 1997. A similar letter was sent to the appellant.

[20] The investigation report ran to 57 paragraphs and covered the respondent's complaint and the responses furnished by the appellant. The section dealing with the respondent's work history ended with this paragraph (Appeal Book, at page 211):

The complainant has filed a grievance against her termination. The Deputy Minister was about to hear the grievance in October 1997, when the complainant's Union asked that the hearing be postponed pending the outcome of a complaint to Labour Canada regarding the provisions of its Code. In addition, she has 14 complaints before the Public Service Commission alleging personal harassment against several departmental officials. Mediation has failed to achieve a "no fault" resolution and the process was discontinued. The P.S.C. has asked the complainant to put in writing the allegations before deciding whether they constitute harassment under Treasury Board guidelines.

The investigation report went on to conclude that, on the evidence, the allegation of discrimination was unfounded.

[21] The appellant responded to Ms. Girard on December 1, 1997, pointing out one minor correction but, predictably, agreeing with the decision to dismiss the complaint. The respondent replied on December 12, 1997 and after receiving an extension of the time to respond, submitted further responses on January 9, February 27, March 10, March 22, and March 26, 1998. In the meantime, in response to a letter advising of the extension granted to the respondent, Ms. Girouard forwarded to Ms. Girard a copy of a decision of the Public Services Staff Relations Board (PSSRB) dismissing the respondent's grievance of her dismissal, to which reference had been made in the investigation report.

[22] The PSSRB's decision dismissing the respondent's grievance was very critical of the respondent. Ms. Girard made no mention of it in her memorandum forwarding the investigation report to the A/Director of Compliance for placement on the Commission's agenda, and no reference is made to it in

devraient être soumis avant le 12 décembre 1997. Une lettre similaire a été envoyée à l'appelante.

[20] Le rapport d'enquête comprenait 57 paragraphes portant sur la plainte de l'intimée et sur les réponses de l'appelante. La section relative aux antécédents professionnels de l'intimée se terminait par le paragraphe suivant (Dossier d'appel, à la page 211):

[TRADUCTION] La plaignante a présenté un grief portant sur son licenciement. Alors que le sous-ministre s'apprêtait à entendre le grief en octobre 1997, le syndicat de la demanderesse a sollicité un report de l'audience jusqu'à la résolution d'une plainte présentée à Travail Canada en vertu des dispositions du Code. De plus, il y a présentement 14 plaintes de sa part devant la Commission de la fonction publique, qui allèguent qu'elle a été harcelée personnellement par plusieurs fonctionnaires du Ministère. La médiation ayant échoué dans la recherche d'une solution «sans faute», on mit fin au processus. La CFP a demandé à la plaignante d'indiquer par écrit quelles étaient ses allégations, afin de pouvoir décider s'il s'agissait bien de harcèlement en vertu des lignes directrices du Conseil du Trésor.

L'auteur du rapport d'enquête concluait en disant qu'en égard à la preuve, l'allégation de discrimination était dénuée de fondement.

[21] L'appelante a répondu à M^{me} Girard le 1^{er} décembre 1997 en signalant une correction mineure à effectuer, mais comme on pouvait s'y attendre, elle souscrivait à la décision de rejeter la plainte. L'intimée a répondu le 12 décembre 1997; après avoir obtenu une prorogation du délai dans lequel elle pouvait répondre, elle a soumis des réponses additionnelles les 9 janvier, 27 février, 10 mars, 22 mars et 26 mars 1998. Dans l'intervalle, en réponse à une lettre faisant savoir que la prorogation était accordée à l'intimée, M^{me} Girouard a transmis à M^{me} Girard une copie d'une décision de la Commission des relations de travail dans la fonction publique (CRTFP), par laquelle le grief que l'intimée avait présenté à l'encontre de son licenciement était rejeté, ce dont il avait été fait mention dans le rapport d'enquête.

[22] La décision par laquelle la CRTFP rejetait le grief de l'intimée était très critique à l'égard de cette dernière. M^{me} Girard n'en a pas fait mention dans la note de service par laquelle elle transmettait le rapport d'enquête au directeur adjoint, Conformité, pour qu'il soit inscrit à l'ordre du jour de la Commission, et aucune mention

the investigation report. The decision itself was not forwarded to the Commission. The material forwarded to the Commission for its consideration consisted of:

- the complaint form and investigation report;
- a copy of investigation report with numbering made by the complainant (respondent in these proceedings);
- the complainant's responses to sections of the investigation according to her numbering scheme;
- list of evidence provided by the complainant, which was made available to the commissioners;
- complainant's letter dated January 9, 1998;
- complainant's letter dated February 27, 1998;
- complainant's letter dated March 10, 1998;
- complainant's letter dated March 22, 1998;
- complainant's fax dated March 26, 1998 and attachments;
- respondent's response to investigation report dated December 1, 1997.

[23] The investigation report, as mentioned, recommended dismissal of the complaint on the ground that discrimination had not been shown. The Commission accepted the investigator's recommendation and, in a letter dated April 22, 1998, it advised the respondent that it was dismissing her complaint on the following grounds:

Pursuant to section 44(3)(b)(i) of the Canadian Human Rights Act, the Commission has resolved to dismiss the complaint because:

evidence supports that at least two of the alleged comments were made but were not sufficient to constitute harassment under the Canadian Human Rights Act;

the respondent did attempt to accommodate the complainant's disability by moving her to alternate sites, employing her on a

n'en était faite dans le rapport d'enquête. La décision elle-même n'a pas été transmise à la Commission. Les documents transmis à la Commission pour qu'elle les examine étaient les suivants:

- le formulaire de plainte et le rapport d'enquête;
- une copie du rapport d'enquête, avec une numérotation effectuée par la plaignante (l'intimée dans la présente instance);
- les réponses de la plaignante aux diverses sections de l'enquête, selon la numérotation qu'elle avait adoptée;
- une liste des éléments de preuve soumis par la plaignante, laquelle a été mise à la disposition des commissaires;
- la lettre de la plaignante en date du 9 janvier 1998;
- la lettre de la plaignante en date du 27 février 1998;
- la lettre de la plaignante en date du 10 mars 1998;
- la lettre de la plaignante en date du 22 mars 1998;
- la télécopie de la plaignante en date du 26 mars 1998 ainsi que les pièces qui y étaient jointes;
- la réponse de l'intimée au rapport d'enquête, en date du 1^{er} décembre 1997.

[23] Comme il en a été fait mention, l'auteur du rapport d'enquête recommandait le rejet de la plainte pour le motif que la discrimination n'avait pas été établie. La Commission a retenu la recommandation de l'enquêteur et, dans une lettre en date du 22 avril 1998, elle a informé l'intimée qu'elle rejetait sa plainte pour les motifs ci-après énoncés:

[TRADUCTION] Conformément au sous-alinéa 44(3)b)(i) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, la Commission a décidé de rejeter la plainte pour les motifs suivants:

la preuve montre qu'au moins deux des commentaires allégués ont été faits, mais qu'ils ne suffisaient pas à établir le harcèlement en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne;

l'intimée a fait des efforts pour accommoder la déficience de la plaignante en l'installant ailleurs, en l'employant sur une

seasonal basis, promoting a scent free environment and offering telework:

Proceedings in the Federal Court (Trial Division)

[24] Following the dismissal of her complaint, the respondent obtained a copy of the Commission's file by means of an application under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985 c. A-1. There, she discovered Ms. Girouard's letter of October 22, 1997 as well as a copy of the PSSRB's report. In the meantime, she had launched her application for judicial review of the Commission's decision, alleging 20 grounds of review and referencing 323 documents.

[25] The learned Applications Judge disposed of the application on the basis of a lack of procedural fairness. The facts which underpinned his decision were the investigator's failure to put the October 22, 1997 letter from Ms. Girouard, and the PSSRB decision, to the respondent for the purpose of allowing her to respond to them. The Applications Judge relied upon the decisions of the Supreme Court of Canada in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879 (*SEPQA*) and *Radulesco v. Canadian Human Rights Commission*, [1984] 2 S.C.R. 407 (*Radulesco*) in coming to the conclusion that the investigator was bound to produce the documents in question to the respondent and to allow her to respond to them.

[26] The Applications Judge found that much of the information contained in the October 22 letter was not in the investigation report and consequently the respondent did not have an opportunity to respond to it, giving rise to a breach of the duty of procedural fairness [at paragraph 36]:

The applicant, in this case, states a response letter to the investigator from the respondent dated October 22, 1997 was not disclosed to her and consequently, she was not able to respond to or answer the points raised in this letter. A perusal of the letter indicates to me that much of the information contained in the letter was not in the report of the inspector which the applicant had an opportunity to respond to by her letter. This is not in accord with the law set out by Lamer J. (as he then was) in *Radulesco*, *supra*, nor with the remarks of

base saisonnière, en encourageant un environnement libre d'odeurs et en offrant à la plaignante d'effectuer du télétravail.

Procédures engagées devant la Cour fédérale (Section de première instance)

[24] À la suite du rejet de la plainte, l'intimée a obtenu une copie du dossier de la Commission en présentant une demande en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Elle a alors découvert la lettre du 22 octobre 1997 de M^{me} Girouard ainsi qu'une copie du rapport de la CRTFP. Dans l'intervalle, elle avait présenté sa demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission, en alléguant 20 motifs d'examen et en se reportant à 323 documents.

[25] Le juge des demandes a statué sur la demande en se fondant sur le manque d'équité procédurale. Les faits sous-tendant sa décision étaient les suivants: l'omission de l'enquêteur de transmettre à l'intimée la lettre du 22 octobre 1997 de M^{me} Girouard et la décision de la CRTFP en vue de lui permettre d'y répondre. Le juge des demandes s'est fondé sur les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879 (*SEPQA*) et *Radulesco c. Commission canadienne des droits de la personne*, [1984] 2 R.C.S. 407 (*Radulesco*) en concluant que l'enquêteur était tenu de présenter les documents en question à l'intimée et de lui permettre d'y répondre.

[26] Le juge des demandes a conclu qu'une bonne partie des renseignements contenus dans la lettre du 22 octobre ne figuraient pas dans le rapport d'enquête et que l'intimée n'avait donc pas eu la possibilité d'y répondre, ce qui donnait lieu à un manquement à l'obligation relative à l'équité procédurale [au paragraphe 36]:

En l'instance, la demanderesse déclare qu'une lettre du 22 octobre 1997, adressée à l'enquêteur par la défenderesse, ne lui a pas été communiquée et que, par conséquent, elle n'a pas eu l'occasion de répondre aux éléments soulevés dans la lettre. Mon examen de la lettre fait ressortir qu'une bonne partie des renseignements qu'on y trouve n'a pas été reprise dans le rapport de l'inspecteur soumis à la demanderesse pour qu'elle y réponde par écrit. Ceci n'est pas conforme au droit tel qu'énoncé par le juge Lamer (alors juge puîné) dans l'arrêt

Sopinka J. in the *S.E.P.Q.A.*, *supra*, case. The investigator was required to act fairly to the applicant and in order to act fairly to Ms. Hutchinson, the inspector should have advised Ms. Hutchinson of the statements contained in the October 22, 1997 letter so that she could have responded to the statements. After all, Ms. Hutchinson had much at stake here, as the information would have an effect on the outcome of her complaint. I am of the opinion that it was a breach of procedural fairness not to disclose the information contained in the October 22, 1997 letter.

[27] With respect to the PSSRB decision, the Applications Judge, relying on the *SEPQA* case found that the investigator's possession of the report was to be imputed to the Commission itself with the result that there was a duty to disclose it to the respondent so that she could respond to the comments in it which were critical of her.

[28] After commenting that it was not necessary for the disposition of the application before him, the Applications Judge went on to consider the respondent's allegation that the report was not neutral because it included the reference to the 14 complaints pending before the Public Service Commission. He agreed, in forceful terms, with the respondent's submissions on that point [at paragraph 39]:

To my mind, the information about the applicant filing 14 complaints before the Public Service Commission has no place in the report. It is irrelevant to the issue of whether or not the applicant has a valid human rights complaint. It does not matter how many times she filed a complaint with another body. By law, she is entitled to file these complaints which may or may not succeed and by law she is entitled to file a human rights complaint. To me, the inclusion of the statement about the 14 complaints in the report is unfair to the applicant. That, as I said, is totally irrelevant to the complaint before the Commission. It also tends to present a somewhat less than neutral picture for the Commission.

Issues

[29] Before us, the respondent argued the grounds upon which the Applications Judge had found in her favour, specifically that the failure of the investigator to

Radulesco, précité, non plus qu'aux remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *S.E.P.Q.A.*, précité. L'enquêteur devait agir avec équité envers la demanderesse. Or, pour agir avec équité envers M^{me} Hutchinson, l'inspecteur aurait dû lui faire connaître les déclarations qui se trouvent dans la lettre du 22 octobre 1997, pour qu'elle puisse y répondre. Après tout, M^{me} Hutchinson avait un grand intérêt en l'instance puisque les renseignements en cause auraient un effet sur la résolution de sa plainte. Selon moi, le fait de ne pas lui transmettre les renseignements contenus dans la lettre du 22 octobre 1997 constitue un manquement à l'équité procédurale.

[27] En ce qui concerne la décision de la CRTFP, le juge des demandes, en se fondant sur l'arrêt *SEPQA*, a conclu que la possession du rapport de l'enquêteur devait être imputée à la Commission elle-même, de sorte qu'il existait une obligation de communiquer le rapport à l'intimée, de façon qu'elle puisse répondre aux commentaires qui y étaient faits et qui avaient pour elle une importance cruciale.

[28] Après avoir fait remarquer qu'elle n'était pas nécessaire aux fins du règlement de la demande dont il était saisi, le juge des demandes a examiné l'allégation de l'intimée selon laquelle le rapport n'était pas neutre parce que les 14 plaintes qui étaient en instance devant la Commission de la fonction publique y étaient mentionnées. Le juge a souscrit, en termes vigoureux, aux arguments que l'intimée avait invoqués sur ce point [au paragraphe 39]:

Selon moi, le fait que la demanderesse avait présenté 14 plaintes à la Commission de la fonction publique n'aurait pas dû être placé dans ce rapport. Cela n'a rien à avoir avec la question de savoir si la demanderesse a une plainte valable en matière de droits de la personne. Il n'est pas important de savoir combien de fois elle a présenté des plaintes à un autre organisme. Elle a le droit de présenter ces plaintes, qui peuvent être accueillies ou rejetées; elle a aussi le droit de présenter une plainte en matière de droits de la personne. À mon avis, le fait de parler de ces 14 plaintes dans le rapport est préjudiciable à la demanderesse. Comme je l'ai dit, cela n'a strictement rien à voir avec la plainte présentée à la Commission. De plus, cela tend à présenter à la Commission une image qui n'est pas vraiment neutre.

Les points litigieux

[29] Devant nous, l'intimée a plaidé les motifs pour lesquels le juge des demandes avait statué en sa faveur, et plus précisément que l'omission de l'enquêteur de lui

provide her with a copy of the October 22 letter and the PSSRB's decision resulted in a breach of procedural fairness. She also alleged a lack of neutrality on the part of the Commission, stemming from the fact that the investigation report included the comment that she had filed 14 complaints with the Public Service Commission.

[30] In addition to those grounds, the respondent raised several additional grounds which were before the Applications Judge but which he did not address as a result of his findings on the issue of procedural fairness. These additional grounds included an allegation the appellant's primary contact with the Commission was in a conflict of interest because the respondent had an unresolved harassment complaint pending against her. She also alleged that the Commission erred in finding that the appellant had accommodated her disability when the real question was whether the appellant had accommodated her to the point of undue hardship.

[31] Finally, the respondent sought to put before us, as she had before the Applications Judge, a further report from her physician Dr. Beresford, a document which was not before the Commission. The learned Applications Judge rejected these submissions.

[32] Given the basis on which the Applications Judge disposed of the application for judicial review, the appellant's notice of appeal dealt only with issues of procedural fairness. But, faced with the respondent's expanded grounds as set out above, the appellant filed a short memorandum in reply canvassing the issue of the duty to accommodate. Both parties asked that we deal with all issues so as to avoid the delay and expense of referring the matter back to the Trial Division in the event that we found for the appellant on the question of procedural fairness.

Appellant's Submissions

[33] The appellant argues that the Commission's decision-making process did not violate Ms.

fournir une copie de la lettre du 22 octobre et de la décision rendue par la CRTFP avait entraîné un manquement à l'équité procédurale. L'intimée a également allégué un manque de neutralité de la part de la Commission, découlant du fait que, dans le rapport d'enquête, il était mentionné qu'elle avait déposé 14 plaintes auprès de la Commission de la fonction publique.

[30] En plus de ces motifs, l'intimée a soulevé plusieurs motifs additionnels qui avaient été invoqués devant le juge des demandes, mais que celui-ci n'avait pas examinés par suite des conclusions qu'il avait tirées au sujet de la question de l'équité procédurale. Ces motifs additionnels comprenaient une allégation selon laquelle la principale personne-ressource de l'appelante auprès de la Commission faisait face à un conflit d'intérêts parce qu'il y avait une plainte de harcèlement en instance non réglée déposée par l'intimée contre cette personne. L'intimée a également allégué que la Commission avait commis une erreur en concluant que l'appelante avait accommodé sa déficience alors qu'il s'agissait en réalité de savoir si l'appelante l'avait accommodée jusqu'à la contrainte excessive.

[31] Enfin, l'intimée a cherché à nous présenter, comme elle l'avait fait devant le juge des demandes, un autre rapport de son médecin, le Dr Beresford, soit un document que la Commission n'avait pas à sa disposition. Le juge des demandes a rejeté ces arguments.

[32] Étant donné le fondement sur lequel le juge des demandes a réglé la demande de contrôle judiciaire, l'avis d'appel de l'appelante portait uniquement sur les questions liées à l'équité procédurale. Cependant, par suite des motifs plus étendus susmentionnés que l'intimée avait invoqués, l'appelante a déposé en réponse un bref mémoire dans lequel la question de l'obligation d'accommodement était examinée. Les deux parties ont demandé que nous traitions de toutes les questions, de façon à éviter un délai et les frais qu'entraînerait le renvoi de l'affaire à la Section de première instance advenant le cas d'une conclusion favorable à l'appelante au sujet de la question de l'équité procédurale.

Arguments de l'appelante

[33] L'appelante déclare que le processus décisionnel suivi par la Commission ne portait pas atteinte au droit

Hutchinson's right to procedural fairness. In the appellant's submission, the respondent was given a full opportunity to respond to the investigator's report, which is the document which was placed before the Commission. The appellant, relying on the judgment of MacGuigan J.A. in *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 (C.A.) (*Pathak*) urged that the investigative and decision-making phase of the Commission are two distinct phases that cannot be merged into one. Further, the Applications Judge erred in relying on *SEPQA* as support for the proposition that all documents before the investigator should also be deemed to be before the Commission. The appellant submits that the failure to disclose the PSSRB decision to the respondent did not result in breach of procedural fairness since it was not before the Commission in its decision-making phase and it was received by the investigator after the investigation report was completed.

[34] With respect to the letter of October 22, 1997, the appellant notes that the Applications Judge stated that "much of the information in [this] letter was not in the report of the inspector". The appellant submits that since this letter did not form part of the investigation report which was forwarded to the Commission, it follows that the failure to send this letter to the respondent for comment did not result in a breach of procedural fairness. The appellant also argues that the Applications Judge erred in failing to consider whether the disclosure of these documents would have affected the outcome.

[35] The appellant further submitted that the Applications Judge erred in finding that the report was not neutral. The fact of mentioning the 14 past complaints was merely a recital of procedural history, and cannot support a finding of a lack of neutrality on the part of the investigator.

[36] On the issue of establishing whether the duty to accommodate had been satisfied, the respondent's position is that it was necessary to demonstrate that attempts to accommodate the complainant continued to the point of undue hardship. The appellant's position

à l'équité procédurale reconnu à M^{me} Hutchinson. Selon l'appelante, l'intimée a pleinement eu la possibilité de répondre au rapport de l'enquêteur, soit le document qui a été soumis à la Commission. En se fondant sur le jugement rendu par le juge MacGuigan, J.C.A., dans la décision *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.) (*Pathak*), l'appelante a soutenu que les phases d'enquête et de prise de décision de la Commission sont deux phases distinctes qui ne peuvent pas être regroupées. En outre, le juge des demandes a commis une erreur en se fondant sur l'arrêt *SEPQA* à l'appui de la thèse selon laquelle tous les documents dont disposait l'enquêteur sont également censés avoir été soumis à la Commission. L'appelante affirme que l'omission de communiquer la décision de la CRTFP à l'intimée n'a pas donné lieu à un manquement à l'équité procédurale puisque la Commission ne disposait pas de cette décision au cours de la phase de prise de décision et que l'enquêteur a reçu la décision après avoir rédigé le rapport d'enquête.

[34] Quant à la lettre du 22 octobre 1997, l'appelante fait remarquer que le juge des demandes a dit qu'«une bonne partie des renseignements qu'on y trouve n'a pas été reprise dans le rapport de l'inspecteur». L'appelante soutient qu'étant donné que la lettre ne faisait pas partie du rapport d'enquête qui a été transmis à la Commission, il s'ensuit que l'omission d'envoyer cette lettre à l'intimée pour lui permettre de formuler ses commentaires n'entraînait pas un manquement à l'équité procédurale. L'appelante affirme également que le juge des demandes a commis une erreur en omettant d'examiner si la communication de ces documents influait sur le résultat.

[35] L'appelante a en outre affirmé que le juge des demandes avait commis une erreur en concluant que le rapport n'était pas neutre. La mention des 14 plaintes passées constituait simplement un compte rendu de l'historique procédural et ne peut pas étayer une conclusion de manque de neutralité de la part de l'enquêteur.

[36] Quant à la question de savoir si l'obligation d'accommodement a été respectée, la position de l'intimée est qu'il fallait démontrer que les tentatives pour l'accommoder se sont poursuivies jusqu'à la contrainte excessive. La position de l'appelante était

was that all that needed to be shown was that the department had an employment standard that provides alternatives to working in the work place. The appellant's submitted that the respondent failed to establish a *prima facie* case that its' employment standard was discriminatory on a prohibited ground since the employment standard was flexible enough to allow the respondent to continue her employment. In the alternative, if a *prima facie* case of discrimination is found, the appellant submits that it had become impossible for the employer to accommodate the respondent without undue hardship.

Respondent's Submissions

[37] In her submissions, the respondent distinguishes *Pathak, supra*, on the basis that in the case at bar, the respondent has attacked the investigation report as being inadequate, incomplete, and containing errors of fact. In her opinion, *Pathak* was not intended to extend to situations involving a denial of natural justice, or inadequacy in the investigation report.

[38] The respondent argues that failure to disclose the PSSRB decision led to the loss of her opportunity to potentially convince the Commission to reopen her case, as well as the opportunity to have a conciliator appointed prior to the settlement of this dispute.

[39] The respondent relies on *Mercier v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 3 F.C. 3 (C.A.) (*Mercier*) and *Madsen v. Canada (Attorney General)* (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.) (*Madsen*) for the proposition that the Commission is obliged to disclose new information to the other party and to permit her to respond, particularly if the information goes to the credibility of the party. This is true even if this information is received after completion of the investigation report. In the alternative, the respondent submits that the documents not before the Commission should be disclosed where one of the grounds of review is an excess of jurisdiction by reason of the denial of natural justice.

[40] The respondent further submits that the investigation report was biased in favour of the

qu'il fallait simplement démontrer que le ministère avait adopté une norme d'emploi qui prévoit des solutions autres que le travail sur place. L'appelante a soutenu que l'intimée n'avait pas fourni une preuve *prima facie* tendant à démontrer que sa norme d'emploi était discriminatoire pour un motif de distinction illicite étant donné que cette norme était suffisamment souple pour permettre à l'intimée de continuer à exercer son emploi. Subsidiairement, s'il est conclu à l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination, l'appelante soutient qu'il était devenu impossible à l'employeur d'accommoder l'intimée sans contrainte excessive.

Arguments de l'intimée

[37] Dans ses plaidoiries, l'intimée fait une distinction à l'égard de la décision *Pathak*, précitée, en affirmant qu'en l'espèce, elle a contesté le rapport d'enquête pour le motif qu'il était inadéquat et incomplet et qu'il renfermait des erreurs de fait. À son avis, la décision *Pathak* n'était pas destinée à s'appliquer aux cas dans lesquels il y avait déni de justice naturelle ou insuffisance du rapport d'enquête.

[38] L'intimée affirme que l'omission de communiquer la décision de la CRTFP lui a fait perdre la possibilité de chercher à convaincre la Commission de rouvrir l'affaire ainsi que la possibilité de faire nommer un conciliateur avant le règlement du présent litige.

[39] L'intimée se fonde sur les décisions *Mercier c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 3 C.F. 3 (C.A.) (*Mercier*) et *Madsen c. Canada (Procureur général)* (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 248 (C.F. 1^{re} inst.) (*Madsen*) à l'appui de la thèse selon laquelle la Commission est tenue de divulguer les nouveaux renseignements à l'autre partie et de lui permettre de répondre, en particulier si les renseignements influent sur sa crédibilité. Cela est vrai même si ces renseignements sont reçus une fois rédigé le rapport d'enquête. Subsidiairement, l'intimée soutient que les documents qui n'ont pas été mis à la disposition de la Commission devraient être communiqués lorsque l'un des motifs d'examen se rapporte à un excès de compétence en raison du déni de justice naturelle.

[40] L'intimée affirme en outre que l'auteur du rapport d'enquête faisait preuve de partialité en faveur de l'appe-

appellant. This bias is evidenced by the fact that the appellant's submissions are well presented in the investigation report, while many of the respondent's submissions are omitted. As a further indication of a lack of neutrality on behalf of investigators, the respondent points to the fact that the appellant's contact person with the Commission was someone against whom the respondent had an outstanding harassment complaint.

[41] The respondent also claims that the report contained serious mischaracterizations. In addition, the respondent believes that the failure to admit Dr. Beresford's report resulted in a denial of procedural fairness. According to the respondent, the investigation report overlooked significant issues including the lack of evidence of undue hardship, the importance of the principle of integrating disabled persons in the workplace, and the allegations of harassment. The respondent submits that based on *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (*O'Malley*) the report and the Commission failed to address the correct legal issue which was whether the appellant took all reasonable steps to accommodate the complainant up to the point of undue hardship.

[42] Lastly, the respondent argues that *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*) decision calls for a strong emphasis on "inclusiveness" as a fundamental principle of human rights legislation. The respondent argues that *Meiorin* has set a higher standard with respect to the duty to accommodate, a standard which the appellant has failed to meet.

Relevant Legislation

[43] The following provisions of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 2), 7(a), (b), 40(1), 43(1), 44(1), (3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st suppl.), c. 31, s. 64), (a) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 24), (i) (as am. by R.S.C., 1985 (1st suppl.), c. 31, s. 64), (ii) (as am. *idem*), (b) (as am. *idem*), (i) (as am. *idem*), (ii) (as am. *idem*)] are relevant to this dispute:

lante. Cette partialité se manifeste par le fait que les arguments de l'appelante sont bien présentés dans le rapport d'enquête, alors qu'un grand nombre des arguments de l'intimée sont omis. Comme autre indication du manque de neutralité de la part des enquêteurs, l'intimée signale que la personne-ressource de l'appellante auprès de la Commission était une personne contre laquelle elle avait déposé une plainte de harcèlement qui était en instance.

[41] L'intimée affirme également que le rapport renfermait des descriptions erronées sérieuses. De plus, l'intimée croit que l'omission d'admettre le rapport du D^r Beresford a entraîné un déni d'équité procédurale. Selon l'intimée, le rapport d'enquête ne tenait pas compte de questions importantes, notamment l'absence de preuve de contrainte excessive, l'importance du principe voulant que les personnes atteintes d'une déficience soient intégrées au lieu de travail et les allégations de harcèlement. L'intimée déclare que, compte tenu de l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536 (*O'Malley*), le rapport et la Commission n'ont pas examiné la bonne question de droit, à savoir si l'appelante a pris toutes les mesures raisonnables pour accommoder la plaignante jusqu'à la contrainte excessive.

[42] Enfin, l'intimée soutient que l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*) exige que l'on mette fortement l'accent sur le «caractère inclusif» comme principe fondamental de la législation en matière de droits de la personne. L'intimée déclare que l'arrêt *Meiorin* a établi une norme plus rigoureuse pour ce qui est de l'obligation d'accommodement, une norme que l'appelante n'a pas respectée.

La législation pertinente

[43] Les dispositions ci-après énoncées de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [(L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 2), 7a), b), 40(1), 43(1), 44(1), (3) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), a) (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 24), (i), (mod., par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 64), (ii) (mod., *idem*), b) (mod., *idem*), (i) (mod., *idem*), (ii) (mod., *idem*)] sont pertinentes aux fins qui nous occupent:

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.

...

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

...

40. (1) Subject to subsections (5) and (7), any individual or group of individuals having reasonable grounds for believing that a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice may file with the Commission a complaint in a form acceptable to the Commission.

...

43. (1) The Commission may designate a person, in this Part referred to as an "investigator", to investigate a complaint.

...

44. (1) An investigator shall, as soon as possible after the conclusion of an investigation, submit to the Commission a report of the findings of the investigation.

...

(3) On receipt of a report referred to in subsection (1), the Commission

(a) may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry under section 49 into the complaint to which the report relates if the Commission is satisfied

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is warranted, and

(ii) that the complaint to which the report relates should not be referred pursuant to subsection (2) or dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e); or

(b) shall dismiss the complaint to which the report relates if it is satisfied

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

[...]

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects:

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

40. (1) Sous réserve des paragraphes (5) et (7), un individu ou un groupe d'individus ayant des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis un acte discriminatoire peut déposer une plainte devant la Commission en la forme acceptable pour cette dernière.

[...]

43. (1) La Commission peut charger une personne, appelée, dans la présente loi, «l'enquêteur», d'enquêter sur une plainte.

[...]

44. (1) L'enquêteur présente son rapport à la Commission le plus tôt possible après la fin de l'enquête.

[...]

(3) Sur réception du rapport d'enquête prévu au paragraphe (1), la Commission:

a) peut demander au président du Tribunal de désigner, en application de l'article 49, un membre pour instruire la plainte visée par le rapport, si elle est convaincue:

(i) d'une part, que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci est justifié,

(ii) d'autre part, qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la plainte en application du paragraphe (2) ni de la rejeter aux termes des alinéas 41(c) à (e);

b) rejette la plainte, si elle est convaincue:

(i) that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted, or

(ii) that the complaint should be dismissed on any ground mentioned in paragraphs 41(c) to (e).

(i) soit que, compte tenu des circonstances relatives à la plainte, l'examen de celle-ci n'est pas justifié,

(ii) soit que la plainte doit être rejetée pour l'un des motifs énoncés aux alinéas 41 c) à e).

Analysis: Preliminary Issue

[44] Before addressing the respondent's allegations, there is a preliminary point which is the admissibility of the respondent's supplementary affidavit including Dr. Beresford's report. This point can be disposed of summarily. The Applications Judge properly applied the authorities in refusing to allow the additional evidence to be introduced. It was not before the Commission and therefore, absent considerations such as denial of natural justice, there was no right to have it considered by the Applications Judge. See *Farhadi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 3 F.C. 315 (T.D.) cited by the Applications Judge.

Analysis: Procedural Fairness

[45] Turning to the issue of procedural fairness, the obligations imposed by the duty of fairness vary with the circumstances, as the Supreme Court has said on a number of occasions, notably in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, and more recently in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 21:

As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case". All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness . . .

[46] In *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A), Lord Denning M.R. set out the ways in which the duty of fairness might vary from the requirements of natural justice [at page 19]:

The investigating body is, however, the master of its own procedure. It need not hold a hearing. It can do everything in writing. It need not allow lawyers. It need not put every detail

Analyse: question préliminaire

[44] Avant de nous pencher sur les allégations de l'intimée, il convient d'examiner un point préliminaire, soit l'admissibilité de l'affidavit complémentaire de l'intimée, et notamment le rapport du D^r Beresford. Il est possible de statuer sommairement sur ce point. Le juge des demandes a correctement appliqué les arrêts faisant autorité en refusant de permettre la présentation de cette preuve additionnelle. La Commission ne disposait pas de cette preuve et, par conséquent, en l'absence de considérations telles qu'un déni de justice naturelle, rien ne permettait de la faire examiner par le juge des demandes. Voir *Farhadi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 3 C.F. 315 (1^{re} inst.), que le juge des demandes a mentionné.

Analyse: l'équité procédurale

[45] Quant à la question de l'équité procédurale, les obligations imposées par l'obligation d'équité varient selon les circonstances, comme la Cour suprême l'a dit à plusieurs reprises, notamment dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, et plus récemment dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 21:

Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale [. . .]

[46] Dans l'arrêt *Selvarajan c. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12 (C.A), lord Denning, maître des rôles, énonce les façons dont l'obligation d'équité peut être différente des exigences de la justice naturelle [à la page 19]:

[TRADUCTION] Cependant, l'organisme enquêteur est maître de sa propre procédure. Il n'est pas nécessaire qu'il tienne une audition. Tout peut se faire par écrit. La présence d'avocats

of a case against a man. Suffice it if the broad grounds are given. It need not name its informants. It can give the substance only. Moreover, it need not do everything itself. It can employ secretaries and assistants to do all the preliminary work and leave much to them. But, in the end, the investigation body itself must come to its own decision and make its own report. [Emphasis added.]

[47] In *SEPQA*, *supra*, at page 902, Sopinka J. approved the summary disclosure obligations to which Lord Denning M.R. made reference:

I agree with the reasons of Marceau J. that the Commission had a duty to inform the parties of the substance of the evidence obtained by the investigator and which was put before the Commission. Furthermore, it was incumbent on the Commission to give the parties the opportunity to respond to this evidence and make all relevant representations in relation thereto. [Emphasis added.]

[48] In *Madsen*, *supra*, the Court held that where submissions made in response to disclosure of the substance of the case raised new facts, they should be disclosed to the party opposite to enable them to respond (at paragraph 28):

Applying the *Mercier* test to the facts in the case at bar, I am of the view that if either party's second submissions contained facts that differed from those set out in the Investigation report, Conciliation Report or earlier submissions, then the rules of procedural fairness may have required the CHRC to cross-disclose the second set of submissions and to permit the parties to file a third set of submissions. However, I must also express my agreement with the Federal Court of Appeal, that the rules of procedural fairness do not require the CHRC to "systematically disclose to one party the comments it receives from the other". [*Mercier*, at pp. 253-254.] Otherwise, the submissions/reply process could conceivably continue *ad infinitum*. [Emphasis added.]

[49] It is clear from *Madsen* and *Mercier*, that the obligation to disclose submissions arose in the context where those submissions were to be placed before the Commission. The underlying principle was established ten years earlier in *Radulesco*, *supra*. There is nothing in any of these cases which would support the proposition

n'est pas requise. Il n'est pas tenu de révéler tous les détails de la plainte et peut s'en tenir à l'essentiel. Il n'a pas à révéler sa source de renseignements. Il peut se limiter au fond seulement. De plus, il n'est pas nécessaire qu'il fasse tout lui-même. Il peut faire appel à des secrétaires et des adjoints pour le travail préliminaire et plus. Mais en définitive, l'organisme enquêteur doit arrêter sa propre décision et faire son propre rapport. [Non souligné dans l'original.]

[47] Dans l'arrêt *SEPQA*, précité, à la page 902, M. le juge Sopinka a approuvé les obligations de communication sommaire dont lord Denning, maître des rôles, avait fait mention:

Je partage l'avis du juge Marceau qu'il incombait à la Commission d'informer les parties de la substance de la preuve réunie par l'enquêteur et produite devant la Commission. Celle-ci devait en outre offrir aux parties la possibilité de répliquer à cette preuve et de présenter tous les arguments pertinents s'y rapportant. [Non souligné dans l'original.]

[48] Dans la décision *Madsen*, précitée, la Cour a statué que lorsque les arguments présentés en réponse à la divulgation de l'essence de l'affaire soulèvent de nouveaux faits, ils devraient être divulgués à la partie adverse, de façon à lui permettre d'y répondre (au paragraphe 28):

Appliquant le critère énoncé dans l'affaire *Mercier* à l'espèce, j'estime que si les secondes observations de l'une ou de l'autre partie contenaient des faits qui différaient de ceux exposés dans le rapport d'enquête, le rapport de conciliation ou dans les observations antérieures, les règles d'équité procédurales exigeaient peut-être de la CCDP qu'elle divulgue le second ensemble d'observations d'une partie à l'autre et permette aux parties de déposer un troisième ensemble d'observations. Cependant, je dois également exprimer mon accord avec la Cour d'appel fédérale sur le fait que les règles d'équité procédurale n'exigent pas de la Commission qu'elle «communique systématiquement à une partie les observations qu'elle reçoit de l'autre partie». [*Mercier*, aux pages 253 et 254.] Autrement, on pourrait concevoir que les observations/le processus de la réplique continuent *ad infinitum*. [Non souligné dans l'original.]

[49] Il ressort clairement des décisions *Madsen* et *Mercier* que l'obligation de divulguer les observations avait pris naissance dans un contexte où ces observations devaient être mises à la disposition de la Commission. Le principe sous-jacent avait été établi dix ans plus tôt dans l'arrêt *Radulesco*, précité. Il n'y a rien dans ces

that every exchange between an investigator and an interested party must be disclosed to the other party. The right to know the case to be met and to respond to it arises in connection with material which will be put before the decision maker, not with respect to material which passes through an investigator's hands in the course of the investigation.

[50] Consequently, the learned Applications Judge erred when he held that the October 22, 1997 letter ought to have been passed on to the respondent so as to allow her to respond. To the extent that the investigation report disclosed information contained in the letter, the respondent amply exercised her right of response. To the extent that information in the letter was not contained in the investigation report, and was not otherwise before the Commission, the right to respond did not arise.

[51] The same is true of the PSSRB decision which did not come into the investigator's hands until after the investigation report was completed. The investigator concluded, and rightly so, that the decision was irrelevant to the issue to be decided and did not include it in the material which was forwarded to the Commission. The PSSRB decision is critical of the respondent, to the point where it would have been unfairly prejudicial to the respondent to place it before the Commission. The investigator displayed mature judgment in simply putting the decision aside.

[52] The respondent argues that it is precisely because the decision is so critical of her that she ought to have been given the chance to respond. In my view, this argument leads nowhere since the decision was not placed before the Commission. The decision is the result of an adjudicative process which the respondent herself initiated. She is understandably disappointed in the result. But that disappointment does not give rise to a right to reargue the entire issue with the investigator under the guise of responding to the appellant.

[53] The learned Applications Judge held, on the authority of *SEPQA*, *supra*, that possession of the decision by the investigator was possession by the Commission, thereby giving rise to a duty to give the

arrêts qui étayerait la thèse selon laquelle toute communication entre un enquêteur et une partie intéressée doit être divulguée à l'autre partie. Le droit de connaître la preuve à réfuter et d'y répondre se rapporte à des éléments qui seront mis à la disposition du décideur plutôt qu'à des éléments qui passent entre les mains d'un enquêteur dans le cadre de l'enquête.

[50] Par conséquent, le juge des demandes a commis une erreur en statuant que la lettre du 22 octobre 1997 aurait dû être transmise à l'intimée pour qu'elle puisse y répondre. Dans la mesure où le rapport d'enquête divulguait des renseignements contenus dans la lettre, l'intimée a amplement exercé son droit d'y répondre. Dans la mesure où les renseignements figurant dans la lettre n'étaient pas inclus dans le rapport d'enquête et où ils n'étaient pas par ailleurs mis à la disposition de la Commission, le droit d'y répondre n'a pas pris naissance.

[51] Il en va de même pour la décision de la CRTFP, que l'enquêteur n'a eue entre les mains qu'après que le rapport d'enquête eut été rédigé. L'enquêteur a conclu, avec raison, que la décision n'était pas pertinente aux fins de la question à trancher et il ne l'a pas incluse dans les documents qui ont été transmis à la Commission. La décision de la CRTFP est critique à l'égard de l'intimée, au point que, si elle avait été soumise à la Commission, cela aurait causé d'une façon inéquitable un préjudice à l'intimée. L'enquêteur a fait preuve de beaucoup de jugement en mettant simplement de côté la décision.

[52] L'intimée soutient que c'est précisément parce que la décision en question est si critique à son égard qu'elle aurait dû avoir la possibilité d'y répondre. À mon avis, cet argument ne mène à rien puisque la décision n'a pas été soumise à la Commission. La décision est le résultat d'un processus décisionnel que l'intimée a elle-même entamé. Comme on peut le comprendre, le résultat a déçu l'intimée. Cependant, la déception de l'intimée ne donne pas pour autant naissance au droit de plaider de nouveau toute la question auprès de l'enquêteur sous le prétexte de répondre à l'appelante.

[53] Le juge des demandes a statué, en se fondant sur l'arrêt *SEPQA*, précité, que la possession de la décision par l'enquêteur valait possession par la Commission, donnant ainsi lieu à l'obligation de donner à l'intimée la

respondent a chance to respond before her complaint was disposed of by the Commission. But, as was pointed out by MacGuigan J.A. in *Pathak, supra*, the fact that the Commission may be found to be in possession of a document so as to be liable to produce it when required to, does not mean that the document was before the Commission in its deliberations [at pages 463-464]:

But that is not in my view to say that for all purposes the persons of the investigator and the Commission are to be merged. All the documents were in the Commission's custody and of easy access, but it could not be said that they were actually before the Commission when it made its decision. To hold otherwise would be to create a limitless legal fiction merging the mostly separate identities of the investigator and the Commission. [Underlining in original.]

[54] Consequently, I can see no basis for the notion that the investigator's possession of the decision, without anything further having been done with it, gives rise to a duty of disclosure and a corresponding right to respond.

[55] In so far as the evenhandedness of the investigation report is concerned, the best evidence of the investigator's attitude is her refusal to forward the PSSRB decision to the Commission. The reference to 14 complaints to the Public Service Commission, which the Applications Judge found objectionable, is a purely factual reference made in the context of a summary of the respondent's employment history. The Applications Judge's conclusion as to lack of neutrality suggests that it was not the fact that the complaints were irrelevant which troubled the Applications Judge, but rather his view that disclosure of the complaints was prejudicial to the respondent. But it is only prejudicial if one infers from the number of complaints that they were either excessive or unjustified. There is nothing in the body of the investigation report which suggests that the investigator communicated such views. As for the members of the Commission, I have no reason to believe that they did not understand that the respondent had a right to make those complaints, and that they had nothing to do with her human rights complaint.

possibilité de répondre avant que la Commission statue sur la plainte. Cependant, comme l'a souligné le juge MacGuigan, J.C.A., dans la décision *Pathak*, précitée, le fait qu'il peut être conclu que la Commission était en possession d'un document, de sorte qu'elle pouvait le produire au besoin, ne veut pas dire que la Commission disposait du document lors de ses délibérations [aux pages 463 et 464]:

Mais cela ne veut pas dire, selon moi, que l'enquêteur et la Commission doivent à toutes fins être considérés comme une seule et même personne. Tous les documents étaient sous la garde de la Commission et d'un accès facile, mais l'on ne saurait dire qu'ils étaient effectivement devant la Commission lorsqu'elle a rendu sa décision. Affirmer le contraire serait établir une fiction juridique illimitée fusionnant l'identité de l'enquêteur et celle de la Commission, deux personnes à bien des égards distinctes. [Souligné dans l'original.]

[54] Je ne puis donc rien voir qui permette de dire que le fait que l'enquêteur avait la décision en sa possession, sans que rien de plus n'ait été fait à cet égard, donne lieu à une obligation de communication et à un droit corrélatif de répondre.

[55] Quant à la question du caractère impartial du rapport d'enquête, le meilleur élément de preuve de l'attitude de l'enquêteur est son refus de transmettre la décision de la CRTFP à la Commission. La mention de 14 plaintes déposées devant la Commission de la fonction publique, que le juge des demandes a jugée répréhensible, est purement une mention factuelle qui a été faite dans le contexte d'un résumé des antécédents professionnels de l'intimée. La conclusion que le juge des demandes a tirée au sujet du manque de neutralité donne à entendre que ce n'était pas le fait que les plaintes n'étaient pas pertinentes qui inquiétait le juge, mais plutôt le fait que la divulgation des plaintes causait un préjudice à l'intimée. Cependant, cela n'est préjudiciable que si l'on infère du nombre de plaintes qu'elles étaient excessives ou injustifiées. Il n'y a rien dans le corps du rapport d'enquête qui donne à entendre que l'enquêteur a fait part de pareils points de vue. Quant aux membres de la Commission, il n'y a pas lieu de croire qu'ils ne comprenaient pas que l'intimée avait le droit de déposer ces plaintes et qu'elles n'avaient rien à voir avec la plainte fondée sur les droits de la personne que l'intimée avait déposée.

[56] However, the fact of the 14 complaints does have some significance in light of the respondent's allegation that it was unfair for the Commission to deal with the appellant through a person who was the subject of an unresolved harassment complaint. The record discloses that the investigator raised the matter with the appellant and was told that the respondent had made complaints against all those with the knowledge and the authority to deal with the matter. The respondent scoffs at the notion that there was no one else in an organization with thousands of employees who could deal with this complaint. In her view, Ms. Girouard was in a conflict of interest and ought not to have been made the departmental spokesperson.

[57] Once the investigation process is engaged, the parties are adverse in interest. Consequently, the departmental contact person is under no obligation to be indifferent to the outcome. It can hardly be a rare occurrence in the world of human rights complaints that an investigator deals with a person who has an interest in seeing the claim fail, particularly in the case of individual (as opposed to corporate) respondents. I find no breach of any duty to the respondent in the appellant's choice of contact person for its dealings with the Commission.

Analysis: Adequacy of the Investigation

[58] The respondent's remaining submissions are that the investigation into her complaint was inadequate, that it failed to consider her complaint that she had been harassed, that the Commission used the wrong analytical framework, and finally that the Commission erred in law in finding that the appellant had satisfied its duty to accommodate, which the respondent articulates as an obligation to accommodate to the point of undue hardship.

[59] Dealing first with the adequacy of the investigation, this question was touched upon in *Slattery v. Canada (Human Rights Commission)*, [1994] 2 F.C. 574 (T.D.) (*Slattery*), where Nadon J. (as he then was) commented on this issue, at page 600:

[56] Toutefois, les 14 plaintes ont de l'importance compte tenu de l'allégation de l'intimée selon laquelle il était inéquitable pour la Commission de traiter avec l'appelante par l'entremise d'une personne qui faisait l'objet d'une plainte de harcèlement non réglée. Le dossier révèle que l'enquêteur a soulevé la question auprès de l'appelante et qu'on lui a dit que l'intimée avait déposé des plaintes contre tous ceux qui possédaient les connaissances et le pouvoir voulus pour s'occuper de l'affaire. L'intimée rit de l'idée que personne d'autre au sein d'une organisation comptant des milliers d'employés ne pouvait s'occuper de la présente plainte. À son avis, M^{me} Girouard faisait face à un conflit d'intérêts et n'aurait pas dû être désignée à titre de porte-parole ministériel.

[57] Une fois le processus d'enquête entamé, les parties ont des intérêts contradictoires. La personne-ressource du ministère n'est donc pas tenue d'être indifférente au résultat. Il n'est pas rare en ce qui concerne les plaintes fondées sur les droits de la personne qu'un enquêteur traite avec une personne qui a intérêt à voir la demande rejetée, en particulier lorsque des personnes individuelles (par opposition à des personnes morales) sont en cause. Je ne puis constater aucun manquement à une obligation existant envers l'intimée concernant la personne-ressource que l'appelante a choisie pour traiter avec la Commission.

Analyse: caractère adéquat de l'enquête

[58] L'intimée invoque comme autres arguments que l'enquête menée au sujet de sa plainte était inadéquate, qu'elle ne tenait pas compte de la plainte de harcèlement, que la Commission a utilisé le mauvais cadre d'analyse et, enfin, que la Commission a commis une erreur de droit en concluant que l'appelante avait satisfait à son obligation d'accommodement, que l'intimée définit comme étant une obligation de l'accommoder jusqu'à la contrainte excessive.

[59] En ce qui concerne en premier lieu le caractère adéquat de l'enquête, cette question a été abordée dans la décision *Slattery c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1994] 2 C.F. 574 (1^{re} inst) (*Slattery*), où M. le juge Nadon (maintenant juge à la Cour d'appel) a fait à ce sujet les remarques suivantes, à la page 600:

In determining the degree of thoroughness of investigation required to be in accordance with the rules of procedural fairness, one must be mindful of the interests that are being balanced: the complainant's and respondent's interests in procedural fairness and the CHRC's interests in maintaining a workable and administratively effective system.

[60] Nadon J. went on to consider the test for the intervention of the court where there are gaps in the investigation report [at pages 600-601]:

In contexts where parties have the legal right to make submissions in response to an investigator's report, such as in the case at bar, parties may be able to compensate for more minor omissions by bringing such omissions to the attention of the decision-maker. Therefore, it should be only where complainants are unable to rectify such omissions that judicial review would be warranted. Although this is by no means an exhaustive list, it would seem to me that circumstances where further submissions cannot compensate for an investigator's omissions would include: (1) where the omission is of such a fundamental nature that merely drawing the decision-maker's attention to the omission cannot compensate for it; or (2) where fundamental evidence is inaccessible to the decision-maker by virtue of the protected nature of the information or where the decision-maker explicitly disregards it.

I take the applicable principle to be that where parties have the opportunity to supply the omissions in an investigation report, a court ought not to intervene unless it is satisfied that the exercise of that right would not overcome the prejudice caused by the faulty investigation.

[61] The respondent's position is that the investigation report was inadequate because the investigator was improperly trained and that, as a consequence, there were omissions and mischaracterizations of her position. The question of training is one for the Commission. This Court can only address the fruits of that training in the form of the process followed and the report produced. It is clear that the investigation report does not delve into the minutiae of environmental sensitivity to the degree that the respondent would have liked. But it is equally clear that the investigator understood the nature of the respondent's condition and gave her the opportunity to respond to the appellant's comments and to the investigation report itself. The record before us does not allow us to identify what material the respondent forwarded to the Commission. However, it is known that the respondent made five submissions to the

Pour déterminer le degré de rigueur de l'enquête qui doit correspondre aux règles d'équité procédurale, il faut tenir compte des intérêts en jeu: les intérêts respectifs du plaignant et de l'intimé à l'égard de l'équité procédurale, et l'intérêt de la CCDP à présenter un système qui fonctionne et qui soit efficace sur le plan administratif.

[60] Le juge Nadon a ensuite examiné le critère qui s'applique à l'intervention judiciaire lorsque le rapport d'enquête comporte des lacunes [aux pages 600 et 601]:

Dans des situations où les parties ont le droit de présenter des observations en réponse au rapport de l'enquêteur, comme c'est le cas en l'espèce, les parties peuvent compenser les omissions moins graves en les portant à l'attention du décideur. Par conséquent, ce ne serait que lorsque les plaignants ne sont pas en mesure de corriger de telles omissions que le contrôle judiciaire devrait se justifier. Même s'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive, il me semble que les circonstances où des observations supplémentaires ne sauraient compenser les omissions de l'enquêteur devraient comprendre: (1) les cas où l'omission est de nature si fondamentale que le seul fait d'attirer l'attention du décideur sur l'omission ne suffit pas à y remédier; ou (2) le cas où le décideur n'a pas accès à la preuve de fond en raison de la nature protégée de l'information ou encore du rejet explicite qu'il en a fait.

Je suppose que le principe applicable est le suivant: lorsque les parties ont la possibilité de remédier aux omissions que comporte un rapport d'enquête, un tribunal judiciaire ne devrait pas intervenir à moins d'être convaincu que l'exercice de ce droit ne remédierait pas au préjudice causé par l'enquête fautive.

[61] Selon la position de l'intimée, le rapport d'enquête était inadéquat parce que l'enquêteur n'avait pas reçu une bonne formation et qu'il y avait donc des omissions et une mauvaise description de sa position. Or, la question de la formation relève de la Commission. La Cour peut uniquement examiner les fruits de cette formation pour ce qui est de la forme du processus qui a été suivi et du rapport qui a été produit. Il est clair que le rapport d'enquête ne traite pas en détail de la sensibilité environnementale autant que l'intimée l'aurait voulu. Cependant, il est également clair que l'enquêteur comprenait la nature de l'état de santé de l'intimée et qu'il a donné à celle-ci la possibilité de répondre aux commentaires de l'appelante et au rapport d'enquête lui-même. Le dossier mis à notre disposition ne nous permet pas de déterminer les documents que l'intimée a transmis à la Commission. Toutefois, on sait que

Commission with respect to the investigation report. We have not been directed to an error of the sort described by Nadon J. which would justify our interference on the basis of the adequacy of the investigation.

Analysis: Harassment

[62] The respondent also claims that the Commission did not deal with her allegations of harassment which she framed as follows in her complaint (Appeal Book, at page 60):

In addition to my struggle to obtain a safe working environment, I have been the recipient of comments about my disability. For example, in a meeting in September 1995 the manager of the Pollution Control Division stated "Read my lips, Charlotte, your office is on the fourth floor", although I had informed him working there would make me sick. He also stated that if they had known about my illness, they would [not] have hired me in their branch, and that if I left my position they would probably not fill it. He further commented that I had no sick leave left and should not expect to be paid, although I was entitled to apply for, and later was granted, advanced sick leave.

[63] These allegations were discussed in the investigation report. The investigator concluded that the remark with respect to "Read my lips" was made in frustration in the context of a meeting where the respondent's manner apparently provoked a reaction. The remark about not hiring the respondent was made in the context that one would not generally place a person with environmental sensitivity in a job which required her to attend at various industrial sites. As for sick leave, the investigator was not able to determine if the remark was made and, in any event, the respondent was given advance sick leave. In dismissing the complaint, the Commission must be taken to have given effect to the investigator's assessment of the merits of the harassment complaint.

Analysis: Standard of Review of the Commission's Decision

[64] Before embarking upon a discussion of Commission's decision on the merits, it is necessary to

l'intimée a présenté cinq mémoires à la Commission au sujet du rapport d'enquête. On n'a pas attiré notre attention sur une erreur telle que celle qu'a décrite le juge Nadon, justifiant notre intervention pour ce qui est de la question du caractère adéquat de l'enquête.

Analyse: le harcèlement

[62] L'intimée affirme également que la Commission n'a pas traité de ses allégations de harcèlement, qu'elle a libellées comme suit dans sa plainte (Dossier d'appel, à la page 60):

[TRADUCTION] En plus de me débattre pour obtenir un environnement de travail sécuritaire, j'ai fait l'objet de commentaires au sujet de ma déficience. Ainsi, lors d'une réunion qui a eu lieu au mois de septembre 1995, le gestionnaire de la Section de la prévention de la pollution a dit ce qui suit: «Comprends-moi bien, Charlotte: ton bureau est au quatrième étage», mais je l'avais informé que je serais malade si je travaillais là. Il a également dit que s'ils avaient été au courant de ma maladie, ils ne m'auraient pas embauchée dans leur direction et que si je quittais mon poste, ils ne le combleraient probablement pas. Il a en outre fait remarquer qu'il ne me restait plus de congés de maladie et que je ne devrais pas m'attendre à être payée, et ce, même si j'avais le droit de demander un congé de maladie par anticipation, qui m'a par la suite été accordé.

[63] Ces allégations ont été examinées dans le rapport d'enquête. L'enquêteur a conclu que la remarque suivante: [TRADUCTION] «Comprends-moi bien» a été faite par sentiment de frustration, dans le contexte d'une réunion où l'attitude de l'intimée avait apparemment provoqué une réaction. La remarque relative au fait que l'on n'aurait pas embauché l'intimée a été faite dans le contexte suivant: on ne placerait généralement pas une personne ayant une sensibilité environnementale dans un emploi exigeant qu'elle visite divers emplacements industriels. Quant au congé de maladie, l'enquêteur n'a pas pu déterminer si la remarque a été faite et, de toute façon, l'intimée a obtenu un congé de maladie par anticipation. Il faut considérer qu'en rejetant la plainte, la Commission a donné effet à l'évaluation que l'enquêteur avait faite au sujet du bien-fondé de la plainte de harcèlement.

Analyse: norme de contrôle applicable à la décision de la Commission

[64] Avant d'examiner le bien-fondé de la décision de la Commission, il faut nous pencher sur la question de la

consider the question of standard of review. The decision in question is a decision to dismiss a complaint after the investigation phase, without referring the complaint to a tribunal. The clearest statement of the standard of review of such decisions is found in *Bourgeois v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2000] F.C.J. 1655 (F.C.A.) (QL) where Décary J.A. said the following [at paragraph 3]:

MacKay J. was of the view, and rightly so, that the standard of review of a decision of the Commission to dismiss a complaint requires a very high level of deference by the Court unless there be a breach of the principles of natural justice or other procedural unfairness or unless the decision is not supportable on the evidence before the Commission. He came to the conclusion that the circumstances were not such as to warrant the intervention of the Court.

[65] Evans J., as he then was, had occasion to consider this problem in a case where there was an issue of credibility. This is how he concluded his analysis (*Larsh v. Canada (Attorney General)* (1999), 166 F.T.R. 101 (F.C.T.D.), at paragraph 32):

More recently, the issue has been considered by Hugessen J. in *Miller v. Canada (Attorney General)* (F.C.T.D.; T-391-98, September 28, 1998), where he said this:

. . . it is said that the Commission erred in failing to order an oral hearing because there were issues of credibility involved in the case. The law in my view is clear, that the Commission is under no obligation to order an oral hearing. Where, as here, there is no liberty issue at stake in the investigation being conducted, there is never an obligation in my view to conduct an oral hearing. Indeed, when one looks at the nature of the discretion which is given to the Commission by the text of the statute, it is quite obvious that there will be cases where the Commission can dismiss a complaint because in its view there is insufficient evidence to support the complaint, whereas, if the complaint went forward, there would have to be an oral hearing. To put the matter another way, the discretion which is given the Commission is manifestly a discretion to do away with the requirement of an oral hearing before the tribunal.

I am in general agreement with this statement of the law and, since the Commission's conclusion was not irrational on the facts before it, I do not find that the Commission erred in law

norme de contrôle. La décision en question est une décision de rejeter une plainte après la phase d'enquête, sans renvoyer la plainte à un tribunal. L'énoncé le plus clair de la norme de contrôle de pareilles décisions se trouve dans l'arrêt *Bourgeois c. Banque de commerce canadienne impériale*, [2000] A.C.F. n° 1655 (C.A.F.) (QL), où le juge Décary, J.C.A., a dit ce qui suit [au paragraphe 3]:

Le juge MacKay était d'avis, avec raison, que la norme de contrôle applicable au rejet d'une plainte par la Commission exige que la Cour fasse preuve d'un très haut degré de retenue à l'égard de la décision de la Commission, à moins qu'il y ait eu violation des principes de justice naturelle ou absence d'équité procédurale, ou à moins que la décision ne soit pas étayée par les éléments de preuve dont disposait la Commission. Il a conclu que les circonstances n'étaient pas telles qu'elles justifiaient l'intervention de la Cour.

[65] Le juge Evans (tel était alors son titre) avait eu l'occasion d'examiner ce problème dans une affaire où il était question de crédibilité. Il a conclu son analyse comme suit (*Larsh c. Canada (Procureur général)* (1999), 166 F.T.R. 101 (C.F. 1^{er} inst.), au paragraphe 32):

Plus récemment, la même question a été examinée par le juge Hugessen dans le jugement *Miller c. Canada (Procureur général)* (C.F. 1^{er} inst., T-391-98, 28 septembre 1998), dans lequel il a déclaré ce qui suit:

Il affirme [. . .] que c'est à tort que la Commission a omis d'ordonner la tenue d'une audition, car le dossier soulevait un certain nombre de questions touchant la crédibilité. D'après moi, il ressort clairement de la loi que la Commission n'est nullement obligée d'ordonner la tenue d'une audition. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la liberté n'est pas mise en cause dans le cadre de l'enquête qui est menée, j'estime que la tenue d'une audition n'est jamais obligatoire. D'ailleurs, lorsqu'on examine la nature du pouvoir discrétionnaire que le libellé même de la loi confère à la Commission, il est clair que, dans certains cas, la Commission peut rejeter une plainte lorsqu'elle estime que celle-ci est insuffisamment fondée au regard de la preuve, alors qu'il faudrait effectivement qu'il y ait audition si la plainte était retenue. En d'autres termes, le pouvoir discrétionnaire reconnu à la Commission permet manifestement à celle-ci de ne pas ordonner la tenue d'une audition devant le tribunal.

Je suis pour l'essentiel d'accord avec cet énoncé du droit et, comme la conclusion que la Commission a tirée n'était pas irrationnelle compte tenu des faits dont elle disposait, je

in dismissing the complaint.

[66] This Court considered the standard of review of a decision to forward a complaint to a tribunal in *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, [1999] 1 F.C. 113 (C.A.) where the following appears [at paragraph 38]:

The Act grants the Commission a remarkable degree of latitude when it is performing its screening function on receipt of an investigation report. Subsections 40(2) and 40(4) and sections 41 and 44 are replete with expressions such as “is satisfied”, “ought to”, “reasonably available”, “could more appropriately be dealt with”, “all the circumstances”, “considers appropriate in the circumstances” which leave no doubt as to the intent of Parliament. The grounds set out for referral to another authority (subsection 44(2)), for referral to the President of the Human Rights Tribunal Panel (paragraph 44(3)(a)) or for an outright dismissal (paragraph 44(3)(b)) involve in varying degrees questions of fact, law and opinion (see *Latif v. Canadian Human Rights Commission*, [1980] 1 F.C. 687 (C.A.), at page 698, *Le Dain J.A.*), but it may safely be said as a general rule that Parliament did not want the courts at this stage to intervene lightly in the decisions of the Commission.

[67] It is clear that the decision of the Commission to dismiss a complaint is entitled to some deference. The standard of review is either reasonableness or patent unreasonableness. However, it is not necessary for me to decide which of the two is the proper standard for I am satisfied that the decision in this case meets the less deferential standard of reasonableness.

Analytical Framework and Duty to Accommodate

[68] Turning to the substantive question, the respondent’s final point is that, in dismissing her complaint, the Commission applied the wrong test. She says that the question which the Commission had to determine was not whether the appellant had accommodated the respondent but whether it had accommodated her to the point of undue hardship. The appellant’s position is that its employment standard provided for alternatives to working in the workplace

conclus que la Commission n’a pas commis d’erreur de droit en rejetant la plainte.

[66] La Cour a examiné la norme de contrôle qui s’applique à la décision de transmettre une plainte à un tribunal dans l’arrêt *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier*, [1999] 1 C.F. 113 (C.A.), où figurent les remarques suivantes [au paragraphe 38]:

La Loi confère à la Commission un degré remarquable de latitude dans l’exécution de sa fonction d’examen préalable au moment de la réception d’un rapport d’enquête. Les paragraphes 40(2) et 40(4), et les articles 41 et 44 regorgent d’expressions comme «à son avis», «devrait», «normalement ouverts», «pourrait avantageusement être instruite», «des circonstances», «estime indiqué dans les circonstances», qui ne laissent aucun doute quant à l’intention du législateur. Les motifs de renvoi à une autre autorité (paragraphe 44(2)), de renvoi au président du Comité du Tribunal des droits de la personne (alinéa 44(3)a)) ou, carrément, de rejet (alinéa 44(3)b)) comportent, à divers degrés, des questions de fait, de droit et d’opinion (voir *Latif c. La Commission canadienne des droits de la personne*, [1980] 1 C.F. 687 (C.A.), à la page 698, le juge *Le Dain*), mais on peut dire sans risque de se tromper qu’en règle générale, le législateur ne voulait pas que les cours interviennent à la légère dans les décisions prises par la Commission à cette étape.

[67] Il est clair qu’il faut faire preuve d’une certaine réserve à l’égard de la décision de la Commission de rejeter une plainte. La norme de contrôle est soit celle du caractère raisonnable soit celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, je n’ai pas à décider quelle est la norme à adopter car je suis convaincu qu’en l’espèce, la décision satisfait à la norme du caractère raisonnable, selon laquelle il faut faire preuve d’une moins grande réserve.

Cadre d’analyse et obligation d’accommodement

[68] Quant à la question de fond, le dernier argument de l’intimée est qu’en rejetant sa plainte, la Commission a appliqué le mauvais critère. Elle affirme que la question que la Commission devait trancher n’était pas de savoir si l’appelante avait accommodé l’intimée, mais si elle l’avait accommodée jusqu’à la contrainte excessive. Selon la position prise par l’appelante, la norme d’emploi prévoyait des solutions autres que le travail sur place et cette norme n’était donc pas

and therefore was not discriminatory. On the appellant's view of things, the question of accommodation to the point of undue hardship does not arise. Both parties rely upon the decision of the Supreme Court of Canada in *Meiorin, supra*, which was not released until after the Commission had disposed of the respondent's complaint, in support of their position.

[69] Ever since *O'Malley, supra*, the Supreme Court has recognized a distinction between direct discrimination and adverse effects discrimination. Direct discrimination is intentional; adverse effects discrimination occurs when a rule of general application adopted for *bona fide* reasons has a discriminatory effect on certain groups on a prohibited ground. In *O'Malley*, the Court recognized different remedies arising from each of these forms of discrimination. In the case of direct discrimination, a discriminatory rule is struck down unless it can be justified. In the employment context, justification can be a *bona fide* occupational requirement (BFOR). A BFOR is a rule or standard adopted honestly and in good faith which is reasonably necessary to the safe and efficient performance of the work and does not place an unreasonable burden on those to whom it applies. See *Meiorin*, at paragraph 20. In adverse effect discrimination, the rule which has discriminatory effects is not struck down but the rule-maker has an obligation to accommodate to the point of undue hardship those adversely affected by the rule. See *O'Malley, supra*, at page 555.

[70] For reasons which were canvassed in detail in *Meiorin, supra*, the Supreme Court has abandoned this two-stream approach and has adopted a unified three-step analysis to replace the approach which it taught in *O'Malley*. Under the new approach, once it is shown that a rule or a policy, whether directly or by way of adverse effects, distinguishes between individuals on a prohibited ground, the employer must show that the rule was adopted for a purpose rationally connected to the performance of the job. This addresses the general purpose of the policy with a view to ensuring that it has a rational connection with the work the employee is required to do. If it does not, that is the end of the

discriminatoire. Selon l'appelante, la question de l'accommodement jusqu'à la contrainte excessive ne se pose pas. À l'appui de leur position, les deux parties se fondent sur la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'affaire *Meiorin*, précitée, qui n'avait pas encore été rendue publique lorsque la Commission a statué sur la plainte de l'intimée.

[69] Depuis que la décision *O'Malley*, précitée, a été rendue, la Cour suprême a reconnu une distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La discrimination directe est intentionnelle; il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'une règle d'application générale qui a été adoptée pour des motifs justifiables a un effet discriminatoire sur certains groupes pour un motif de distinction illicite. Dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour a reconnu différentes réparations découlant de chacune de ces formes de discrimination. Dans le cas de la discrimination directe, une règle discriminatoire est annulée à moins de pouvoir être justifiée. Dans le contexte de l'emploi, la justification peut être une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Une EPJ est une règle ou une norme adoptée honnêtement et de bonne foi qui est raisonnablement nécessaire à l'exécution sûre et efficace du travail et qui n'impose pas un fardeau déraisonnable à ceux auxquels elle s'applique. Voir *Meiorin*, au paragraphe 20. Dans le cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, la règle qui a un effet discriminatoire n'est pas annulée, mais la personne qui adopte la règle a une obligation d'accommoder ceux qui sont visés d'une façon défavorable par la règle jusqu'à la contrainte excessive. Voir *O'Malley*, précité, à la page 555.

[70] Pour les motifs qui ont été examinés en détail dans l'arrêt *Meiorin*, précité, la Cour suprême a abandonné ces deux approches principales et a adopté une analyse unifiée en trois étapes à la place de l'approche qu'elle avait enseignée dans l'arrêt *O'Malley*. Selon la nouvelle approche, une fois qu'il est démontré qu'une règle ou une politique, que ce soit directement ou au moyen d'un effet préjudiciable, fait une distinction entre des personnes pour un motif de distinction illicite, l'employeur doit démontrer que la règle a été adoptée à des fins rationnellement liées à l'exécution du travail. Cela répond au but général de la politique, qui vise à assurer l'existence d'un lien rationnel avec le travail que

analysis. If there is a rational connection in general terms, then the employer must show that the particular rule was adopted “with an honest and good faith belief that it was necessary to the accomplishment of its purpose”. See *Meiorin*, *supra*, at paragraphs 60 and 61. This addresses the subjective element in that a standard adopted with discriminatory animus cannot be a BFOR. Finally, the employer must establish that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose and that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[71] I do not take *Meiorin*, *supra*, to have changed the content of the duty to accommodate [at paragraphs 24 and 68]:

However, the divergent approaches taken by the arbitrator and the Court of Appeal suggest a more profound difficulty with the conventional test itself. The parties to this appeal have accordingly invited this Court to adopt a new model of analysis that avoids the threshold distinction between direct discrimination and adverse effect discrimination and integrates the concept of accommodation within the BFOR defence.

...

By enacting human rights statutes and providing that they are applicable to the workplace, the legislatures have determined that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible. Courts and tribunals must bear this in mind when confronted with a claim of employment-related discrimination. To the extent that a standard unnecessarily fails to reflect the differences among individuals, it runs afoul of the prohibitions contained in the various human rights statutes and must be replaced. The standard itself is required to provide for individual accommodation, if reasonably possible. A standard that allows for such accommodation may be only slightly different from the existing standard but it is a different standard nonetheless.

[72] *Meiorin* prescribes a shift from a rule-and-exception analysis to the elaboration of standards designed to be inclusive of what previously was treated

l’employé est tenu d’accomplir. En l’absence de pareil lien, l’analyse prend fin. S’il existe d’une façon générale un lien rationnel, l’employeur doit démontrer qu’il a adopté la règle particulière «en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire à la réalisation de son objet». Voir *Meiorin*, précité, aux paragraphes 60 et 61. Cela répond à l’élément subjectif en ce sens qu’une norme qui est adoptée dans un esprit discriminatoire ne peut pas constituer une EPJ. Enfin, l’employeur doit établir que la norme est raisonnablement nécessaire à l’accomplissement de cette fin légitime liée au travail et qu’il est impossible d’accommoder les employés individuels partageant les caractéristiques de l’intéressé sans imposer une contrainte excessive à l’employeur.

[71] À mon avis, l’arrêt *Meiorin*, précité, n’a pas modifié le contenu de l’obligation d’accommodement [aux paragraphes 24 et 68]:

Toutefois, les différentes façons de procéder utilisées par l’arbitre et la Cour d’appel portent à croire que la méthode conventionnelle elle-même pose une difficulté plus profonde. Les parties au présent pourvoi ont donc invité notre Cour à adopter un nouveau modèle d’analyse qui évite la distinction préliminaire entre la discrimination directe et la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, et qui intègre la notion d’accommodement à la défense d’EPJ.

[...]

En adoptant des lois sur les droits de la personne et en prévoyant leur application au milieu de travail, les législatures ont décidé que les normes régissant l’exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire. Les cours de justice et les tribunaux administratifs doivent avoir cela à l’esprit lorsqu’ils sont saisis d’une demande dans laquelle l’existence de discrimination liée à l’emploi est alléguée. La norme qui fait inutilement abstraction des différences entre les personnes va à l’encontre des interdictions contenues dans les diverses lois sur les droits de la personne et doit être remplacée. La norme elle-même doit permettre de tenir compte de la situation de chacun, lorsqu’il est raisonnablement possible de le faire. Il se peut que la norme qui permet un tel accommodement ne soit que légèrement différente de la norme existante, mais il reste qu’elle constitue une norme différente.

[72] L’arrêt *Meiorin* prescrit un changement d’orientation; on passe de l’analyse fondée sur la règle et l’exception à l’élaboration de normes destinées à inclure

as an exception. The duty to accommodate now operates as a principle in the design of workplace standards, rather than a template by which exceptional treatment is evaluated. But the core obligation of the employer to the employee remains unchanged.

[73] The issue in *Meiorin* was the effect of an explicit threshold standard by which a female firefighter was excluded from further employment because she could not pass a particular test designed to determine aerobic capacity. This was adverse effects discrimination because an apparently neutral standard had a disproportionate impact on women. The issue in *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, a case where the Court applied *Meiorin*, was a visual acuity standard for the issuance of driver's licences, a case of direct discrimination. These are both cases where the issue is the effect of a discrete, explicit standard or policy which serves as a screening tool. There is no such policy in this case.

[74] There is an obvious distinction between this case and *Meiorin* which is that the transaction between the appellant and the respondent was not driven by a pre-existing policy. Instead, we find a course of dealings in which the parties operate from an understanding of their respective rights and obligations. That understanding may have been rooted in rights guaranteed or obligations imposed by the collective agreement, the legislative scheme governing employment in the public service, human rights legislation, health and occupational safety legislation or departmental policies. It would be very difficult to extricate from this matrix a discrete coherent policy which one could subject to an orderly analysis as in *Meiorin*. This is not to say that the *Meiorin* analysis is not relevant to a course of conduct. But it does suggest that the analysis may have a different starting point.

ce qui était auparavant considéré comme une exception. L'obligation d'accommodement a maintenant été érigée en principe aux fins de la conception des normes au lieu de travail plutôt que de constituer un modèle permettant d'évaluer un traitement exceptionnel. Cependant, l'obligation fondamentale de l'employeur envers l'employé est encore la même.

[73] Dans l'arrêt *Meiorin*, la question litigieuse se rapportait à l'effet d'une norme minimale explicite selon laquelle une femme pompier était exclue d'un autre emploi parce qu'elle ne pouvait pas passer un test particulier destiné à déterminer la capacité aérobique. Il s'agissait d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce qu'une norme apparemment neutre avait des répercussions disproportionnées pour les femmes. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, où la Cour a appliqué l'arrêt *Meiorin*, la question litigieuse se rapportait à une norme d'acuité visuelle qui s'appliquait à la délivrance de permis de conduire; il s'agissait donc d'une affaire de discrimination directe. Dans les deux cas, la question litigieuse se rapporte à l'effet d'une norme ou politique distincte, explicite qui sert d'outil de sélection. En l'espèce, il n'existe aucune politique de ce genre.

[74] Il existe une distinction évidente entre la présente espèce et l'affaire *Meiorin*; en effet, les rapports entre l'appelante et l'intimée ne sont pas dictés par une politique préexistante. Nous constatons plutôt une ligne de conduite selon laquelle les parties se fondaient sur une interprétation des droits et obligations qu'elles avaient respectivement. Cette interprétation peut trouver son origine dans les droits qui sont garantis ou dans les obligations qui sont imposées par la convention collective, le régime législatif régissant l'emploi dans la fonction publique, la législation en matière de droits de la personne, la législation en matière de santé et de sécurité au travail ou les politiques ministérielles. Il serait fort difficile d'extraire de cette matrice une politique cohérente distincte qu'il serait possible d'assujettir à une analyse méthodique comme dans l'arrêt *Meiorin*. Cela ne veut toutefois pas dire que l'analyse qui a été faite dans l'arrêt *Meiorin* n'est pas pertinente aux fins de la ligne de conduite à adopter.

[75] In *Meiorin*, the Court's analysis began from a finding that the policy in question distinguished between people adversely on a prohibited ground. Where one is dealing with a course of conduct, the more appropriate question is, does the transaction between the parties, taken as a whole, result in adverse treatment on a prohibited ground? If the transaction taken as a whole does not disclose adverse treatment, then the inquiry is at an end. If adverse treatment on a prohibited ground is shown, one proceeds to the three questions which framed the Supreme Court's analysis.

[76] Did the course of conduct between these parties disclose adverse treatment of the appellant? On the basis of the investigation report, it is reasonably open to find that the transaction between the appellant and the respondent, taken as a whole, did not disclose adverse treatment. The respondent identified an issue arising from her environmental sensitivity and the appellant attempted to address the problem through a series of graduated steps. Initially, the respondent was given a change in assignment. This was supplemented by seasonal layoff. When problems developed at Queen Square, various measures were undertaken in an attempt to address the respondent's concerns. When these proved unsuccessful, the appellant canvassed a series of alternate work locations, none of which proved acceptable to both parties. For reasons which I will explain shortly, if the Commission found that some of the alternatives proposed by the appellant were reasonable, the question of the hardship imposed by the respondent's preferred alternative does not arise. On the evidence, it was open to find that some of the appellant's suggested alternatives were reasonable. When the question of alternative locations came to an impasse, the appellant offered the respondent the alternative of working from home by teleworking, an option which the respondent rejected. Taken as a whole, the transaction could reasonably support the conclusion that the appellant did not operate its workplace so as to adversely affect the respondent.

Mais cela donne à entendre que l'analyse peut avoir un point de départ différent.

[75] Dans l'arrêt *Meiorin*, la Cour a commencé son analyse en concluant que la politique en question faisait une distinction entre des personnes qui étaient touchées d'une façon préjudiciable pour un motif de distinction illicite. Lorsqu'il est question d'une ligne de conduite, la question la plus pertinente consiste à savoir si les rapports entre les parties, considérés dans leur ensemble, entraînent un traitement préjudiciable fondé sur un motif de distinction illicite. Si les rapports considérés dans leur ensemble ne révèlent aucun traitement préjudiciable, l'examen prend fin. S'il est démontré qu'il existe un traitement préjudiciable fondé sur un motif de distinction illicite, on procède à l'examen des trois questions dont l'analyse de la Cour suprême était composée.

[76] La ligne de conduite entre ces parties révélait-elle un traitement préjudiciable de la part de l'appelante? Compte tenu du rapport d'enquête, il est raisonnablement loisible de conclure que les rapports entre l'appelante et l'intimée, considérés dans leur ensemble, ne révélaient aucun traitement préjudiciable. L'intimée a soulevé un problème attribuable à sa sensibilité environnementale et l'appelante a tenté de résoudre le problème au moyen d'une série de mesures progressives. Initialement, l'intimée s'est vu attribuer une autre affectation. À cette affectation est venue s'ajouter une mise en disponibilité saisonnière. Lorsque des problèmes se sont manifestés dans l'immeuble Queen Square, on a pris diverses mesures en vue de tenter de répondre aux préoccupations de l'intimée. Lorsque ces mesures se sont avérées inefficaces, l'appelante a envisagé une série d'autres lieux de travail, dont aucun ne s'est finalement avéré acceptable pour l'une ou l'autre partie. Pour des raisons sur lesquelles je reviendrai ci-dessous, si la Commission concluait que certaines des solutions de rechange proposées par l'appelante étaient raisonnables, la question de la contrainte imposée par la solution de rechange préférée de l'intimée ne se pose pas. Selon la preuve, il était loisible de conclure que certaines des solutions de rechange proposées par l'appelante étaient raisonnables. Lorsque la question des autres lieux de travail en est venue à une impasse, l'appelante a offert à l'intimée la possibilité d'effectuer du télétravail à domicile, solution que l'intimée a rejetée. Considérés dans leur ensemble,

[77] The respondent resists such a conclusion for several reasons. She says that the apparent reasonableness of the appellant's proposals is based upon a misunderstanding of their limitations. She also argues that the appellant's rejection of her preferred alternative, her own office in a nearby building, showed a refusal to accommodate to the point of undue hardship. With regard to the first objection, the issue is not whether the Commission is right or wrong, but whether it could reasonably come to the conclusion which it did. As for the question of a complainant's right to hold out for his or her preferred alternative, that issue arose in *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U.* (2000), 50 O.R. (3d) 560 where the Ontario Court of Appeal found that the employer's "Religious Observance Policy" was sufficient to accommodate the individual needs of adherents of minority religions. An employee claimed the right to paid time off to observe 11 religious holidays. The employer's policy provided for two paid days off for religious observance and allowed for additional days off to be taken via scheduling changes and earned days off accumulated through the employer's compressed work week option. The letter of the policy would have imposed some restrictions on the employee but the employer was prepared to waive those if the employee accumulated the work time necessary to be able to access the paid days off. The employee took the position that his earned days off from the compressed work week were his to use as he saw fit and that the employer could give him 11 paid days off for religious observance without undue hardship. The Court held that since the employer's policy was sufficiently inclusive to accommodate the claimant, the issue of accommodation to the point of undue hardship did not arise. One of the corollaries of this position is that a claimant cannot refuse a reasonable solution on the ground that the alternative which they favour will not cause the employer undue hardship. The Court's view of this is set out below [at paragraph 37]:

les rapports pourraient avec raison permettre de conclure que l'appelante n'exploitait pas son lieu de travail de façon à causer un préjudice à l'intimée.

[77] L'intimée s'oppose à pareille conclusion pour plusieurs raisons. Elle affirme que le caractère raisonnable apparent des propositions de l'appelante est fondé sur une mauvaise compréhension de leurs limitations. Elle soutient également que le rejet par l'appelante de la solution de rechange qu'elle préférerait, à savoir le fait d'avoir son propre bureau dans un immeuble voisin, démontrait que l'appelante refusait de l'accueillir jusqu'à la contrainte excessive. Quant à la première objection, il ne s'agit pas de savoir si la Commission a raison ou tort, mais si elle pouvait raisonnablement arriver à la conclusion qu'elle a tirée. Quant à la question du droit du plaignant de tenir ferme quant à la solution de rechange préférée, cette question s'est posée dans l'arrêt *Ontario (Ministry of Community and Social Services) v. O.P.S.E.U.* (2000), 50 O.R. (3d) 560, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la [TRADUCTION] «Politique relative à l'observation religieuse» de l'employeur était suffisante pour accommoder les besoins individuels des personnes pratiquant une religion minoritaire. Un employé avait revendiqué le droit d'avoir un congé payé pour lui permettre d'observer 11 congés religieux. La politique de l'employeur prévoyait deux jours de congé payés pour l'observation religieuse et accordait des jours de congé additionnels au moyen de changements d'horaire et de jours de congé accumulés au moyen de la semaine de travail comprimée. La politique, appliquée à la lettre, aurait imposé certaines restrictions à l'employé, mais l'employeur était prêt à renoncer à ces restrictions si l'employé accumulait le nombre d'heures de travail nécessaire pour pouvoir bénéficier des jours de congé payés. L'employé a pris la position selon laquelle ses jours de congé accumulés grâce à la semaine de travail comprimée étaient des jours qu'il pouvait utiliser comme il le jugeait bon, l'employeur pouvant lui accorder 11 jours de congé payés pour l'observation religieuse sans contrainte excessive. La Cour a statué qu'étant donné que la politique de l'employeur était suffisamment inclusive pour accommoder l'intéressé, la question de l'accommodement au point où il y avait contrainte excessive ne se posait pas. L'un des corollaires de cette position est que l'intéressé ne peut pas refuser une solution raisonnable pour le motif que la solution de

A review of the relevant authorities leads me to conclude that employers can satisfy their duty to accommodate the religious requirements of employees by providing appropriate scheduling changes, without first having to show that a leave of absence with pay would result in undue economic or other hardship. Indeed, in some instances, scheduling changes may provide the fairest and most reasonable form of accommodation. *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, 95 D.L.R. (4th) 577 is a case on point.

[78] In the end result, the question before us is whether the Commission could reasonably have been satisfied that “having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry into the complaint is not warranted”. While the advance in the state of the law represented by *Meiorin*, *supra*, frames the question of the appellant’s obligations differently, the fundamental question remains whether the respondent has been subjected to adverse treatment on account of her disability. Whether one applies *Meiorin* or *O’Malley*, it is my view that the Commission could reasonably come to the conclusion that the appellant’s response to the respondent’s circumstances was such that an inquiry into the complaint was not warranted.

[79] In the result, I would allow the appeal and set aside the order of the Trial Division, with costs to the appellant in this Court and in the Trial Division.

STONE J.A.: I agree.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

rechange qu’il préfère n’imposera pas une contrainte excessive à l’employeur. L’avis de la Cour sur ce point est énoncé ci-dessous [au paragraphe 37]:

[TRADUCTION] L’examen des arrêts pertinents faisant autorité m’amène à conclure que les employeurs peuvent satisfaire à leur obligation d’accommoder les exigences religieuses des employés en permettant des changements d’horaire appropriés, sans avoir à démontrer de prime abord qu’un congé payé entraînerait une contrainte économique ou autre excessive. De fait, dans certains cas, les changements d’horaire peuvent constituer la forme d’accommodement la plus équitable et la plus raisonnable. *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, 95 D.L.R. (4th) 577, porte sur ce point.

[78] En fin de compte, la question dont nous sommes saisis est de savoir si la Commission pouvait avec raison être convaincue [TRADUCTION] qu’«eu égard aux circonstances de la plainte dans leur ensemble, l’examen de la plainte n’[était] pas justifié». Par suite des progrès accomplis sur le plan juridique grâce à l’arrêt *Meiorin*, précité, la question des obligations incombant à l’appelante est formulée différemment, mais il s’agit encore fondamentalement de savoir si l’intimée a fait l’objet d’un traitement préjudiciable en raison de sa déficience. Que l’on applique l’arrêt *Meiorin* ou l’arrêt *O’Malley*, j’estime que la Commission pouvait raisonnablement conclure que la réponse apportée par l’appelante à la situation de l’intimée était telle que l’examen de la plainte n’était pas justifié.

[79] Par conséquent, je suis d’avis que l’appel doit être accueilli et l’ordonnance de la Section de première instance informée, les dépens étant adjugés à l’appelante devant cette Cour et en première instance.

LE JUGE STONE, J.C.A.: je souscris aux présents motifs.

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

T-1834-00
2003 FCT 518

T-1834-00
2003 CFPI 518

A. Lassonde Inc. (Plaintiff)

v.

The Registrar of Trade-Marks (Defendant)

INDEXED AS: A. LASSONDE INC. v. CANADA (REGISTRAR OF TRADE-MARKS) (T.D.)

Trial Division, Lemieux J.—Montréal, November 27, 2002; Ottawa, April 25, 2003.

Trade-Marks — Practice — Registrar of Trade-marks denying plaintiff, under Trade-marks Act, s. 47(1), further extension of time to file declaration of use of trade-mark "Oasis" as justification (failure to find suppliers, distributors) not significant — Registrar's discretion to extend time for filing exercised within statutory framework imposing time limits for declaration of use because application for proposed trade-mark affecting priority of registration — Requirement of significant and substantial reasons to justify extension related to Parliamentary intent in enacting s. 40(3) time limit — No error in law, fact warranting Court's intervention — New reasons provided by plaintiff not sufficient to affect exercise of Registrar's discretion.

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Plaintiff seeking to set aside Registrar's decision denying it extension of time to file declaration of use of trade-mark — Standard of review of Registrar's decision under Trade-marks Act, s. 56 generally and where additional evidence filed in Trial Division — Authority of Registrar to grant extension of time under Act, s. 47(1) discretionary — Must be satisfied circumstances justify extension — No error in law, in fact by Registrar warranting Court's intervention — Registrar properly exercised discretion not to extend time.

This was an appeal from a decision of the Registrar of Trade-marks denying the plaintiff, under subsection 47(1) of the *Trade-marks Act*, an extension of time in which to file a

A. Lassonde Inc. (demanderesse)

c.

Le registraire des marques de commerce (défendeur)

RÉPERTORIÉ: A. LASSONDE INC. c. CANADA (REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE) (1^{RE} INST.)

Section de première instance, juge Lemieux—Montréal, 27 novembre 2002; Ottawa, 25 avril 2003.

Marques de commerce — Pratique — Le registraire des marques de commerce a refusé à la demanderesse, sous l'autorité de l'art. 47(1) de la Loi sur les marques de commerce, une prolongation de délai additionnelle afin qu'elle puisse déposer une déclaration de commencement d'utilisation de la marque de commerce «Oasis» parce que la justification (incapacité de trouver des fournisseurs et des distributeurs) n'est pas suffisante — Le pouvoir discrétionnaire du registraire de prolonger le délai pour le dépôt est exercé dans le cadre législatif imposant des délais pour le dépôt d'une déclaration d'usage parce qu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée affecte la priorité d'enregistrement — L'exigence de raisons considérables et substantielles pour justifier la prolongation est rattachée à l'intention du législateur en adoptant le délai de l'art. 40(3) — Aucune erreur de droit ou de fait justifiant l'intervention de la Cour — Les nouveaux motifs invoqués par la demanderesse ne sont pas suffisants pour affecter l'exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La demanderesse cherchait à faire annuler la décision du registraire qui a refusé sa demande de prolongation de délai pour le dépôt d'une déclaration de commencement d'utilisation d'une marque de commerce — Norme de contrôle de la décision du registraire fondée sur l'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce, en général et lorsqu'une nouvelle preuve est déposée devant la Section de première instance — Le pouvoir du registraire d'accorder une prolongation de délai en vertu de l'art. 47(1) de la Loi est discrétionnaire — Il doit être convaincu que les circonstances justifient la prolongation — Aucune erreur de droit ou de fait de la part du registraire justifiant l'intervention de la Cour — Le registraire a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas prolonger le délai.

Il s'agissait d'un appel de la décision du registraire des marques de commerce qui a refusé à la demanderesse, sous l'autorité du paragraphe 47(1) de la *Loi sur les marques de*

declaration of commencement of use of its trade-mark "Oasis" for some of the wares and services covered in its application for registration. The plaintiff filed an application for registration on October 20, 1983, for the trade-mark "Oasis", which it proposed to use in association with hundreds of wares and services identified in its application. On January 31, 1997, the Registrar issued a notice allowing the plaintiff to proceed to registration of its trade-mark providing that it filed a declaration of use pursuant to subsection 40(2) of the Act. Unable to file a declaration within the prescribed time, the plaintiff sought and obtained for an extension of time until January 31, 1998. On December 23, 1997, the plaintiff filed a declaration of use but only for a small portion of the wares and services covered by the application. In January and July 1998, it again requested an additional extension of six months in order to provide the Registrar with the required declaration of use. Further extensions were granted until July 31, 1998 and January 2000. The plaintiff justified its requests on the ground that it should soon be signing some commercial agreements needed for the use of the mark. However, on February 25, 2000, the Registrar refused to extend the time in which to file a declaration of use, on the ground that the reasons provided were not sufficient to justify a further extension of time. Finally, on August 2, 2000 the Registrar refused any further extensions, stating that the failure to find suppliers and distributors for all of the wares was not a "significant and substantial reason to justify. . . an additional extension." Additional evidence was filed in this Court by the plaintiff pursuant to subsection 56(2) of the *Trade-marks Act*: the affidavit of Jean Gattuso, plaintiff's chief executive officer and that of Micheline Tellier, an employee of plaintiff's solicitors and trade-mark agents.

The issue was whether the Registrar wrongly exercised his discretion in refusing the requested extension of time.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court of Appeal recently held that, in the absence of additional evidence adduced in the Trial Division, decisions of the Registrar under section 56 of the Act, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial

commerce, une prolongation de délai afin qu'elle puisse déposer une déclaration de commencement d'utilisation de sa marque de commerce «Oasis» à l'égard de certaines marchandises et de certains services visés par sa demande d'enregistrement. La demanderesse a déposé une demande d'enregistrement le 20 octobre 1983 pour la marque de commerce «Oasis» qu'elle se proposait d'utiliser en association avec des centaines de marchandises et de services identifiés dans sa demande. Le 31 janvier 1997, le registraire a émis un avis permettant à la demanderesse de procéder à l'enregistrement de sa marque de commerce à condition que soit déposée une déclaration d'usage en conformité du paragraphe 40(2) de la Loi. Incapable de déposer une déclaration à l'intérieur du délai prescrit, la demanderesse a demandé et obtenu une prolongation de délai jusqu'au 31 janvier 1998. Le 23 décembre 1997, la demanderesse a déposé une déclaration d'usage mais seulement pour une petite partie des marchandises et des services couverts par la demande. En janvier et en juillet 1998, elle a de nouveau demandé une prolongation additionnelle de six mois dans le but de fournir au registraire la déclaration d'usage requise. D'autres prolongations ont été accordées jusqu'au 31 juillet 1998 et jusqu'en janvier 2000. La demanderesse justifiait ses demandes en disant qu'elle devrait conclure sous peu des ententes commerciales nécessaires à l'exploitation de la marque. Toutefois, le 25 février 2000, le registraire a refusé de prolonger le délai pour le dépôt d'une déclaration d'usage au motif que les raisons fournies n'étaient pas suffisantes pour justifier une autre prolongation de délai. Au bout du compte, le 2 août 2000, le registraire a refusé toute autre prolongation, déclarant que l'insuccès dans la recherche de fournisseurs et de distributeurs pour l'ensemble des marchandises ne constituait pas des «raisons considérables et substantielles pour justifier [. . .] une prorogation [. . .] additionnelle». Une preuve additionnelle a été déposée devant la Cour par la demanderesse en vertu du paragraphe 56(2) de la *Loi sur les marques de commerce*: l'affidavit de Jean Gattuso, président et directeur général de la demanderesse et celui de Micheline Tellier, une employée des avocats et agents de marques de commerce de la demanderesse.

La question en litige était de savoir si le registraire avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'accorder la prolongation de délai demandée.

Jugement: l'appel est rejeté.

La Cour d'appel fédérale a récemment statué que, en l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, les décisions du registraire, rendues en vertu de l'article 56 de la Loi, qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, lorsqu'une preuve additionnelle

Judge must come to his own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision.

The authority given by Parliament to the Registrar under subsection 47(1) of the Act to grant an extension of time, "if . . . the Registrar is satisfied that the circumstances justify it", is discretionary. The courts should not interfere where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose. Section 47 of the Act vests the Registrar with broad discretion to grant a request for an extension of time if he is satisfied that the circumstances justify it. The Court may not intervene unless the Registrar has erred in law or acted on a wrong principle in exercising his discretion. Such discretion must be exercised in the interest of promoting the purpose of the Act and the statutory provision to which it is attached.

Trade-Marks Act, section 40 deals with the registration of trade-marks the application for registration for which either declares that the mark has been used or proposes its use. Under subsection 40(3) of the Act, the date for filing a declaration of use is either six months following the date of the notice of allowance or, if the date is later, upon the expiration of the three years following the filing of the application for registration in Canada. If the declaration is not received by the cut-off date, the application for registration shall be deemed to be abandoned. Parliament has expressed itself very clearly: it did not want the use of a proposed trade-mark to go on forever, because an application for registration of a proposed trade-mark, under subsection 16(3) of the Act, affects the priority of registration. It is within this statutory framework that the Registrar must exercise his discretion to extend the time for filing a declaration of use. The requirement of significant and substantial reasons to justify allowing an extension after the period of three years from the date of notice allowance is clearly related to what Parliament had in mind when, in subsection 40(3) it limited the time for filing a declaration of use. Nothing in the evidence supported the plaintiff's submission that the Registrar refused even to consider the justifications advanced. The Registrar simply considered that the reason was not significant and substantial to justify the extension. The plaintiff did not identify an error in law or in fact that would warrant the Court's intervention. The two new reasons cited by the plaintiff to justify its failure to provide the Registrar with a declaration of use of the mark within the periods provided by the Act were not sufficient to affect the exercise of the Registrar's discretion. The so-called "new" reasons in Mr. Gattuso's affidavit were not new in reality: they

est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet important sur les conclusions de fait du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire.

Le pouvoir que le Parlement a dévolu au registraire en vertu du paragraphe 47(1) de la Loi d'accorder une prolongation de délai «si [. . .] le registraire est convaincu que les circonstances [le] justifient» est discrétionnaire. Les cours ne devraient pas modifier la décision lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, et si on ne s'est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l'objet de la loi. L'article 47 de la Loi investit le registraire d'un pouvoir discrétionnaire étendu d'accorder une demande de prolongation de délai s'il est convaincu que les circonstances le justifient. La Cour ne peut intervenir sauf si le registraire a erré en droit ou a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe. Un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans le but de promouvoir l'objet de la Loi et de la disposition législative à laquelle il est rattaché.

L'article 40 de la *Loi sur les marques de commerce* traite de l'enregistrement des marques de commerce dont la demande d'enregistrement déclare soit que la marque a été employée, soit que son utilisation est projetée. Conformément au paragraphe 40(3) de la Loi, une déclaration d'usage doit être déposée soit dans les six mois qui suivent la date de l'avis d'admission ou, si la date est postérieure, à l'expiration des trois ans qui suivent la production de la demande d'enregistrement au Canada. Si la déclaration n'est pas reçue à la date butoir, la demande d'enregistrement est réputée abandonnée. Le législateur s'est exprimé très clairement: il ne veut pas que l'emploi d'une marque de commerce projetée s'éternise parce qu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée, selon le paragraphe 16(3) de la Loi, affecte la priorité d'enregistrement. C'est dans cet encadrement législatif que le registraire doit exercer son pouvoir discrétionnaire de prolonger le délai pour le dépôt d'une déclaration d'usage. L'exigence de raisons considérables et substantielles pour justifier l'octroi d'une prolongation après le délai de trois ans à compter de la date de l'avis d'admission se rattache très bien à l'esprit du législateur qui circonscrivait au paragraphe 40(3) le temps pour déposer une déclaration d'usage. Rien dans la preuve n'appuyait la prétention de la demanderesse selon laquelle le registraire avait refusé même de se pencher sur les justifications avancées. Le registraire a simplement considéré que ce motif ne constituait pas des raisons considérables et substantielles justifiant la prolongation. La demanderesse n'a pas dérogé d'erreur de droit ou de fait qui justifierait l'intervention de la Cour. Les deux nouveaux motifs invoqués par la demanderesse pour justifier son défaut de fournir au registraire une demande d'utilisation de la marque dans les délais prévus

were vague and imprecise and lacked concreteness, considering that the application for registration covered hundreds of wares and services. These new reasons were not sufficient to justify granting some time to allow the plaintiff to file one or more declarations of use for the balance of the services and wares listed in its application for registration. The Registrar properly exercised his discretion not to extend the time.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 16(3), 40(1) (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 231), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), (4), (5) (as am. *idem*), 47, 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2nd) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Danjaq Inc. v. Zervas et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295; 135 F.T.R. 136 (F.C.T.D.).

CONSIDERED:

Maple Lodge Farms Ltd. v. R., [1981] 1 F.C. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); *Centennial Packers Ltd. v. Can. Packers Inc.* (1987), 13 C.I.P.R. 310; 15 C.P.R. (3d) 103; 13 F.T.R. 241 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Star-Kist Foods Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks) (1988), 18 C.I.P.R. 237; 20 C.P.R. (3d) 53 (F.C.A.).

APPEAL from a decision of the Registrar of Trade-marks denying the plaintiff, under subsection 47(1) of the *Trade-marks Act*, an extension of time in which to file a declaration of commencement of use of its trademark "Oasis". Appeal dismissed.

par la Loi n'étaient pas suffisants pour avoir un effet sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire. Les prétendus «nouveaux» motifs invoqués par M. Gattuso dans son affidavit en réalité n'en étaient pas: ils étaient vagues et imprécis et manquaient de concret considérant que la demande d'enregistrement couvrait des centaines de marchandises et services. Ces nouveaux motifs n'étaient pas suffisants pour justifier l'octroi d'un délai pour permettre le dépôt par la demanderesse d'une ou des déclarations d'usage pour les autres services et marchandises énumérés dans sa demande d'enregistrement. Le registraire a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas prolonger le délai.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 16(3), 40(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 231), (2) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 210), (3) (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 231), (4), (5) (mod., *idem*), 47, 56.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Brasseries Molson c. John Labatt Ltée, [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2nd) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Danjaq Inc. c. Zervas et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295; 135 F.T.R. 136 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Maple Lodge Farms Ltd. c. R., [1981] 1 C.F. 500; (1980), 114 D.L.R. (3d) 634; 42 N.R. 312 (C.A.); *Centennial Packers Ltd. c. Can. Packers Inc.* (1987), 13 C.I.P.R. 310; 15 C.P.R. (3d) 103; 13 F.T.R. 241 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISION CITÉE:

Star-Kist Foods Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce) (1988), 18 C.I.P.R. 237; 20 C.P.R. (3d) 53 (C.A.F.).

APPEL de la décision du registraire des marques de commerce qui a refusé à la demanderesse, sous l'autorité du paragraphe 47(1) de la *Loi sur les marques de commerce*, une prolongation de délai afin qu'elle puisse déposer une déclaration de commencement d'utilisation de sa marque de commerce «Oasis». Appel rejeté.

APPEARANCES:

Bruno Barrette and Pascal Lauzon for plaintiff.

Mariève Sirois-Vaillancourt for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Brouillette Charpentier Fortin, Montréal, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following is the English version of the reasons for order rendered by

LEMIEUX J.:

A. INTRODUCTION

[1] By way of an appeal pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] (the Act), A. Lassonde Inc. (Lassonde) is seeking to overturn the decision made by the Registrar of Trade-marks (Registrar), dated August 2, 2000, denying it, under subsection 47(1) of the Act, an extension of time in which to file a declaration of commencement of use of its "Oasis" trade-mark for some of the wares and services covered in its application for registration No. 511,133, for which the Registrar had issued a notice of allowance on January 31, 1997.

B. BACKGROUND

[2] Lassonde's appeal occurs in the following context.

[3] An application for registration (the application) was filed with the Registrar by Lassonde on October 20, 1983, for the trade-mark "Oasis", which it proposed to use in the future in association with hundreds of wares and services identified in its application. This application for registration was assigned application number 511,133.

[4] On January 31, 1997, following an internal review of the application, approval by the Registrar for purposes of publication of the application, the publication of this application, objection proceedings by third parties and

ONT COMPARU:

Bruno Barrette et Pascal Lauzon pour la demanderesse.

Mariève Sirois-Vaillancourt pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Brouillette Charpentier Fortin, Montréal, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE LEMIEUX:

A. INTRODUCTION

[1] Par moyen d'appel, en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985), ch. T-13] (la Loi) A. Lassonde Inc. (Lassonde) veut infirmer la décision rendue par le registraire des marques de commerce (registraire) le 2 août 2000, qui lui refusait, sous l'autorité du paragraphe 47(1) de la Loi, une demande de prolongation de délai afin qu'elle puisse déposer une déclaration de commencement d'utilisation de sa marque de commerce «Oasis» pour certaines des marchandises et des services visés par sa demande d'enregistrement n° 511,133 pour laquelle le registraire avait émis un avis d'admission le 31 janvier 1997.

B. LA TOILE DE FOND

[2] L'appel logé par Lassonde se situe dans le contexte suivant.

[3] Une demande d'enregistrement (la demande) fut déposée par Lassonde auprès du registraire le 20 octobre 1983 pour la marque de commerce «Oasis» qu'elle propose d'utiliser dans l'avenir en association avec des centaines de marchandises et de services identifiés dans sa demande. Cette demande d'enregistrement se voit attribuer le numéro de demande 511,133.

[4] Suite à un examen interne de la demande, l'approbation par le registraire pour fins de publication de la demande, la publication de cette demande, des procédures d'opposition par de tiers parties et règlement ou

settlement or withdrawal of these objections, the Registrar issued a notice of allowance to Lassonde allowing it to proceed to registration of the trade-mark "Oasis" in association with the many wares and services specified in its application but, as the Registrar mentioned in the notice of allowance, provided the following requirement was met:

Pursuant to subsection 40(2) of the Trade-marks Act, a DECLARATION of use of the Trade-mark in Canada in association with the wares and/or services specified in the application must be filed on or before July 31, 1997 failing which the application shall be deemed abandoned pursuant to subsection 40(3) of the Act. [Emphasis added.]

[5] Lassonde was unable to file a declaration of use within the time prescribed by subsection 40(2) [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 231] of the Act and was obliged to ask the Registrar for an extension of time, which it did through its agents by a letter dated July 28, 1997, the essential part of which reads:

[TRANSLATION] The applicant respectfully requests an additional period of six months in order to be able to provide you with the required declaration of use, i.e. to **January 31, 1998**. [Defendant's Record, at p. 40.]

[6] On August 27, 1997, the Registrar granted the requested extension, in the following words:

In accordance with your request, you are hereby granted an extension of time until January 31, 1998, in which to comply with section 40(2) of the *Trade-marks Act*.

It is noted that if the declaration of use is not filed within the prescribed date, this application will be abandoned in compliance with section 40(3) of the Trade-marks Act. [Defendant's Record, page 41.] [Emphasis added.]

[7] On December 23, 1997, Lassonde filed a declaration of use but only for a small portion of the wares and services covered by the application. Furthermore, it advised the Registrar to [TRANSLATION] "note that the applicant still intends to use the mark in association with the rest of the wares and services. A declaration of use will be filed at an appropriate time." (Defendant's Record, page 28.)

retrait de ces oppositions, le 31 janvier 1997, le registraire émet à Lassonde un avis d'admission qui lui permet de procéder à l'enregistrement de la marque de commerce «Oasis» en association avec les multiples marchandises et services spécifiés dans sa demande mais, comme le registraire le mentionnait dans l'avis d'admission, à condition de satisfaire l'exigence suivante:

En conformité du paragraphe 40(2) de la Loi sur les marques de commerce, une DÉCLARATION indiquant que le requérant a commencé à utiliser la marque de commerce au Canada en liaison avec les marchandises et/ou les services mentionnés dans la demande doit être fournie le ou avant le 31 juillet 1997 à défaut de quoi la demande sera réputée abandonnée en vertu du paragraphe 40(3) de la Loi. [Je souligne.]

[5] Lassonde n'est pas en mesure de déposer une déclaration d'usage à l'intérieur du délai prescrit par le paragraphe 40(2) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 210] de la Loi et se voit obligée de demander au registraire une prolongation de délai ce qu'elle fait par l'intermédiaire de ses agents par lettre du 28 juillet 1997 dont l'essentiel se lit:

La requérante demande respectueusement un délai additionnel de six mois pour être en mesure de vous fournir la déclaration d'usage requise, soit jusqu'au **31 janvier 1998**. [Dossier du défendeur, à la p. 40.]

[6] Le 27 août 1997, le registraire accorde cette prolongation demandée comme suit:

Conformément à votre demande, une prolongation de délai vous est accordée, et ce, jusqu'au 31 janvier 1998 pour vous permettre de satisfaire aux exigences de l'article 40(2) de la *Loi sur les marques de commerce*.

De plus, veuillez noter que si la déclaration d'emploi n'est pas produite avant la date prescrite, cette demande sera abandonnée conformément à l'article 40(3) de la Loi sur les marques de commerce. [Dossier du défendeur, page 41] [Je souligne.]

[7] Le 23 décembre 1997, Lassonde dépose une déclaration d'usage mais seulement pour une petite partie des marchandises et des services couverts par la demande. De plus, elle avise le registraire de «noter que la requérante a toujours l'intention d'utiliser la marque en liaison avec le reste des marchandises et services. Une déclaration d'usage sera déposée en temps opportun». (Dossier du défendeur, page 28.)

[8] On January 29, 1998, Lassonde was again obliged to request an additional extension of six months, telling the Registrar that it [TRANSLATION] “still intends to use the mark in association with the rest of the wares and services” (Defendant’s Record, page 42). On February 6, 1998, the Registrar granted an extension of time to July 31, 1998, in the same terms as those of August 27, 1997, but with the addition of a fourth paragraph which reads as follows:

You are reminded that under the conditions of Section 47(1) of the *Trade-marks Act*, the Registrar must be satisfied that the circumstances justify granting an extension of time fixed by this Act. [Plaintiff’s Record, page 76.] [Emphasis added.]

[9] The Registrar demanded that the declaration of use filed by Lassonde on December 23, 1997, be amended, and this was done on March 19, 1998. On July 10, 1998, the Registrar notified Lassonde that the amended declaration of use [TRANSLATION] “is now acceptable” and that this declaration [TRANSLATION] “is therefore a partial declaration” and advised it to [TRANSLATION] “take notice that if an application for an additional extension of time is not forwarded to our Office by July 31, 1998, the application will proceed to registration in association with the wares listed above”. (Plaintiff’s Record, page 67.)

[10] On July 13, 1998, Lassonde filed a new request for an additional six months, i.e. until January 31, 1999, in order to be able to provide the Registrar with the required declaration of use. Lassonde justified its request by telling the Registrar [TRANSLATION] “in fact, the applicant should soon be signing some commercial agreements needed for the use of the mark and still intends to use the mark in association with the other wares included in the application” (emphasis added) (Plaintiff’s Record, page 66). On August 11, 1998, Lassonde was granted the extension by the Registrar on the same conditions as those stated by the Registrar in his letter of February 6, 1998, with the exception that the final paragraph was in boldface type (Plaintiff’s Record, page 65), i.e. the reminder that under subsection 47(1) of the Act, the Registrar must be satisfied that the circumstances justify an extension.

[11] Notwithstanding the fact that on July 10, 1998, the Registrar had accepted the partial declaration of use

[8] Le 29 janvier 1998, Lassonde se voit de nouveau obligée de demander une prolongation additionnelle de six mois indiquant au registraire qu’elle «a toujours l’intention d’utiliser la marque en liaison avec le reste des marchandises et services» (dossier du défendeur, page 42). Le 6 février 1998, le registraire accorde une prolongation de délai jusqu’au 31 juillet 1998, dans les mêmes termes que ceux du 27 août 1997, mais avec l’ajout d’un quatrième paragraphe se lisant comme suit:

Nous vous rappelons qu’en vertu de l’article 47(1) de la loi, le registraire doit être convaincu que les circonstances justifient l’octroi d’une prolongation du délai fixé par la présente loi. [Dossier de la demanderesse, page 76.] [Je souligne.]

[9] Le registraire exige que la déclaration d’usage déposée par Lassonde le 23 décembre 1997 soit modifiée ce qui fut fait le 19 mars 1998. Le 10 juillet 1998, le registraire avise Lassonde que la déclaration d’usage modifiée «est maintenant acceptable» lui indiquant que cette déclaration «est donc une déclaration partielle» et l’avisant de «prendre note que si une demande de prolongation de délai additionnelle n’est pas acheminée à notre Bureau d’ici le 31 juillet 1998, la demande procédera à l’enregistrement en liaison avec les marchandises énumérées ci-dessus». (Dossier de la demanderesse, page 67.)

[10] Le 13 juillet 1998, Lassonde dépose une nouvelle demande de délai additionnel de six mois, c’est-à-dire jusqu’au 31 janvier 1999, pour être en mesure de fournir au registraire la déclaration d’usage requise. Lassonde motive sa demande en disant au registraire «en effet, la requérante devrait conclure sous peu des ententes commerciales nécessaires à l’exploitation de la marque et a toujours l’intention d’utiliser la marque en relation avec les autres marchandises comprises à la demande» (je souligne) (dossier de la demanderesse, page 66). Lassonde se voit accorder par le registraire le 11 août 1998 la prolongation aux mêmes conditions que celles formulées par le registraire dans sa lettre du 6 février 1998 à l’exception que le dernier paragraphe est en caractère gras (dossier de la demanderesse, page 65) c’est-à-dire le rappel qu’en vertu de l’article 47(1) de la Loi, il doit être convaincu que les circonstances justifient une prolongation.

[11] Nonobstant le fait d’avoir le 10 juillet 1998 accepté la déclaration d’usage partielle déposée par

filed by Lassonde, he refused to issue it a certificate of registration for the wares covered by this partial declaration of use, citing a notice dated August 7, 1991.

[12] Lassonde reacted to this refusal of the Registrar in a letter to the Registrar dated November 19, 1998 (Plaintiff's Record, page 62), in which it submitted that the notice of August 7, 1991 could not justify his refusal since [TRANSLATION] "this notice does not state anywhere that a certificate of registration cannot be issued for a portion of the wares following the filing of a declaration of partial use, and that a second can be issued following the filing of a second declaration of use for the balance of the wares" (emphasis added). Lassonde argues that this notice of August 7, 1991 [TRANSLATION] "only states that if the wares indicated in the declaration of use are not all the wares indicated in the application, the certificate of registration will include only those wares indicated in the declaration of use", adding [TRANSLATION] "moreover, nothing in the Act prevents such a procedure. On the contrary, subsection 40(2) allows this procedure. Furthermore, this procedure is consistent with the one on a request for extension of the statement of the wares."

[13] Lassonde demanded that the Registrar issue it a certificate of registration for the declarations of use it had filed (those of July 10, 1998 and November 12, 1998, attached to the letter of its agents dated November 19, 1998).

[14] After an exchange of letters, the Registrar, on May 13, 1999, granted an extension until July 31, 1999, warning Lassonde to [TRANSLATION] "note that if no reply is filed within the prescribed times, this application will proceed to registration in association with the partial declaration of June 9, 1998. If applicable, when the mark is registered, you may file a request to extend the statement of the wares/services and costs of \$300 will then be required." (Registrar's emphasis) (Plaintiff's Record, page 57).

[15] In the same letter, the Registrar justified his refusal to issue a certificate of registration in association with the partial declarations of use, saying [TRANSLA-

Lassonde, le registraire, s'appuyant sur un avis du 7 août 1991, refuse de lui émettre un certificat d'enregistrement pour les marchandises visées par cette déclaration d'usage partielle.

[12] Lassonde réagit à ce refus du registraire par lettre à ce dernier en date du 19 novembre 1998 (dossier de la demanderesse, page 62) dans laquelle elle soumet à celui-ci que l'avis du 7 août 1991 ne peut justifier son refus puisque «[C]et avis ne mentionne aucunement qu'un certificat d'enregistrement ne peut être émis pour une partie des marchandises suite au dépôt d'une déclaration d'usage partiel, et qu'un deuxième puisse être émis suite au dépôt d'une deuxième déclaration d'usage pour la balance des marchandises» (je souligne). Lassonde prétend que cet avis du 7 août 1991 «ne fait que mentionner que si les marchandises indiquées à la déclaration d'usage ne sont pas toutes celles qui sont indiquées dans la demande, alors le certificat d'enregistrement ne comprendra que ces marchandises indiquées à la déclaration d'usage» ajoutant «d'ailleurs, rien dans la loi n'empêche une telle procédure. Au contraire, le paragraphe 40(2) permet cette procédure. De plus, cette procédure s'accorde avec celle d'une demande d'extension de l'état déclaratif des marchandises».

[13] Lassonde exige du registraire qu'il émette un certificat d'enregistrement pour les déclarations d'usage déposées, (celle du 10 juillet 1998 et celle du 12 novembre 1998 jointe à la lettre de ses agents du 19 novembre 1998).

[14] Après un échange de lettres, le registraire, le 13 mai 1999, accorde une prolongation et ce jusqu'au 31 juillet 1999, avertissant Lassonde de «noter que si aucune réponse n'est produite dans les délais prescrits, cette demande procédera à l'enregistrement en liaison avec la déclaration partielle du 9 juin 1998. Le cas échéant, lorsque la marque sera enregistrée, il vous sera possible de produire une demande pour étendre l'état déclaratif des marchandises/services et des frais de 300\$ seront alors requis» (le registraire souligne) (dossier de la demanderesse, page 57).

[15] Dans cette même lettre le registraire justifie son refus d'émettre un certificat d'enregistrement en liaison avec les déclarations d'usage partielles notant «nous

TION] “we remind you that section 40(2) of the Act clearly states that the Registrar registers a trade-mark and issues a certificate of its registration on receipt of a declaration” and that “if an extension of time is granted, the mark remains pending. It is therefore not registered.”

[16] A further extension, until January 31, 2000, was granted by the Registrar on August 13, 1999, pursuant to a request dated July 29, 1999 by Lassonde, which justified this extension again on the ground that it [TRANSLATION] “should soon be signing some commercial agreements needed for the use of the mark and still intends to use the mark in association with the other wares included in the application” (Plaintiff’s Record, page 56).

[17] On February 25, 2000, Lassonde was met with a refusal by the Registrar to extend the time in which to file a declaration of use, pursuant to a request by Lassonde dated January 28, 2000, in which it justified the need for an extension on the same grounds it had expressed in its application of July 29, 1999, i.e. [TRANSLATION] “to enable the applicant to sign the commercial agreements in relation to the use of the trade-mark in association with the other wares included in its application”. Here is what the Registrar stated:

[TRANSLATION]

We acknowledge receipt of your correspondence of January 28, 2000.

The reasons set out in your letter are not considered sufficient to justify a further extension of time.

You are hereby notified, therefore, that if the requirements set out in the notice of allowance issued January 31, 1997, have not been fulfilled by April 25, 2000, the application will proceed to registration in association with the other claims.

Please take notice that no further extension of time will be granted unless considerable and substantial reasons are submitted that clearly justify the granting of an additional extension of time. [Defendant’s Record, page 54.]

[18] By a letter dated April 25, 2000, Lassonde raised with the Registrar the issue of the extension of time for

vous rappelons que l’article 40(2) de la Loi indique clairement que le registraire enregistre une marque de commerce et délivre un certificat de son enregistrement après avoir reçu une déclaration» et que «si une prolongation de délai est octroyée, la marque reste en instance. Elle n’est donc pas enregistrée».

[16] Une autre prolongation, et ce jusqu’au 31 janvier 2000, est accordée par le registraire le 13 août 1999, suite à la demande du 29 juillet 1999 de Lassonde qui justifiait cette prolongation encore au motif qu’elle «devrait conclure sous peu des ententes commerciales nécessaires à l’exploitation de la marque et a toujours l’intention d’utiliser la marque en relation avec les autres marchandises comprises à la demande» (dossier de la demanderesse, page 56).

[17] C’est le 25 février 2000 que Lassonde essuie le refus du registraire de prolonger le délai pour qu’elle puisse déposer une déclaration d’usage suite à la demande de Lassonde du 28 janvier 2000 dans laquelle elle justifiait la nécessité d’une prolongation aux mêmes motifs qu’elle exprimait dans sa demande du 29 juillet 1999, c’est-à-dire, «afin de permettre à la requérante de conclure les ententes commerciales relatives à l’exploitation de la marque de commerce en liaison avec les autres marchandises comprises dans sa demande». Voici comment le registraire s’exprime:

Nous accusons réception de votre correspondance du 28 janvier 2000.

Les raisons exposées dans votre lettre ne sont pas jugées suffisantes pour justifier toute autre prorogation de délai.

Vous êtes donc avisé par la présente que si les exigences exposées dans la notification d’acceptation émise le 31 janvier 1997 n’ont pas été remplies avant le 25 avril 2000, la demande procédera à l’enregistrement en liaison avec les autres revendications.

Veillez prendre note qu’aucune autre prorogation de délai ne sera accordée à moins que des raisons considérables et substantielles ne soient soumises, lesquelles justifient clairement l’octroi d’une prorogation de délai additionnelle. [Dossier du défendeur, page 54.]

[18] Par lettre du 25 avril 2000, Lassonde aborde avec le registraire la question de la prolongation de délai pour

the rest of the wares and services covered by the 1983 application. Lassonde's trade-mark agents submitted [TRANSLATION] "that the applicant is entitled to obtain one or more additional six-month extension(s) of time". They referred to the notice of August 7, 1991 which, they said, "does not state anywhere that a certificate of registration cannot be issued for a portion of the wares following the filing of a declaration of partial use, and that a second can be issued following the filing of a second declaration of use for the balance of the wares following a partial extension of time". The arguments advanced by Lassonde's agents were similar to those expressed by them in their letter of November 19, 1998.

[19] The last two paragraphs of their letter of April 25, 2000, read as follows:

[TRANSLATION] In view of the reasons expressed in your recent correspondence, we request a final decision by the Registrar of Trade-marks concerning the issuance of a registration for a portion of the wares pursuant to the filing of a partial declaration of use and the grant of the requested extension(s) of time concerning the filing of subsequent declarations of use for the purposes of issuing a second trade-mark registration, in order to appeal this decision to the Trial Division of the Federal Court of Canada.

The extensions of time requested by the applicant are justified by the fact that it has not yet managed to find suppliers and distributors for all the wares and services covered by this application, but the applicant maintains its intention to use the trade-mark either itself or through licensees. [Emphasis added.]

C. THE DECISION

[20] The decision of the Registrar that Lassonde is challenging is dated August 2, 2000, and was made against the background described above.

[21] On August 2, 2000, the Registrar acknowledged receipt of the letter of April 25, 2000, sent by Lassonde's agents, stating that we [TRANSLATION] "have noted your observations". The balance of this letter reads as follows:

[TRANSLATION] Following a detailed review of your file, we note that the application was filed on October 20, 1983. The application has been pending for seventeen years.

le reste des marchandises et services couverts par la demande de 1983. Les agents de marque de commerce pour Lassonde soumettent «que la requérante est en droit d'obtenir une ou plusieurs prolongation(s) de délai additionnelle(s) de six mois». Ils se réfèrent à l'avis du 7 août 1991 qui, selon eux, «ne mentionne aucunement qu'un enregistrement ne peut être émis pour une partie des marchandises suite au dépôt d'une déclaration d'usage partiel, et qu'un deuxième puisse être émis suite au dépôt d'une deuxième déclaration d'usage pour la balance des marchandises suite à une prolongation de délai partielle». Les arguments avancés par les agents de Lassonde sont semblables à ceux exprimés par eux dans leur lettre du 19 novembre 1998.

[19] Les deux derniers paragraphes de leur lettre du 25 avril 2000 se lisent comme suit:

Compte tenu des motifs exprimés dans vos dernières correspondances, nous requérons une décision finale du Registraire des marques de commerce concernant la délivrance d'un enregistrement pour une partie des marchandises suite au dépôt d'une déclaration d'usage partielle et l'octroi de la(des) prolongation(s) de délai demandée(s) concernant la production de déclarations d'usage subséquentes aux fins de la délivrance d'un deuxième enregistrement de marque de commerce, afin de porter cette décision en appel devant la Division de la première instance de la Cour fédérale du Canada.

Les prolongations de délai demandées par la requérante sont justifiées par le fait que celle-ci n'a pas encore réussi à trouver des fournisseurs et des distributeurs pour l'ensemble des marchandises et services visés par la présente demande, mais la requérante maintient son intention d'utiliser la marque de commerce soit elle-même ou par le biais de licenciés. [Je souligne.]

C. LA DÉCISION

[20] La décision du registraire que Lassonde conteste est en date du 2 août 2000 et a été prise dans le contexte de la toile de fond décrite ci-haut.

[21] Le 2 août 2000, le registraire accuse réception de la lettre du 25 avril 2000 envoyée par les agents de Lassonde indiquant que nous «avons pris note de vos observations». La balance de cette lettre se lit comme suit:

Suite à une révision détaillée de votre dossier, nous constatons que la demande a été déposée le 20 octobre 1983. La demande est en instance depuis dix-sept ans.

Please note that no further extension of time will be granted, for “the fact that the applicant has not yet managed to find suppliers and distributors for all the wares and services covered by this application” is not considered by the Registrar of Trade-marks to be significant and substantial reason to justify granting an additional extension of time.

As requested in your letter of April 25, 2000, please find attached hereto the certificate of registration issued for the wares indicated in the declarations of June 9, 1998 and April 25, 2000. [Defendant’s Record, page 55.] [Emphasis added.]

D. ADDITIONAL EVIDENCE IN THIS COURT

[22] Subsection 56(5) of the Act allows additional evidence in this Court. Two affidavits were filed by Lassonde: that of Jean Gattuso, now Lassonde’s chief executive officer, and that of Micheline Tellier, an employee of Lassonde’s solicitors and trade-mark agents.

[23] Mr. Gattuso deposes that Lassonde has for many years been making extended use of its trade-mark “Oasis” either by itself or through various licensees in various areas, and he gives some illustrations of this. He says the “Oasis” mark has been used in association with some restaurant services, the operations of a beverage room and a restaurant, some operating services of a natural foods and distilled water distribution store, health and beauty care services, some operating services of an aesthetics and health and beauty care establishment and natural foods store, and with some valves for the operation and adjustment of a system of underground irrigation and pressure regulators for underwater diving.

[24] Mr. Gattuso deposes that Lassonde is a business that depends a lot on its “Oasis” trade-mark [TRANSLATION] “which constitutes one of its major assets. As illustrated earlier in paragraph 4 of my affidavit, Lassonde has experience in establishing licences for its trade-mark in various fields. And Lassonde is serious in its intention to use the “Oasis” trade-mark with the wares and services hereinafter listed and its attempts to find suppliers, distributors and/or licensees for the marketing in particular of promotional items to be sold in the

Veillez noter qu’aucune autre prorogation de délai ne sera accordée car «le fait que la requérante n’a pas encore réussi à trouver des fournisseurs et des distributeurs pour l’ensemble des marchandises et services visés par la présente demande» n’est pas considéré par le Registraire des marques de commerce comme étant des raisons considérables et substantielles pour justifier l’octroi d’une prorogation de délai additionnelle.

Tel que requis dans votre lettre du 25 avril 2000, veuillez trouver ci-joint le certificat d’enregistrement émis pour les marchandises indiquées dans les déclarations du 9 juin 1998 et du 25 avril 2000. [Dossier du défendeur, page 55.] [Je souligne.]

D. LA PREUVE ADDITIONNELLE DEVANT CETTE COUR

[22] Le paragraphe 56(5) de la Loi permet une preuve additionnelle devant cette Cour. Deux affidavits furent déposés par Lassonde: celui de Jean Gattuso, présentement président et directeur général chez Lassonde et celui de Micheline Tellier à l’emploi des avocats et agents de marques de commerce de Lassonde.

[23] M. Gattuso dépose que Lassonde, depuis plusieurs années, fait un usage étendu de sa marque de commerce «Oasis» soit par elle-même ou par le billet de divers licenciés dans divers domaines et il en donne des illustrations. Il indique que la marque «Oasis» a été utilisée en association avec des services de restauration, les opérations d’un débit de boisson et d’un établissement de restauration, des services d’opération d’un magasin d’alimentation naturelle et de distribution d’eau distillée, les services de soins de santé et de beauté, des services d’opération d’un établissement d’esthétique et de soins de santé et de beauté et de commerce d’alimentation naturelle et aussi avec des valves pour l’opération et l’ajustement d’un système d’irrigation souterraine et des régulateurs de pression pour la plongée sous-marine.

[24] M. Gattuso dépose que Lassonde est une entreprise qui mise beaucoup sur sa marque de commerce «Oasis» «laquelle constitue un de ses actifs importants. Tel qu’illustré plus avant au paragraphe 4 de mon affidavit, Lassonde possède une expérience au niveau de la mise en place de licences de sa marque de commerce dans différents domaines. Aussi, Lassonde est-elle sérieuse dans son intention d’utiliser la marque de commerce «Oasis» avec les marchandises et services ci-après énumérés et ses démarches afin de trouver des

normal course of business and/or of the following wares and services covered by revised registration application No. 511,133 dated August 26, 1997". And at that point his affidavit lists again the several hundred products and services listed in the application filed in 1983.

[25] Paragraphs 6 and 7 of his affidavit read as follows:

[TRANSLATION]

6. The delays encountered by Lassonde in relation to the marketing of the wares and services referred to earlier are occasioned in particular by the consolidation and establishment of a licensing department within Lassonde;
7. Likewise, Lassonde must continue and order studies on the marketing of some of the wares and some of the services referred to earlier, which may not be profitable in view of the costs and standards prevailing in Canada;

[26] In her affidavit, Micheline Tellier produces the application for registration dated October 20, 1983, for the trade-mark "Oasis" bearing the application number 511,133, a copy of the revised allowance for registration dated August 26, 1997, a copy of the notice of allowance and a certified copy of the review file pertaining to the registration application for the period between July 18, 1997 and August 2, 2000. She lists a number of Canadian registrations that Lassonde holds in regard to the "Oasis" trade-mark.

E. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS AND NOTICES

[27] Sections 40 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 231], 47 and 56 of the Act provide:

40. (1) When an application for registration of a trade-mark, other than a proposed trade-mark, is allowed, the Registrar shall register the trade-mark and issue a certificate of its registration.

(2) When an application for registration of a proposed trade-mark is allowed, the Registrar shall give notice to the applicant accordingly and shall register the trade-mark and

fournisseurs, distributeurs et/ou licenciés pour la commercialisation notamment soit d'items promotionnels à être vendus dans le cours normal du commerce et/ou des marchandises et services suivants visés par la demande d'enregistrement révisée datée du 26 août 1997 portant le n° 511,133». Et là, son affidavit énumère encore les plusieurs centaines de produits et services énumérés dans sa demande déposée en 1983.

[25] Les paragraphes 6 et 7 de son affidavit se lisent comme suit:

6. Les délais encourus par Lassonde relativement à la commercialisation des marchandises et services mentionnés plus avant sont occasionnés notamment par la consolidation et la mise en place d'un département de licensing au sein de Lassonde;
7. Également, Lassonde doit poursuivre et commander des études relativement à la commercialisation de certaines des marchandises et certains des services mentionnés plus avant, qui peuvent ne pas être rentables selon les coûts et normes prévalant au Canada;

[26] Dans son affidavit, Micheline Tellier produit la demande d'enregistrement en date du 20 octobre 1983 pour la marque de commerce «Oasis» portant le numéro de demande 511,133, la copie de la demande d'enregistrement révisée datée du 26 août 1997, la copie de l'avis d'admission et une copie certifiée du dossier d'examen relatif à la demande d'enregistrement pour la période comprise entre le 18 juillet 1997 et le 2 août 2000. Elle énumère plusieurs enregistrements canadiens dont Lassonde est titulaire en regard de la marque de commerce «Oasis».

E. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET AVIS PERTINENTS

[27] Les articles 40 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 231; 1999, ch. 31, art. 210], 47 et 56 de la Loi se lisent:

40. (1) Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce, autre qu'une marque de commerce projetée, est admise, le registraire inscrit la marque de commerce et délivre un certificat de son enregistrement.

(2) Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est admise, le registraire en donne avis au requérant. Il enregistre la marque de commerce et délivre un

issue a certificate of registration on receipt of a declaration that the use of the trade-mark in Canada, in association with the wares or services specified in the application, has been commenced by

- (a) the applicant;
- (b) the applicant's successor in title; or
- (c) an entity that is licensed by or with the authority of the applicant to use the trade-mark, if the applicant has direct or indirect control of the character or quality of the wares or services.

(3) An application for registration of a proposed trade-mark shall be deemed to be abandoned if the Registrar has not received the declaration referred to in subsection (2) before the later of

(a) six months after the notice by the Registrar referred to in subsection (2), and

(b) three years after the date of filing of the application in Canada.

(4) Registration of a trade-mark shall be made in the name of the applicant therefor or his transferee, and the day on which registration is made shall be entered on the register, and the registration takes effect on that day.

(5) For the purposes of subsection (3), section 34 does not apply in determining when an application for registration is filed.

...

47. (1) If, in any case, the Registrar is satisfied that the circumstances justify an extension of the time fixed by this Act or prescribed by the regulations for the doing of any act, he may, except as in this Act otherwise provided, extend the time after such notice to other persons and on such terms as he may direct.

(2) An extension applied for after the expiration of the time fixed for the doing of an act or the time extended by the Registrar under subsection (1) shall not be granted unless the prescribed fee is paid and the Registrar is satisfied that the failure to do the act or apply for the extension within that time or the extended time was not reasonably avoidable.

...

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched

certificat de son enregistrement après avoir reçu une déclaration portant que le requérant, son successeur en titre ou l'entité à qui est octroyée, par le requérant ou avec son autorisation, une licence d'emploi de la marque aux termes de laquelle il contrôle directement ou indirectement les caractéristiques ou la qualité des marchandises et services a commencé à employer la marque de commerce au Canada, en liaison avec les marchandises ou services spécifiés dans la demande.

(3) La demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est réputée abandonnée si la déclaration mentionnée au paragraphe (2) n'est pas reçue par le registraire dans les six mois qui suivent l'avis donné aux termes du paragraphe (2) ou, si la date en est postérieure, à l'expiration des trois ans qui suivent la production de la demande au Canada.

(4) L'enregistrement d'une marque de commerce est opéré au nom de l'auteur de la demande ou de son cessionnaire. Il est fait mention, sur le registre, du jour de l'enregistrement, lequel prend effet le même jour.

(5) Il n'est pas tenu compte de l'article 34 pour l'application du paragraphe (3).

[...]

47. (1) Si, dans un cas donné, le registraire est convaincu que les circonstances justifient une prolongation du délai fixé par la présente loi ou prescrit par les règlements pour l'accomplissement d'un acte, il peut, sauf disposition contraire de la présente loi, prolonger le délai après l'avis aux autres personnes et selon les termes qu'il lui est loisible d'ordonner.

(2) Une prorogation demandée après l'expiration de pareil délai ou du délai prolongé par le registraire en vertu du paragraphe (1) ne peut être accordée que si le droit prescrit est acquitté et si le registraire est convaincu que l'omission d'accomplir l'acte ou de demander la prorogation dans ce délai ou au cours de cette prorogation n'était pas raisonnablement évitable.

[...]

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire

by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

(2) An appeal under subsection (1) shall be made by way of notice of appeal filed with the Registrar and in the Federal Court.

(3) The appellant shall, within the time limited or allowed by subsection (1), send a copy of the notice by registered mail to the registered owner of any trade-mark that has been referred to by the Registrar in the decision complained of and to every other person who was entitled to notice of the decision.

(4) The Federal Court may direct that public notice of the hearing of an appeal under subsection (1) and of the matters at issue therein be given in such manner as it deems proper.

(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar. [Underlining added.]

[28] The notice of August 7, 1991, reads:

NOTICE

When the statement of wares or services stipulated in a declaration filed pursuant to Section 40(2) is confined to part of the wares or services identified in the allowed application, the certificate of registration will automatically be confined to the wares or services identified in the declaration, as far as the proposed use is concerned. [Emphasis added.]

[29] The notice of February 4, 1998, reads:

[TRANSLATION] Section 40(3) of the Trade-marks Act provides that an application for registration of a proposed trade-mark shall be deemed to be abandoned if a Declaration of Use is not received by the office before the later of six months from the date of the notice of Allowance or three years from the date of filing the application in Canada.

The office currently grants extensions of time of six months upon expiration of the time limit to file a Declaration of Use if the request is justified and the prescribed \$50.00 fee is received by the office.

Effective immediately, upon the expiration of three years from the initial deadline to file a Declaration of Use provided in the Notice of Allowance, the office will require significant substantive reasons which clearly justify a further extension of

a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.

(2) L'appel est interjeté au moyen d'un avis d'appel produit au bureau du registraire et à la Cour fédérale.

(3) L'appelant envoie, dans le délai établi ou accordé par le paragraphe (1), par courrier recommandé, une copie de l'avis au propriétaire inscrit de toute marque de commerce que le registraire a mentionnée dans la décision sur laquelle porte la plainte et à toute autre personne qui avait droit à un avis de cette décision.

(4) Le tribunal peut ordonner qu'un avis public de l'audition de l'appel et des matières en litige dans cet appel soit donné de la manière qu'il juge opportune.

(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi. [Je souligne.]

[28] L'avis du 7 août 1991 se lit comme suit:

AVIS

Lorsque le libellé des marchandises ou services spécifiés dans une déclaration produite sous l'article 40(2) est restreint à une partie des marchandises ou services identifiés dans la demande d'enregistrement acceptée, le certificat d'enregistrement sera automatiquement restreint aux marchandises ou services identifiés dans la déclaration, en autant qu'une intention d'emploi soit concernée. [Je souligne.]

[29] L'avis du 4 février 1998 se lit comme suit:

Le paragraphe 40(3) de la Loi sur les marques de commerce indique qu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est réputée avoir été abandonnée si une déclaration relative à l'emploi n'est pas reçue au plus tard dans les 6 mois suivant l'envoi de l'avis d'admission ou dans les 3 ans suivant la date du dépôt de la demande au Canada.

Le Bureau octroie présentement des prolongations de délai de 6 mois lorsque le délai pour déposer la déclaration d'emploi est expiré si la requête est justifiée et que le droit prescrit de 50,00 \$ est acquitté.

À compter d'aujourd'hui, à l'expiration du délai de 3 ans à compter de la date indiquée dans l'avis d'admission pour soumettre une déclaration d'emploi, le Bureau exigera des raisons considérables et substantielles pour justifier l'octroi

time and which set out in detail the reason(s) why it is not yet possible to file a Declaration of Use. The prescribed fee of \$50.00 is required for each request.

Extensions of time of one year will generally be granted upon request when an applicant is awaiting approval for a product from a Government Department.

This new practice will apply to all requests received by the Office after the publication date of this notice. [Emphasis added.]

F. POSITION OF THE PARTIES

(a) Of the plaintiff

[30] Lassonde cites a number of reasons to overturn the Registrar's decision.

(1) It attacks the Registrar's notice dated August 7, 1991, concerning the interpretation of subsection 40(2) of the Act and contends, on the one hand, that under this subsection the Registrar may issue a certificate of registration for a portion of the wares and services following the filing of a partial declaration of use and, on the other hand, that a supplementary certificate of registration may be granted following the filing of a second declaration of use for the balance of the enumerated wares and services following an extension of time granted by the Registrar pursuant to section 47 of the Act.

(2) Lassonde further contends that the Registrar could not justify his decision concerning the notice of August 7, 1991, since in doing so he is legislating although he has no authority to do this, and it cites the principle of *delegatus non potest delegare*.

(3) Lassonde adds that it satisfies the requirements of subsections 40(2) and 40(3) in filing declarations of use, which allows a registration to be issued for a portion of the wares and services enumerated in the application following the filing of these declarations of partial use and that an extension of time may be granted under section 47 of the Act.

(4) The Registrar wrongly exercised his discretion in refusing the requested extension of the time: (a) he considered himself bound by the February 4, 1998, guideline concerning the reasons for granting a further extension of time to allow the filing of a declaration of

d'une autre prolongation de délai ainsi que des détails spécifiques empêchant le dépôt de la déclaration d'emploi. Le droit prescrit de 50,00 \$ doit être acquitté pour chaque demande.

Des prolongations de délai d'un an seront généralement accordées lorsqu'un requérant est en attente d'une approbation gouvernementale pour un produit.

Cette nouvelle pratique s'applique à toutes les demandes de prorogation de délai reçues après la date de publication du présent avis. [Je souligne.]

F. LA POSITION DES PARTIES

a) De la demanderesse

[30] Lassonde invoque plusieurs moyens pour infirmer la décision du registraire.

1) Elle attaque l'avis du registraire en date du 7 août 1991 concernant l'interprétation au paragraphe 40(2) de la Loi et prétend qu'en vertu de ce paragraphe, le registraire peut d'une part émettre un certificat d'enregistrement pour une partie des marchandises et services suite au dépôt d'une déclaration d'usage partielle et, d'autre part, qu'un certificat d'enregistrement supplémentaire puisse être octroyé suite au dépôt d'une deuxième déclaration d'usage pour la balance des marchandises et services énumérés suite à une prolongation de délai accordée par le registraire en vertu de l'article 47 de la Loi.

2) De plus, Lassonde prétend que le registraire ne pouvait justifier sa décision sur l'avis du 7 août 1991 puisque ce faisant, il légifère alors qu'il ne détient aucun pouvoir pour ce faire, invoquant le principe de *delegatus non potest delegare*.

3) Lassonde ajoute qu'elle satisfait les exigences des paragraphes 40(2) et 40(3) en produisant les déclarations d'utilisation, ce qui permet qu'un enregistrement puisse être émis pour une partie des marchandises et services énumérés dans la demande suite au dépôt de ces déclarations d'usage partiel et qu'une prolongation de délai puisse être accordée en vertu de l'article 47 de la Loi.

4) Le registraire a mal exercé sa discrétion en refusant la prolongation du délai demandé: a) il s'est considéré lié par la directive du 4 février 1998 sur les raisons justificatives pour l'octroi d'une autre prolongation de délai afin de permettre le dépôt d'une déclaration

use; (b) he wrongly exercised his discretion in the application of the reasons set out by Lassonde to justify its request for time in which to file a declaration of use; and (c) he based himself on irrelevant considerations in the exercise of his discretion.

(b) Of the defendant

[31] The point of departure in deciding the Lassonde appeal is in subsections 40(2) and 40(3) of the Act. Subsection 40(2) applies to registration of a proposed trade-mark, which is the case in Lassonde's registration application, and this subsection establishes the conditions under which the Registrar shall register such a trade-mark and shall issue a certificate. Subsection 40(3) also applies to a proposed trade-mark and prescribes the circumstances in which an application for registration of a proposed trade-mark is deemed to be abandoned, i.e. six months after the notice of allowance or three years after the date of filing of the application, whichever is most advantageous for the applicant.

[32] The Registrar agrees that under subsection 47(1), he has the power to extend the six-month period provided in subsection 40(2) one or more times. Concerning such a request for extension, the Registrar writes in his memorandum:

[TRANSLATION]

24. . . the administrative policies of the Registrar and the authorities provide that:

During the three years following the expiration of the 6 months of the notice of allowance, the circumstances convincing the Registrar that the extension should be granted must be given. During this period, the reasons cited do not have to be significant and substantive; however, a valid excuse must be provided;

Once the three years following the expiration of the 6 months of the notice of allowance, the reasons provided must be significant and substantial. The conditions for granting an extension are therefore more demanding.

[33] The authority granted by Parliament under subsection 47(1) of the Act is a discretionary authority,

d'usage; b) il a mal exercé sa discrétion dans l'application des motifs exposés par Lassonde afin de justifier sa demande de prolongation pour déposer une déclaration d'usage; et c) il s'est fondé sur des considérations non pertinentes dans l'exercice de sa discrétion.

b) Du défendeur

[31] Le point de départ pour trancher l'appel de Lassonde réside dans les paragraphes 40(2) et 40(3) de la Loi. Le paragraphe 40(2) s'applique à une marque de commerce projetée (*registration of a proposed trade-mark*) ce qui est le cas de la demande d'enregistrement de Lassonde et ce paragraphe établit les conditions sous lesquelles le registraire doit enregistrer une telle marque de commerce et doit émettre un certificat. Le paragraphe 40(3) s'applique aussi à une marque de commerce projetée et prescrit les circonstances où une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée est réputée être abandonnée, c'est-à-dire, soit six mois après l'avis d'admission ou trois ans après le dépôt d'une demande d'enregistrement selon ce qui est le plus avantageux pour le requérant.

[32] Le registraire convient, qu'en vertu du paragraphe 47(1), il a le pouvoir de prolonger le délai de six mois visé au paragraphe 40(2) soit une ou plusieurs fois. Concernant une telle demande de prolongation, le registraire dans son mémoire écrit:

24. [. . .] les politiques administratives du Registraire et la doctrine énoncent ce qui suit:

Pendant la période de trois ans suivant l'expiration de la période de six mois de l'avis d'admission, les circonstances justifiant le Registraire d'accorder la prolongation doivent être fournies. Durant cette période, les raisons invoquées n'ont pas à être significatives et substantielles; toutefois, une excuse valable doit être fournie;

Après que soit terminée la période de trois ans suivant l'expiration de la période de six mois de l'avis d'admission, les raisons soumises doivent être significatives et substantielles. Les conditions d'octroi d'une prolongation sont donc plus exigeantes.

[33] Le pouvoir accordé par le législateur selon le paragraphe 47(1) de la Loi est un pouvoir

his decision is purely administrative and the Court will intervene only in cases where facts have been omitted or there is a *prima facie* error in the case, or if there is some irregularity in the procedure that materially affects the final decision.

[34] As to the new evidence in this Court, the defendant submits that the question is whether this new evidence is sufficient to persuade it that the plaintiff is entitled to the additional extension of time that is requested. According to the defendant, the two reasons cited and the evidence submitted by Lassonde in support are not such as to persuade the Court that the granting of the additional extension of time is justified.

[35] The only evidence of the two reasons, the defendant says, consists of two very general allegations in Mr. Gattuso's affidavit, which is far from sufficient to justify Lassonde's failure to file its declaration of commencement of use within the time provided by the Act.

G. ANALYSIS

(a) Standard of review

[36] In *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, the Federal Court of Appeal laid down the standard of review on an appeal from a decision of the Registrar under section 56 of the Act. Rothstein J.A. states, at paragraph 51 of the reasons for judgment:

I think the approach in *Benson & Hedges* and *McDonald's Corp.* are consistent with the modern approach to standard of review. Even though there is an express appeal provision in the *Trade-marks Act* to the Federal Court, expertise on the part of the Registrar has been recognized as requiring some deference. Having regard to the Registrar's expertise, in the absence of additional evidence adduced in the Trial Division, I am of the opinion that decisions of the Registrar, whether of fact, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*. However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar's findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar's decision. [Emphasis added.]

discrétionnaire, sa décision est purement administrative et la Cour n'interviendra que dans les cas où des faits ont été omis ou lorsqu'il y a une erreur qui ressort à vue du dossier ou qu'il existe une irrégularité dans la procédure qui a une influence sur la décision finale.

[34] Quant à la nouvelle preuve devant cette Cour, le défendeur soumet que la question est de savoir si cette nouvelle preuve est suffisante pour le convaincre que la demanderesse a droit à la prolongation de délai additionnelle demandée. Selon le défendeur, les deux motifs invoqués et la preuve soumise par Lassonde au soutien ne sont pas de nature à convaincre la Cour que l'octroi de la prolongation de délai additionnelle est justifié.

[35] Selon lui, la seule preuve des deux motifs consiste dans deux allégations très générales dans l'affidavit de M. Gattuso, ce qui est loin d'être suffisant pour justifier le défaut de Lassonde de produire sa déclaration de commencement d'utilisation dans le délai prévu par la Loi.

G. ANALYSE

a) La norme de contrôle

[36] La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145, établit la norme de contrôle dans un appel, sous l'article 56 de la Loi, d'une décision du registraire. Le juge Rothstein s'exprime comme suit au paragraphe 51 des motifs de jugement:

Je pense que l'approche suivie dans les affaires *Benson & Hedges* et *McDonald's Corp.* est conforme à la conception moderne de la norme de contrôle. Même s'il y a, dans la *Loi sur les marques de commerce*, une disposition portant spécifiquement sur la possibilité d'un appel à la Cour fédérale, les connaissances spécialisées du registraire sont reconnues comme devant faire l'objet d'une certaine déférence. Compte tenu de l'expertise du registraire, et en l'absence de preuve supplémentaire devant la Section de première instance, je considère que les décisions du registraire qui relèvent de son champ d'expertise, qu'elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu'elles résultent de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, devraient être révisées suivant la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Toutefois, lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les

(b) Principles of statutory construction

[37] The appropriate approach in the interpretation of a statutory provision was laid down by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, in which Iacobucci J., on behalf of the Court, writes at paragraphs 21, 22 and 23:

Although much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) (hereinafter “*Construction of Statutes*”); Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991)), Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

Recent cases which have cited the above passage with approval include: *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 1 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103.

I also rely upon s. 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, which provides that every Act “shall be deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit”.

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the *ESA*, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. I now turn to a discussion of these issues.

(c) Some principles of administrative law

[38] The authority given by Parliament to the Registrar under subsection 47(1) of the Act to grant an

conclusions du registraire ou sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l'exactitude de la décision du registraire. [Je souligne.]

b) Principes d'interprétation des lois

[37] L'approche à suivre dans l'interprétation d'une mesure législative a été établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, où le juge Iacobucci, au nom de la Cour, écrit aux paragraphes 21, 22 et 23:

Bien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre (voir par ex. Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) (ci-après *Construction of Statutes*); Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990)), Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Parmi les arrêts récents qui ont cité le passage ci-dessus en l'approuvant, mentionnons: *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 1 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

Je m'appuie également sur l'art. 10 de la Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, ch. 219, qui prévoit que les lois «sont réputées apporter une solution de droit» et doivent «s'interpréter de la manière la plus équitable et la plus large qui soit pour garantir la réalisation de leur objet selon leurs sens, intention et esprit véritables».

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la LNE, à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement. Je passe maintenant à l'analyse de ces questions.

c) Quelques principes en droit administratif

[38] Le pouvoir que le Parlement a dévolu au registraire sous le paragraphe 47(1) de la Loi d'accorder

extension of time “if. . . the Registrar is satisfied that the circumstances justify it”, is a discretionary authority. In *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, McIntyre J., on behalf of the Court, summarizes the principles of intervention [at pages 7-8]:

It is, as well, a clearly-established rule that the courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility. Where the statutory discretion has been exercised in good faith and, where required, in accordance with the principles of natural justice, and where reliance has not been placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose, the courts should not interfere.

[39] In this same case, *Maple Lodge Farms Ltd. v. R.*, [1981] 1 F.C. 500, Mr. Justice Le Dain, then a judge of the Federal Court of Appeal, considered the notion of guidelines, and at pages 513 and 514 wrote:

Assuming, however, that this is a correct view of what the guidelines purport to say—that a permit will normally be issued if the Agency is unable to find a domestic source of supply of the specific product for which the applicant seeks a permit—it is not in my opinion sufficient by itself to invalidate the Minister’s decision in the present case on the ground that it was based on an extraneous or irrelevant consideration. To hold otherwise would be to adopt the position that guidelines, once adopted, indicate what are to be considered to be the only relevant considerations for the exercise of a discretion. Such a conclusion would be contrary to the fundamental principle that guidelines, which are not regulations and do not have the force of law, cannot limit or qualify the scope of the discretion conferred by statute, or create a right to something that has been made discretionary by statute. The Minister may validly and properly indicate the kind of considerations by which he will be guided as a general rule in the exercise of his discretion (see *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology* [1971] A.C. (H.L.) 610; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission* [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 169-171), but he cannot fetter his discretion by treating the guidelines as binding upon him and excluding other valid or relevant reasons for the exercise of his discretion (see *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville* [1965] 1 O.R. 259).

In the present case the Minister, acting through the Office of Special Import Policy, appears to have adopted, as the reason for refusing the supplementary import permits sought

une prolongation de délai «s’il est convaincu que les circonstances justifient» est un pouvoir discrétionnaire. Dans l’arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, le juge McIntyre, au nom de la Cour, résume les principes d’intervention [aux pages 7 et 8]:

C’est aussi une règle bien établie que les cours ne doivent pas s’ingérer dans l’exercice qu’un organisme désigné par la loi fait d’un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé. Lorsque le pouvoir discrétionnaire accordé par la loi a été exercé de bonne foi et, si nécessaire, conformément aux principes de justice naturelle, si on ne s’est pas fondé sur des considérations inappropriées ou étrangères à l’objet de la loi, les cours ne devraient pas modifier la décision.

[39] Le juge Le Dain, alors juge de la Cour d’appel fédérale, dans ce même arrêt de *Maple Lodge Farms Ltd. c. R.*, [1981] 1 C.F. 500, s’est penché sur la notion de lignes directrices et aux pages 513 et 514 écrit ceci:

Même dans l’hypothèse où c’est là la bonne interprétation de la portée des lignes directrices—soit que la licence sera normalement délivrée si l’Office ne peut trouver de source d’approvisionnement du produit spécifique pour lequel le requérant demande une licence—cela ne suffit pas, à mon avis, pour invalider la décision du Ministre en l’espèce au motif qu’elle se fonde sur une considération inappropriée ou étrangère à la question. Conclure autrement mènerait à statuer qu’une fois adoptées, les lignes directrices définissent les seules considérations à prendre en compte pour l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Une telle conclusion serait contraire au principe fondamental selon lequel des lignes directrices, qui ne sont pas des règlements et n’ont pas force de loi, ne peuvent limiter ou assujettir à des conditions un pouvoir discrétionnaire accordé par une loi ni créer un droit à une chose que la loi a établie comme discrétionnaire. Le Ministre est libre d’indiquer le type de considérations qui, de façon générale, le guideront dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire (voir *British Oxygen Co. Ltd. c. Minister of Technology* [1971] A.C. (C.L.) 610; *Capital Cities Communications Inc. c. Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne* [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 169 à 171), mais il ne peut pas entraver ce pouvoir discrétionnaire en tenant les lignes directrices pour obligatoires et en excluant tous les autres motifs valides ou pertinents pour lesquels il peut exercer son pouvoir discrétionnaire (voir *Re Hopedale Developments Ltd. and Town of Oakville* [1965] 1 O.R. 259).

Dans la présente affaire, le Ministre, agissant par l’entremise de la Direction générale de la politique sur l’importation de certains produits, paraît avoir fondé son refus

by the appellant, the considerations which are disclosed in the passages quoted above from the letters of the Agency to the appellant. These considerations relate to the quantity of eviscerated chicken available and the over-all requirements of the market. Having regard to the terms of section 5(1)a.1) of the *Export and Import Permits Act* and the description or definition of the product in Item 19 of the Import Control List, the proclamation establishing the Agency, and the *Canadian Chicken Marketing Quota Regulations*, I am unable to conclude that these considerations are clearly extraneous or irrelevant to the statutory purpose for which chicken was placed on the Import Control List and to which the exercise of the Minister's discretion must be related.

For these reasons I am of the opinion that the Trial Division did not err in dismissing the application for *mandamus*, and the appeal should accordingly be dismissed with costs.

(d) Application and conclusions

[40] The courts have consistently held that section 47 of the Act vests the Registrar with broad discretion to grant a request for an extension of time if he is satisfied that the circumstances justify that extension. The Court may not intervene unless the Registrar has erred in law or acted on a wrong principle in exercising his discretion (see *Star-Kist Foods Inc. v. Canada (Registrar of Trade-marks)* (1988), 18 C.I.P.R. 237 (F.C.A.)).

[41] In *Centennial Packers Ltd. v. Can. Packers Inc.* (1987), 13 C.I.P.R. 310 (F.C.T.D.), Mr. Justice Joyal stated [at pages 312 and 314]:

Section 46 [now section 47] provides flexibility in dealing with fixed periods of time for the doing of anything either under the statute or under its regulations. When an extension of time is requested and the registrar is satisfied that "the circumstances justify an extension", he may extend the time.

...

Section 46 is there for a purpose. That purpose is to assure that a formalistic approach to statutory delays be kept in balance with the need for some flexibility in the administration of a regulatory statute so that the purposes of the enactment be more effectively achieved.

d'accorder à l'appelante les licences d'importation supplémentaires demandées sur les considérations mentionnées dans les extraits cités plus haut des lettres de l'Office à l'appelante. Ces considérations portent sur la qualité du poulet éviscéré disponible et sur les besoins de l'ensemble du marché. Compte tenu des termes de l'article 5(1)a.1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, de la définition ou description donnée du produit au numéro 19 de la liste de marchandises d'importation contrôlée, à la proclamation créant l'Office et au *Règlement canadien sur le contingentement de la commercialisation des poulets*, je ne puis conclure que ces considérations sont manifestement inappropriées ou étrangères à l'objet légal pour lequel le poulet a été ajouté à la liste de marchandises d'importation contrôlée et auquel l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre doit être rattaché.

Par ces motifs, j'estime que c'est avec raison que la Division de première instance a rejeté la demande de *mandamus* et qu'en conséquence l'appel doit être rejeté avec dépens.

d) Application et conclusions

[40] La jurisprudence est constante à conclure que l'article 47 de la Loi investit le registraire d'une large discrétion d'accorder une demande de prolongation de délai s'il est convaincu que les circonstances justifient cette prolongation. De plus, la Cour ne peut intervenir sauf si le registraire a erré en droit ou a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d'un mauvais principe (voir, *Star-Kist Foods Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (1988), 18 C.I.P.R. 237 (C.A.F.)).

[41] Le juge Joyal dans *Centennial Packers Ltd. c. Can. Packers Inc.* (1987), 13 C.I.P.R. 310 (C.F. 1^{re} inst.), s'exprime comme suit [aux pages 312 et 314]:

L'article 46 [maintenant l'article 47] permet une certaine souplesse à l'égard des délais établis pour l'accomplissement d'un acte en vertu de la Loi ou de ses règlements d'application. Lorsqu'on lui présente une demande de prolongation de délai et qu'il est convaincu que «des circonstances justifient une prolongation» le registraire peut y faire droit.

[. . .]

L'article 46 existe dans un but précis, soit celui d'assurer un équilibre entre une approche formelle à l'égard des délais prévus par la Loi et le besoin de souplesse dans l'administration d'une loi de régulation de sorte que les fins visées par la législation soient réalisées de façon plus efficace.

[42] *Maple Lodge, supra*, is authority for the proposition that a statutory discretion must be exercised in the interest of promoting the purpose of the Act and the statutory provision to which such discretion is attached.

[43] This leads us to examine the purpose of section 40 of the Act. This statutory provision concerning the registration of trade-marks contemplates two different schemes:

(1) the registration of trade-marks where the applicant or the applicant's predecessor declares in the application for registration that the mark has been used or publicized in Canada; and

(2) the registration of trade-marks where the application for registration proposes its use.

[44] For a trade-mark used in Canada, subsection 40(1) prescribes that the Registrar shall register the trade-mark and issue a certificate of its registration when the application for registration is allowed.

[45] The situation is otherwise in the case of a proposed trade-mark. Once the application for registration is allowed, the Registrar gives notice to the applicant but cannot register the mark until he has received a declaration that the applicant or his licensee has begun to use the mark in association with the wares or services specified in the application for registration.

[46] Furthermore, Parliament provides, in subsection 40(3), a cut-off date for the filing of a declaration of use; failing receipt of the declaration by that date, the application for registration shall be deemed to be abandoned. That date is either (a) six months following the date of the notice of allowance or, if the date is later, (b) upon the expiration of the three years following the filing of the application for registration in Canada.

[47] Parliament has expressed itself very clearly, therefore. A proposed trade-mark must be used in association with the wares and services specified in the application for registration, and within a fairly limited time. Parliament does not want the use of a proposed

[42] L'arrêt *Maple Lodge*, précité, nous enseigne que l'exercice d'une discrétion statutaire doit être exercé dans le but de promouvoir l'objet de la Loi et de ladisposition législative à laquelle cette discrétion est rattachée.

[43] Ceci nous mène à examiner l'objet de l'article 40 de la Loi. Il s'agit d'une disposition législative concernant l'enregistrement des marques de commerce et envisage deux régimes différents:

1) l'enregistrement des marques de commerce dont le requérant ou son prédécesseur déclare dans sa demande d'enregistrement avoir employé ou avoir fait connaître la marque au Canada; et

2) l'enregistrement des marques de commerce où la demande d'enregistrement projette son utilisation.

[44] Pour une marque de commerce employée au Canada, le paragraphe 40(1) prescrit que le registraire inscrit la marque de commerce et délivre le certificat de son enregistrement lorsque la demande d'enregistrement est admise.

[45] La situation est autrement pour une marque de commerce projetée. Une fois que la demande d'enregistrement est admise, le registraire donne avis au requérant mais ne peut pas enregistrer la marque à moins d'avoir reçu une déclaration à l'effet que le requérant ou son licencié a commencé à utiliser la marque en liaison avec les marchandises ou les services spécifiés dans la demande d'enregistrement.

[46] Qui plus est, le législateur prévoit au paragraphe 40(3) une date butoir pour le dépôt d'une déclaration d'usage qui, à défaut d'être rencontrée, la demande d'enregistrement est réputée abandonnée. Cette date est: a) soit dans les six mois qui suivent la date de l'avis d'admission ou, si la date est postérieure, (b) à l'expiration des trois ans qui suivent la production de la demande d'enregistrement au Canada.

[47] Le législateur s'est donc exprimé très clairement. Une marque de commerce projetée doit être utilisée en liaison avec les marchandises et services spécifiés dans la demande d'enregistrement et ce dans un temps assez limité. Le législateur ne veut pas que l'emploi d'une

trade-mark to go on forever, because an application for registration of a proposed trade-mark, under subsection 16(3) of the Act, affects the priority of registration.

[48] In my opinion, it is within this statutory framework that the Registrar must exercise his discretion to extend the time for filing a declaration of use.

[49] According to *Maple Lodge, supra*, it was permissible for the Registrar to adopt guidelines indicating the type of consideration that will generally direct him in the exercise of his power to defer the filing of a declaration of use.

[50] If I correctly grasped the argument of counsel for Lassonde, he was not saying that the requirement of significant and substantial reasons to justify allowing such an extension after the period of three years from the date of notice of allowance was an irrelevant consideration or extraneous to the exercise of his discretion.

[51] If that had been his argument, I would have rejected it, since in my opinion such a requirement is very clearly related to what Parliament had in mind when, in subsection 40(3), it limited the time for filing a declaration of use.

[52] Lassonde's complaint goes to the way in which the Registrar applied the notice of February 4, 1998. Lassonde argues that the Registrar applied it mechanically or dogmatically, which amounts to saying that the Registrar refused even to consider the justifications advanced by Lassonde, the plaintiff.

[53] This submission must be rejected, since there is nothing in the evidence that supports such a conclusion. On the contrary, the reason cited by Lassonde in its request for extension dated July 13, 1998, was that "in fact, the applicant should soon be signing some commercial agreements needed for the use of the mark," a reason that was repeated in all of its subsequent requests for extension.

[54] The Registrar considered this reason insufficient on February 25, 2000, and refused the extension that had

marque de commerce projetée s'éternise parce qu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée, selon le paragraphe 16(3) de la Loi, affecte la priorité d'enregistrement.

[48] À mon avis, c'est dans cet encadrement législatif que le registraire doit exercer son pouvoir discrétionnaire de proroger le délai pour le dépôt d'une déclaration d'usage.

[49] Selon l'arrêt *Maple Lodge*, précité, il était loisible au registraire d'adopter des lignes directrices indiquant le type de considération qui, d'une façon générale, le guideront dans l'exercice de son pouvoir de prorogation du dépôt d'une déclaration d'usage.

[50] Si j'ai bien saisi l'argument de l'avocat de Lassonde, il n'avance pas devant moi que l'exigence de raisons considérables et substantielles pour justifier l'octroi d'une telle prorogation après le délai de trois ans à compter de la date de l'avis d'admission était une considération inappropriée ou étrangère à l'exercice de sa discrétion.

[51] Si tel avait été son argument, je l'aurais rejeté puisqu'à mon avis une telle exigence se rattache très bien à l'esprit du législateur qui circonscrivait au paragraphe 40(3) le temps pour déposer une déclaration d'usage.

[52] Ce dont se plaint Lassonde c'est la façon dont le registraire a appliqué l'avis du 4 février 1998. Lassonde prétend que le registraire a appliqué l'avis d'une façon mécanique ou dogmatique, ce qui équivaut à dire que le registraire a refusé même de se pencher sur les justifications avancées par la demanderesse Lassonde.

[53] Cette prétention doit être écartée puisqu'il n'y a rien dans la preuve qui appuie une telle conclusion. Au contraire, le motif invoqué par Lassonde dans sa demande de prorogation du 13 juillet 1998 était «[E]n effet, la requérante devrait conclure sous peu des ententes commerciales nécessaires à l'exploitation de la marque», motif qui fut répété dans toutes ses demandes de prorogation subséquentes.

[54] Le registraire avait jugé ce motif insuffisant le 25 février 2000, en refusant la prolongation demandée par

been requested by Lassonde on January 28, 2000, but he gave Lassonde until April 25, 2000, to submit to him significant and substantial reasons that would justify the grant of an additional extension.

[55] On April 25, 2000, Lassonde's agents wrote to the Registrar that Lassonde "is entitled to obtain one or more additional six-month extension(s) of time" since "it has not yet managed to find suppliers and distributors for all the wares and services covered by this application, but the applicant maintains its intention to use the trademark either itself or through licensees".

[56] As we know, on August 2, 2000, the Registrar did not consider this a significant and substantial reason to justify the grant of an additional extension of time.

[57] The Registrar mentioned in his decision of August 29, 2000, that 17 years had elapsed since Lassonde filed its application for registration. Lassonde considers this mention to be an irrelevant reason. In my opinion, the Registrar was recording a simple fact that he could take into consideration in the context of the exercise of his discretion.

[58] In its submissions to me, Lassonde argued that the notice of February 4, 1998, was applied retroactively. This submission is without merit. The notice applies only to requests for extension made after the date when the notice became effective. The Lassonde request for extension rejected by the Registrar occurred two years after the date on which the notice became effective.

[59] For all these reasons, Lassonde has not managed to identify an error in law or in fact that would warrant my intervention.

[60] Lassonde's counsel attempted at some length to establish a connection between subsection 40(2) of the Act, the notice of August 7, 1991, which interprets it, and the Registrar's refusal to extend the time for filing a further declaration of use.

[61] With respect, I fail to see the relevance of this submission. Subsection 40(2) requires a declaration of

Lassonde le 28 janvier 2000 mais lui accordait jusqu'au 25 avril 2000 pour lui soumettre des raisons considérables et substantielles qui justifieraient l'octroi d'une prorogation additionnelle.

[55] Le 25 avril 2000, les agents de Lassonde écrivent au registraire exprimant que Lassonde «est en droit d'obtenir une ou plusieurs prolongation(s) de délai additionnelle(s) de six mois» puisque «celle-ci n'a pas encore réussi à trouver des fournisseurs et des distributeurs pour l'ensemble des marchandises et services visés par la présente demande, mais la requérante maintient son intention d'utiliser la marque de commerce soit elle-même ou par le biais de licenciés».

[56] Comme on le sait, le registraire, le 2 août 2000, ne considère pas ce motif comme étant des raisons considérables et substantielles pour justifier l'octroi d'une prorogation de délai additionnelle.

[57] Le registraire a mentionné dans sa décision du 29 août 2000 que 17 ans s'étaient écoulés depuis le dépôt de sa demande d'enregistrement. Lassonde considère cette mention comme un motif non pertinent. Selon moi, le registraire constate un simple fait qu'il pouvait prendre en considération dans le cadre de l'exercice de sa discrétion.

[58] Devant moi, Lassonde a plaidé l'effet rétroactif de l'avis du 4 février 1998. Cette prétention n'a aucun mérite. L'avis ne s'applique que pour des demandes de prorogation faites après la date de l'entrée en vigueur de l'avis. La demande de prolongation de Lassonde refusée par le registraire survient deux ans après la date de l'entrée en vigueur de l'avis.

[59] Pour tous ces motifs, Lassonde n'a pas réussi à dégager une erreur de droit ou de fait qui justifierait mon intervention.

[60] L'avocat de Lassonde s'est longuement attardé à nouer un lien entre le paragraphe 40(2) de la Loi, l'avis du 7 août 1991 qui l'interprète et le refus du registraire de proroger le délai pour le dépôt d'une autre déclaration d'usage.

[61] Avec égard, je ne vois pas la pertinence de cette plaidoirie. Le paragraphe 40(2) exige une déclaration

use before the registration of a trade-mark, which has nothing to do with the requirement in subsection 40(3) to file a declaration of use within a certain time, a period that the Registrar may extend if he is satisfied that there are reasons to support such extension.

[62] I do not see how the partial registration of the “Oasis” mark in association with a portion of the wares and services identified in its application for registration could conflict with or reduce the requirements of subsection 40(3), in the absence of which the trade-mark is deemed to be abandoned. To allow such an argument would, in my opinion, destroy the scheme of section 40 of the Act and be contrary to the intention of Parliament.

[63] Since Lassonde has filed new evidence in this Court, I must examine it from the perspective envisaged by Rothstein J.A. in *Molson Breweries*, *supra* [at paragraph 51]: “However, where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar’s findings of fact or the exercise of his discretion, the Trial Division judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision.” To use the words of Lutfy J., now Associate Chief Justice, in *Danjaq Inc. v. Zervas et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295 (F.C.T.D.), at paragraph 5:

The restraint often exercised in reviewing the decisions of specialized tribunals may not necessarily apply where evidence, in addition to that adduced before the Registrar, is filed with this Court pursuant to subsection 56(5) of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13. Where significant new evidence which was not before the Registrar is filed, a broader scope of review will be available upon appeal. As Mr. Justice Joyal stated recently, “[t]he usual result is that the proceeding takes on the flavour of a trial *de novo*.”

[64] As indicated, Lassonde cites two new reasons to justify its failure to provide the Registrar with a declaration of use of the mark within the periods provided by the Act:

d’usage avant l’enregistrement d’une marque de commerce ce qui n’a rien à voir avec l’exigence du paragraphe 40(3) de déposer une déclaration d’usage à l’intérieur d’un certain temps, délai que le registraire peut étendre s’il est convaincu de l’existence de raisons justificatives.

[62] Je ne vois pas comment l’enregistrement partiel de la marque «Oasis» en liaison avec une partie des marchandises et services identifiés dans sa demande d’enregistrement pourrait contrecarrer ou diminuer les exigences du paragraphe 40(3) à défaut de quoi la marque de commerce est réputée abandonnée. Donner effet à un tel argument détruirait, selon moi, l’économie de l’article 40 de la Loi et irait à l’encontre du vouloir du législateur.

[63] Puisque Lassonde a déposé une nouvelle preuve devant moi, je dois l’examiner dans l’optique envisagée par le juge Rothstein dans *Brasseries Molson*, précité, [au paragraphe 51] «[t]outefois, lorsqu’une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l’exactitude de la décision du registraire». Pour employer les mots du juge Lutfy, maintenant juge en chef adjoint, dans *Danjaq Inc. c. Zervas et al.* (1997), 75 C.P.R. (3d) 295 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 5:

La retenue dont les tribunaux judiciaires font souvent preuve lorsqu’ils examinent les décisions de tribunaux administratifs spécialisés ne s’applique pas nécessairement lorsque de nouveaux éléments de preuve qui n’avaient pas été soumis au registraire sont portés à la connaissance de la Cour en vertu du paragraphe 56(5) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13. Lorsque des éléments de preuve importants qui n’avaient pas été portés à la connaissance du registraire sont déposés devant la Cour, l’étendue du contrôle en cas d’appel est plus large. Ainsi que le juge Joyal l’a déclaré récemment: «ce qui fait en sorte que l’instance prend la tournure d’un procès *de novo*».

[64] Tel qu’indiqué, Lassonde invoque deux nouveaux motifs pour justifier son défaut de fournir au registraire une demande d’utilisation de la marque dans les délais prévus par la Loi:

(a) there was a delay in marketing occasioned by the consolidation and establishment of a licensing department within Lassonde;

(b) Lassonde must continue and order studies on the marketing of some of the wares and some of the services referred to in the application for registration which may not be profitable in light of the costs and standards prevailing in Canada.

[65] My assessment of these new reasons is that they are not sufficient to affect the exercise of the Registrar's discretion, as described by Rothstein J.A. in *Molson Breweries, supra*, or to have the significant scope contemplated by Lutfy J. in *Danjaq, supra*.

[66] Lassonde's application for registration dates back to 1983, and the notice of allowance of the "Oasis" mark in association with the wares and services specified in this application is dated January 31, 1997, which gave Lassonde the right to register the mark following one or more declarations of use.

[67] In substance, the new reasons cited by Mr. Gattuso in his affidavit are not new in reality. Both fall within the ambit of the reasons cited since July 13, 1998, by Lassonde: "should soon be signing some commercial agreements" and "has not yet managed to find suppliers and distributors for all the wares and services covered by this application" (letter of April 25, 2000).

[68] The reasons are vague and imprecise and lack concreteness, considering that the application for registration covers hundreds and hundreds of wares and services.

[69] Lassonde does not tell us at all how the consolidation and implementation of a licensing department occasioned a delay in the marketing of the wares and services specified in its application for registration, especially after Mr. Gattuso has listed nine examples of use of the "Oasis" mark through licensing agreements. Mr. Gattuso does not explain to us how this consolidation and establishment will, within a definite

a) un délai de commercialisation occasionné par la consolidation et la mise en place d'un département de *licensing* au sein de Lassonde;

b) Lassonde doit poursuivre et commander des études relativement à la commercialisation de certaines des marchandises et certains des services mentionnés dans la demande d'enregistrement, qui ne peuvent pas être rentables selon les coûts et les normes prévalant au Canada.

[65] Mon appréciation de ces nouveaux motifs est qu'ils ne sont pas suffisants pour avoir un effet sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du registraire, selon le juge Rothstein dans *Brasseries Molson*, précité, ou ont une portée significative telle qu'envisagée par le juge Lutfy dans l'arrêt *Danjaq*, précité.

[66] La demande d'enregistrement de Lassonde date de 1983 et l'avis d'admission de la marque «Oasis» en liaison avec les marchandises et services spécifiés dans cette demande d'enregistrement est en date du 31 janvier 1997, ce qui lui donnait le droit d'enregistrer la marque suite à une ou des déclarations d'usage.

[67] Substantiellement, les nouveaux motifs invoqués par M. Gattuso dans son affidavit en réalité n'en sont pas; ces deux motifs s'inscrivent dans le sillage des motifs invoqués depuis le 13 juillet 1998 par Lassonde: «devrait conclure sous peu des ententes commerciales» et «n'a pas encore réussi à trouver des fournisseurs et des distributeurs pour l'ensemble des marchandises et services visés par la présente demande» (lettre du 25 avril 2000).

[68] Ces motifs sont vagues et imprécis et manquent de concret considérant que la demande d'enregistrement couvre des centaines et centaines de marchandises et services.

[69] Lassonde ne nous explique aucunement comment la consolidation et la mise en place d'un département de *licensing* a occasionné un délai relativement à la commercialisation des marchandises et des services spécifiés dans sa demande d'enregistrement surtout après que M. Gattuso nous ait énuméré neuf exemples d'utilisation de la marque «Oasis» par le billet de licenciés. M. Gattuso ne nous explique pas comment

time, allow Lassonde to licence the “Oasis” mark for all of the extremely numerous wares and services covered by its application for registration.

[70] The fact that Lassonde must continue and order studies on the marketing of “some of the wares” and “some of the services” referred to in its application for registration does not enlighten us in any way but rather inclines us to ask what wares and services, and how many, are being studied and which are not and why, and, if not, what are the reasons for not filing a declaration of use within the time prescribed by subsection 40(3) of the Act.

[71] In my opinion, in the circumstances of this case, and in consideration of the purpose of section 40 of the Act, I do not think the new reasons raised by Mr. Gattuso are sufficient to justify granting some time to allow Lassonde to file one or more declarations of use for the balance of the services and wares listed in its application for registration.

[72] I uphold the exercise by the Registrar of his discretion not to extend the time.

[73] Lassonde has also asked me to declare inapplicable the notice of August 7, 1991, by the Registrar concerning the interpretation of subsection 40(2) of the Act and to declare that subsection 40(2) of the Act allows a registration of a trade-mark to be issued for a portion of the wares and services covered by an application for a trade-mark registration following the filing of a partial declaration of use and that one or more subsequent registrations be issued following the filing of more declaration of use for the balance of the wares and services following one or more partial extensions of time.

[74] As mentioned, I consider this aspect of the litigation to be extraneous to the appeal that is before me, which is addressed to the Registrar’s refusal to extend the time in which Lassonde may file one or more

cette consolidation et cette mise en place vont, dans un temps défini, permettre à Lassonde de licencier la marque «Oasis» pour toutes les très nombreuses marchandises et services couverts par sa demande d’enregistrement.

[70] Le fait que Lassonde doit poursuivre et commander des études relativement à la commercialisation de «certaines des marchandises» et «certains des services» mentionnés dans sa demande d’enregistrement ne nous éclaire nullement mais plutôt nous porte à interrogation à savoir quels et combien de marchandises et de services sont sous étude et lesquels ne le sont pas et pourquoi et, si non, quels sont les motifs pour ne pas avoir déposé une déclaration d’usage dans le temps prescrit par le paragraphe 40(3) de la Loi.

[71] À mon avis, dans les circonstances de ce dossier et considérant l’objet de l’article 40 de la Loi, je ne crois pas que les nouveaux motifs soulevés par M. Gattuso sont suffisants pour justifier l’octroi d’un délai pour permettre le dépôt par Lassonde d’une ou des déclarations d’usage pour la balance des services et marchandises énumérés dans sa demande d’enregistrement.

[72] Je maintiens l’exercice par le registraire de ne pas prolonger ce délai.

[73] Dans un deuxième temps, Lassonde me demande de déclarer inapplicable l’avis du 7 août 1991 du registraire concernant l’interprétation du paragraphe 40(2) de la Loi et de déclarer que le paragraphe 40(2) de la Loi permet que l’enregistrement d’une marque de commerce soit émis pour une partie des marchandises et des services visés par une demande d’enregistrement de marque de commerce suite au dépôt d’une déclaration d’usage partielle et qu’un ou plusieurs enregistrements subséquents soient émis suite au dépôt ou de plusieurs déclarations d’usage pour la balance des marchandises et services suite à une ou plusieurs prolongations de délai partielles.

[74] Tel que mentionné, je considère cet aspect du litige étranger à l’appel devant moi qui vise le refus par le registraire de proroger le délai pour permettre à Lassonde de déposer une ou des déclarations d’usage. En

declarations of use. In other words, I fail to see the usefulness of such declarations in the circumstances of this case and for that reason I need not rule on the thesis advanced by Lassonde.

[75] For all these reasons, Lassonde's appeal is dismissed with costs.

autres mots, je ne vois pas l'utilité de telles déclarations dans les circonstances de ce dossier et je n'ai, pour cette raison, à me prononcer sur la thèse avancée par Lassonde.

[75] Pour tous ces motifs, l'appel de Lassonde est rejeté avec dépens.

A-313-02
2003 FCA 157

A-313-02
2003 CAF 157

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Loreto Scarola (*Respondent*)

Loreto Scarola (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SCAROLA (C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. SCAROLA (C.A.)

Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Sharlow JJ.A.
— Toronto, March 13; Ottawa, March 26, 2003.

Cour d'appel, juges Létourneau, Nadon et Sharlow—
Toronto, 13 mars; Ottawa, 26 mars 2003.

Judges and Courts — Tax Court of Canada — Inherent jurisdiction to set aside notices of discontinuance — EI benefits case — Appeal deemed dismissed under Tax Court of Canada Act, s. 16.2(2) after counsel advised Court appeal abandoned — T.C.C. later allowing withdrawal to be set aside — T.C.C. Judges not unanimous on issue, never before determined by F.C.A. — Reasons for enactment of s. 16.2 explained — Public interest in finality to litigation — S. 16.2 deeming provision creating legal fiction — Explanations by learned authors of purpose, operation of legal fictions, referred to — S. 16.2 turns filing of discontinuance into constructive dismissal — Court's power spent, is functus officio absent vitiating circumstance such as fraud — Tax Court of Canada Rules (General Procedure), s. 172 ("slip" rule) allows judgment to be varied in certain circumstances not existing herein — S. 16.2 removed any inherent, residual jurisdiction in T.C.C. to permit withdrawal of notices of discontinuance.

Juges et tribunaux — Cour canadienne de l'impôt — Compétence inhérente d'annuler des avis de désistement — Affaire de prestations d'assurance-emploi — Présomption de rejet de l'appel en vertu de l'art. 16.2(2) de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt après que l'avocat eut informé la Cour que l'appel avait été abandonné — La C.C.I. avait par la suite autorisé l'annulation de l'avis de désistement — Divergences de vues entre les juges de la C.C.I. sur ce point, sur lequel la C.A.F. n'avait jamais statué — Les motifs sous-tendant l'adoption de l'art. 16.2 ont été expliqués — L'intérêt public exige que les litiges en arrivent à une solution définitive — La disposition déterminative de l'art. 16.2 crée une fiction juridique — Il a été fait mention des explications données par les auteurs au sujet du but et de l'application des fictions juridiques — Conformément à l'art. 16.2, un désistement acquiert tous les attributs d'un rejet par interprétation — Le pouvoir de la Cour est épuisé: la Cour est dessaisie en l'absence de circonstances telles qu'une fraude — L'art. 172 des Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale) (la règle du «lapsus») permet la modification d'un jugement dans certains cas, qui ne s'appliquaient pas en l'espèce — L'art. 16.2 a éliminé toute compétence inhérente ou résiduelle de la C.C.I. permettant le retrait d'un avis de désistement.

This was an application for the judicial review of a Tax Court of Canada decision allowing a notice of withdrawal to be set aside and an appeal reinstated. At issue was the Tax Court's inherent jurisdiction to set aside notices of discontinuance.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt avait autorisé l'annulation d'un avis de désistement et le rétablissement d'un appel. La compétence inhérente de la Cour de l'impôt d'annuler des avis de désistement était en cause.

The respondent had received \$17,000 in EI benefits but Canada Customs and Revenue Agency later demanded a refund of that amount plus penalties and interest, respondent's employment not having been such as to qualify him for benefits. Respondent appealed the ineligibility finding. The Minister subsequently advised respondent that his employment was insurable after all, but that his contract of service had been

Le défendeur avait reçu des prestations d'assurance-emploi s'élevant à 17 000 \$, mais l'Agence des douanes et du revenu du Canada avait par la suite demandé le remboursement de ce montant, plus le paiement de pénalités et d'intérêts, l'emploi exercé par le défendeur ne rendant pas celui-ci admissible aux prestations. Le défendeur en avait appelé de la conclusion relative à l'inadmissibilité. Le ministre a subséquemment

valid for just 18 weeks. When counsel wrote the Minister appealing that decision, it was redirected to the Tax Court which accepted it as an appeal. Counsel later notified the Court that the appeal was abandoned and so the appeal was deemed by the Registry to have been dismissed: *Tax Court of Canada Act*, subsection 16.2(2). Counsel subsequently wrote to the Court on three occasions: (1) seeking permission to proceed with the appeal; (2) asking that the previous letter be disregarded; (3) once again asking that the appeal be reinstated. The Attorney General then sought judicial review of the Tax Court's decision allowing the notice of withdrawal to be set aside.

Held, the application should be allowed.

There have been conflicting views among Tax Court Judges as to whether that Court possesses an inherent jurisdiction to set aside a notice of discontinuance and, if it does, whether section 16.2 of the Act constitutes a bar to the exercise of such discretion. This issue was before the Tax Court in *Bogie v. Canada* and the decision in that case was appealed to this Court, but Robertson J.A. left it open for consideration.

Section 16.2 of the Act reflects the necessity for finality of decisions to ensure the efficient and proper administration of justice. It was enacted in response to the judgment of Heald J.A. in *McCambridge v. R.* The Tax Review Board had held that there was no appeal to be heard where a notice of appeal had been withdrawn. This marked a departure from previous Board policy of issuing judgments in respect of abandoned appeals. Heald J.A. held, however, that, as the legislation then stood, Board action was required for disposition of an appeal. Section 16.2 dispensed with the necessity of issuing a formal judgment when a proceeding was discontinued. This eased the burden on judicial resources at a time of ever-increasing litigation. Its intent was also to impart finality to tax litigation.

Section 16.2 is a deeming provision which creates a legal fiction consisting of a misrepresentation of the facts and extracting therefrom the legal consequences that would flow from the dissembled truth, if that truth existed beyond the cloak of external appearances. Such fictions reveal our limited ability to create concepts fully adapted to realities. By virtue of section 16.2, a discontinuance takes on all of the properties of a dismissal. The Court's powers are spent: it is *functus*

informé le défendeur que son emploi était assurable, mais que son contrat de louage de services n'avait été valide que pendant 18 semaines. L'avocat ayant écrit au ministre en vue d'interjeter appel contre cette décision, sa lettre a été transmise à la Cour de l'impôt, qui l'a considérée comme un avis d'appel. L'avocat a ensuite informé la Cour que l'appel avait été abandonné, de sorte que le greffe avait présumé que l'appel avait été rejeté: *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, paragraphe 16.2(2). L'avocat a ensuite écrit à la Cour à trois reprises: 1) pour lui demander l'autorisation de poursuivre l'appel; 2) pour lui demander de ne pas tenir compte de la lettre antérieure; 3) pour demander encore une fois de rétablir l'appel. Le procureur général a ensuite demandé le contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Cour de l'impôt avait autorisé l'annulation de l'avis de désistement.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

Il existe des divergences de vues entre les juges de la Cour de l'impôt au sujet de la question de savoir si cette cour possède la compétence inhérente nécessaire pour annuler un avis de désistement et, dans l'affirmative, si l'article 16.2 de la Loi fait obstacle à l'exercice de cette compétence. La Cour de l'impôt était saisie de cette question dans l'affaire *Bogie c. Canada*; la décision, dans cette affaire-là, a fait l'objet d'un appel devant la présente Cour, mais le juge Robertson ne s'est pas prononcé sur la question, celle-ci devant faire l'objet d'un examen futur.

L'article 16.2 de la Loi indique la nécessité d'avoir des décisions définitives en vue d'assurer la bonne administration de la justice. Cette disposition a été édictée en réponse au jugement rendu par le juge Heald dans l'affaire *McCambridge c. R.* La Commission de révision de l'impôt avait statué qu'elle ne pouvait pas entendre un appel lorsque l'avis d'appel avait été retiré. La Commission avait ainsi dérogé à sa politique antérieure, qui consistait à rendre jugement lorsqu'un appel avait été abandonné. Toutefois, le juge Heald a statué que, compte tenu de la législation alors en vigueur, la Commission devait prendre des mesures pour régler un appel. L'article 16.2 visait à dispenser de la nécessité de rendre un jugement formel en cas de désistement. Cette disposition libérait les ressources judiciaires à un moment où il y avait de plus en plus de litiges. L'intention était d'assurer que les litiges de nature fiscale en arrivent à une solution définitive.

L'article 16.2 est une disposition déterminative qui crée une fiction juridique consistant à travestir les faits et à en tirer des conséquences de droit qui s'attacheraient à la vérité que l'on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu'on lui prête. Pareilles fictions révèlent notre capacité restreinte de créer des concepts pleinement adaptés aux réalités. Conformément à l'article 16.2, un désistement acquiert tous les attributs d'un rejet. Les pouvoirs de la Cour sont épuisés; la Cour est

officio barring fraud or some statutory authority allowing the Court to recapture its lost authority. The latter is provided by section 172 of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* (the “slip” rule) which allows that Court to set aside or vary a judgment in limited circumstances (where it contains an error due to accidental slip or omission or if amendment is required because the Court failed to adjudicate on some matter). Legal fictions often do not fully integrate with other relevant legislation. Adjustments are sometimes needed to obviate potential injustices.

Section 172 of the Rules would apply to a dismissal under subsection 16.2(2) where the conditions are met. But, in the instant appeal, there was no suggestion of fraud and no facts that arose or were discovered after the dismissal. Section 16.2 removed any inherent or residual jurisdiction to permit the withdrawal of a notice of discontinuance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, ss. 13 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 67), 16.2(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5).
Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688, s. 172 (as am. by SOR/96-503, s. 4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Laskaris v. Minister of National Revenue (1990), 90 DTC 1364 (T.C.C.); *Baker v. Canada*, [1999] 2 C.T.C. 2388 (T.C.C.); *Roberts v. Canada*, [2001] T.C.J. No. 866 (QL); *Sixgraph Informatique Ltée v. Canada*, [2000] T.C.J. No. 720 (QL); *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571.

CONSIDERED:

Bogie v. Canada (1997), 97 DTC 1079 (T.C.C.); *Bogie v. Canada*, [1998] 4 C.T.C. 195; (1998), 98 DTC 6679; 233 N.R. 163 (F.C.A.); *Rutledge v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 2569; (2000), 2001 DTC 65 (T.C.C.); *McCambridge v. R.*, [1980] 2 F.C. 142; [1979] CTC 473; (1979), 79 DTC 5412; 36 N.R. 299 (C.A.).

REFERRED TO:

Lehner v. M.N.R., [1997] 2 C.T.C. 309; (1997), 97 DTC 5270 (F.C.A.).

dessaisie en l'absence d'une fraude ou d'un pouvoir prévu par la loi l'autorisant à conserver le pouvoir perdu. L'article 172 des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale)* (la règle du «lapsus») prévoit pareil pouvoir, qui permet à la Cour de l'impôt d'annuler ou de modifier un jugement dans certains cas restreints (lorsqu'il comporte une erreur découlant d'un lapsus ou d'une omission ou s'il doit être modifié relativement à une question sur laquelle la Cour n'a pas statué). Il arrive souvent que les fictions juridiques ne s'intègrent pas pleinement avec les autres dispositions législatives pertinentes. Il faut parfois faire les ajustements nécessaires pour éviter des injustices possibles.

L'article 172 des Règles s'appliquerait au rejet prévu au paragraphe 16.2(2) si les conditions nécessaires étaient remplies. Cependant, en l'espèce, la fraude n'était pas alléguée et on n'a signalé aucun fait survenu ou découvert après le rejet. L'article 16.2 a éliminé toute compétence inhérente ou résiduelle permettant le retrait d'un avis de désistement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 13 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 67), 16.2(2) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5).
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (Procédure générale), DORS/90-688, art. 172 (mod. par DORS/96-503, art. 4).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Laskaris c. Ministre du Revenu national (1990), 90 DTC 1364 (C.C.I.); *Baker c. Canada*, [1999] 2 C.T.C. 2388 (C.C.I.); *Roberts c. Canada*, [2001] A.C.I. n° 866 (QL); *Sixgraph Informatique Ltée c. Canada*, [2000] A.C.I. n° 720 (QL); *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; (1978), 85 D.L.R. (3d) 1; 40 C.C.C. (2d) 273; 3 C.R. (3d) 132; 21 N.R. 571.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Bogie c. Canada (1997), 97 DTC 1079 (C.C.I.); *Bogie c. Canada*, [1998] 4 C.T.C. 195; (1998), 98 DTC 6679; 233 N.R. 163 (C.A.F.); *Rutledge c. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 2569; (2000), 2001 DTC 65 (C.C.I.); *McCambridge c. R.*, [1980] 2 C.F. 142; [1979] CTC 473; (1979), 79 DTC 5412; 36 N.R. 299 (C.A.).

DÉCISION CITÉE:

Lehner c. M.R.N., [1997] 2 C.T.C. 309; (1997), 97 DTC 5270 (C.A.F.).

AUTHORS CITED

- Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
- Létourneau, G. "Les fictions en droit public" in *Les fictions du droit*. Montréal: Éditions Thémis, 2001.
- Thomas, Yan. "Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales" (1995), 21 *Droits — Revue française de théorie juridique* 17.
- Wicker, G. *Les fictions juridiques — Contribution à l'analyse de l'acte juridique*. Paris: L.G.D.J., 1994.

APPLICATION for judicial review of a Tax Court of Canada decision (*Scarola v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)*, [2002] T.C.J. No. 189 (QL)) allowing a notice of withdrawal of an appeal to be set aside. Application allowed.

APPEARANCES:

J. Paul Malette, Q.C. and *Brent E. Cuddy* for applicant.
Mitchell Worsoff for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Worsoff, Silver, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LÉTOURNEAU J.A.: This application for judicial review raises the question of the inherent jurisdiction of the Tax Court of Canada (Court) to set aside notices of discontinuance filed with the Court in respect of proceedings before it [[2002] T.C.J. No. 189 (QL)].

Facts

[2] The background facts in this matter are not in dispute. The respondent had been paid employment insurance (EI) benefits in the amount of \$17,000. Subsequently, it was decided that his employment did not qualify him for benefits as he was a new entrant to the labour force. Consequently, the Canada Customs and Revenue Agency sought return of the \$17,000 plus the

DOCTRINE

- Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.
- Létourneau, G. «Les fictions en droit public» in *Les fictions du droit*. Montréal: Éditions Thémis, 2001.
- Thomas, Yan. «Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales» (1995), 21 *Droits — Revue française de théorie juridique* 17.
- Wicker, G. *Les fictions juridiques — Contribution à l'analyse de l'acte juridique*. Paris: L.G.D.J., 1994.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (*Scarola c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)*, [2002] A.C.I. n° 189 (QL)) autorisant l'annulation d'un avis de désistement relatif à un appel. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

J. Paul Malette, c.r. et *Brent E. Cuddy* pour le demandeur.
Mitchell Worsoff pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Worsoff, Silver, Toronto, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: La présente demande de contrôle judiciaire soulève la question de savoir si la Cour canadienne de l'impôt (la Cour) avait la compétence inhérente voulue pour annuler les avis de désistement qui avaient été déposés auprès d'elle à l'égard d'une instance dont elle était saisie [[2002] A.C.I. n° 189 (QL)].

Les faits

[2] Les faits sous-tendant la présente affaire ne sont pas contestés. Le défendeur avait reçu des prestations d'assurance-emploi (les PAE) s'élevant à 17 000 \$. Par la suite, il a été décidé que l'emploi ne rendait pas le défendeur admissible aux prestations puisqu'il était un nouveau venu sur le marché du travail. L'Agence des douanes et du revenu du Canada a donc cherché à

payment of penalties and interest bringing the total in issue to about \$41,000. Respondent's counsel was successful in having the penalties and interest dropped. The respondent proceeded to appeal the ineligibility finding.

[3] By letter dated January 23, 2001, the respondent was informed by the Minister of National Revenue (Minister) that his employment was insurable, but that his contract of service "was only valid for 18 weeks from August 10, 1992 to December 11, 1992." Counsel wrote to the Minister on his client's behalf to appeal this decision. The Minister redirected this letter to the Court which, on February 12, 2001, acknowledged receipt of the letter and treated it as a valid appeal.

[4] On February 20, 2001, counsel for the respondent informed the Court by fax that his client was abandoning his appeal. The Registry deemed the appeal dismissed pursuant to subsection 16.2(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5] of the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2 as amended (Act) in its letter of February 21, 2001.

[5] On April 26, 2001, counsel for the respondent wrote the Court asking that it disregard his February 20 letter and that his client be permitted to continue with his appeal. On May 9, the applicant opposed the request. A motion to hear this request was set down for June 20, 2001.

[6] On June 14, 2001, counsel again wrote to the Registrar of the Court, this time asking that the April 26, 2001 letter that his client be permitted to continue with his appeal be disregarded. On August 28, 2001, he informed the Court in a lengthy letter that his client once again wished to have his appeal reinstated. The applicant opposed the reinstatement of the appeal. A hearing was set down for November 6, 2001, and after an adjournment, was finally heard on March 21, 2002.

obtenir le remboursement de la somme de 17 000 \$, plus le paiement de pénalités et d'intérêts, le montant total en cause s'élevant à environ 41 000 \$. L'avocat du défendeur a réussi à faire annuler les pénalités et les intérêts. Le défendeur en a appelé de la conclusion relative à l'inadmissibilité.

[3] Par une lettre en date du 23 janvier 2001, le défendeur a été informé par le ministre du Revenu national (le ministre) que son emploi était assurable, mais que son contrat de louage de services [TRADUCTION] «n'[avait] été valide que pendant 18 semaines, c'est-à-dire du 10 août au 11 décembre 1992». L'avocat a écrit au ministre pour le compte de son client en vue d'interjeter appel contre cette décision. Le ministre a transmis cette lettre à la Cour qui, le 12 février 2001, en a accusé réception et l'a considérée comme un avis d'appel valide.

[4] Le 20 février 2001, l'avocat du défendeur a informé la Cour par télécopieur que son client avait abandonné l'appel. Dans sa lettre du 21 février 2001, le greffe a présumé que l'appel était rejeté conformément au paragraphe 16.2(2) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 51, art. 5] de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, dans sa forme modifiée (la Loi).

[5] Le 26 avril 2001, l'avocat du défendeur a écrit à la Cour pour lui demander de ne pas tenir compte de sa lettre du 20 février et d'autoriser son client à poursuivre l'appel. Le 9 mai, le demandeur s'est opposé à la demande. La requête relative à cette demande a été mise au rôle pour audition le 20 juin 2001.

[6] Le 14 juin 2001, l'avocat a de nouveau écrit au greffier de la Cour pour lui demander, cette fois, de ne pas tenir compte de la lettre du 26 avril 2001 dans laquelle il demandait que son client soit autorisé à poursuivre l'appel. Le 28 août 2001, l'avocat a informé la Cour, dans une longue lettre, que son client voulait encore une fois que son appel soit rétabli. Le demandeur s'est opposé au rétablissement de l'appel. La date de l'audience a été fixée au 6 novembre 2001 et, après avoir été ajournée, l'audience a finalement eu lieu le 21 mars 2002.

[7] On April 15, 2002 [[2002] T.C.J. No. 189 (QL)], the Court allowed that the notice of withdrawal be set aside and gave the respondent 60 days in which to file a reply to the notice of appeal. Hence, the application for judicial review by the Attorney General of Canada against that decision.

The decision of the Tax Court of Canada

[8] Relying upon the well-established principle that every court has the authority required to govern its own proceedings, the Court claimed an inherent jurisdiction to set aside a notice of discontinuance and concluded that the facts of this case warranted the exercise of that jurisdiction. So it authorized the withdrawal of the notice. At paragraph 46 of the decision, the Court wrote:

This is in my view a case where the relief sought should be granted. The withdrawal was hasty and was based on confusion about the requirements under the *Employment Insurance Act*. The complexity of the Act and the rules and regulations under it is compounded by the split jurisdiction under that Act between this court and the Board of Referees. While I cannot condone the lawyer's rash withdrawal of the appeal without having his client's success with the Board of Referees clearly nailed down his actions were carried out in good faith, albeit rather inexpertly.

Analysis of the decision

[9] There are conflicting views among the judges of the Court as to whether the Court possesses an inherent jurisdiction to set aside a notice of discontinuance and, if so, whether section 16.2 of the Act is a bar to the exercise of that jurisdiction. Section 16.2 deems a discontinued proceeding to be a dismissal of that proceeding. It reads:

16.2 (1) A party who instituted a proceeding in the Court may, at any time, discontinue that proceeding by written notice.

(2) Where a proceeding is discontinued under subsection (1), it is deemed to be dismissed as of the day on which the Court receives the written notice.

The section was enacted on September 22, 1988. It came into force on January 1, 1991.

[7] Le 15 avril 2002 [[2002] A.C.I. n° 189 (QL)], la Cour a autorisé l'annulation de l'avis de désistement et a accordé au défendeur un délai de 60 jours pour déposer une réponse à l'avis d'appel. D'où la demande de contrôle judiciaire que le procureur général du Canada a présentée contre cette décision.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[8] En se fondant sur le principe bien établi voulant que les tribunaux judiciaires possèdent les pouvoirs nécessaires pour régir leurs propres procédures, la Cour a conclu qu'elle avait la compétence inhérente voulue pour annuler un avis de désistement et elle a conclu que les faits de l'affaire justifiaient l'exercice de cette compétence. Elle a donc autorisé le retrait de l'avis. Au paragraphe 46 de la décision, la Cour a dit ce qui suit:

Il s'agit selon moi d'un cas dans lequel la mesure de redressement demandée devrait être accordée. Le retrait a été fait à la hâte et dans une confusion quant aux exigences de la *Loi sur l'assurance-emploi*. À la complexité de la Loi et des règles et règlements y afférents s'ajoute le fait que la Loi prévoit un partage de compétence entre notre cour et le conseil arbitral. Je ne peux fermer les yeux sur le fait que l'avocat a agi d'une manière téméraire en retirant l'appel sans que soit clairement établi le succès de son client devant le conseil arbitral, mais l'avocat a agi de bonne foi, quoique plutôt maladroitement.

Analyse

[9] Il existe des divergences de vues entre les juges de la Cour au sujet de la question de savoir si la Cour possède la compétence inhérente nécessaire pour annuler un avis de désistement et, dans l'affirmative, si l'article 16.2 de la Loi fait obstacle à l'exercice de cette compétence. Selon l'article 16.2, un désistement équivaut au rejet de la procédure en cause. Cette disposition est ainsi libellée:

16.2 (1) La partie qui a engagé une procédure devant la Cour peut en tout temps s'en désister par avis écrit.

(2) Le désistement équivaut au rejet de la procédure en cause à la date à laquelle la Cour reçoit l'avis de désistement.

La disposition en question a été édictée le 22 septembre 1988. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1991.

[10] In *Bogie v. Canada* (1997), 97 DTC 1079 (T.C.C.), at paragraph 2, the Court concluded that, as a statutory creation, it did not possess such inherent jurisdiction. The case was appealed to us [[1998] 4 C.T.C. 195 (F.C.A.)], but Robertson J.A. did not decide this issue and left it open for future consideration. In another decision rendered after the enactment of section 16.2 but prior to its coming into force, the Court found that it did not have the authority to grant a relief against a dismissal based on a withdrawal of the appeal: see *Laskaris v. Minister of National Revenue* (1990), 90 DTC 1364 (T.C.C.).

[11] The Court in *Baker v. Canada*, [1999] 2 C.T.C. 2388 (T.C.C.) relied upon section 16.2 to refuse to set aside the deemed dismissal of the proceedings. In *Roberts v. Canada*, [2001] T.C.J. No. 866 (QL), the Chief Judge of the Court followed the decision in *Baker* as he was of the opinion that, in view of the terms of section 16.2, “the discontinuance of an appeal ends the appeal”: see paragraph 7 of the decision.

[12] However, in *Rutledge v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 2569 (T.C.C.), at paragraph 14, the Court assumed an inherent jurisdiction to “set aside a dismissal of an appeal on the basis of erroneous advice, such dismissal not have [*sic*] been created by a judgment of this Court”.

[13] It is fair to say that most of the cases that I have referred to, and the list is not exhaustive, brought to light sympathetic circumstances from the taxpayer’s perspective, ranging from understandable confusion generated by the complexity of the law to erroneous advice from the Tax Department, all leading to the filing of a notice of discontinuance. However, there is more at stake here on this issue than sympathy: finality of decisions and efficiency of the administration of justice. I believe these fundamental concerns relating to a proper administration of justice are reflected in section 16.2 of the Act. I now turn to the origin, scope and effect of this section.

[10] Dans la décision *Bogie c. Canada* (1997), 97 DTC 1079 (C.C.I.), au paragraphe 2, la Cour a conclu qu’en sa qualité d’entité créée par la Loi, elle ne possédait pas pareille compétence inhérente. Un appel a été interjeté devant notre Cour [1998] 4 C.T.C. 195 (C.A.F.)], mais M. le juge Robertson ne s’est pas prononcé sur la question, celle-ci devant faire l’objet d’un examen futur. Dans une autre décision qui a été rendue après que l’article 16.2 eut été édicté mais avant qu’il soit entré en vigueur, la Cour a conclu qu’elle n’était pas autorisée à accorder une réparation à la suite d’un rejet fondé sur le retrait de l’appel: voir *Laskaris c. Ministre du Revenu national* (1990), 90 DTC 1364 (C.C.I.).

[11] Dans la décision *Baker c. Canada*, [1999] 2 C.T.C. 2388 (C.C.I.), la Cour s’est fondée sur l’article 16.2 pour refuser d’annuler le rejet réputé des procédures. Dans la décision *Roberts c. Canada*, [2001] A.C.I. n° 866 (QL), le juge en chef a suivi la décision rendue dans l’affaire *Baker* puisqu’il était d’avis que, compte tenu du libellé de l’article 16.2 [TRADUCTION] «le désistement met fin à l’appel»: voir le paragraphe 7 de la décision.

[12] Toutefois, dans la décision *Rutledge c. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 2569 (C.C.I.), au paragraphe 14, la Cour a exercé la compétence inhérente qu’elle possédait en vue d’«annuler le rejet d’un appel ayant eu lieu à la suite d’un avis erroné, un tel rejet n’ayant pas été ordonné par jugement de cette cour».

[13] Il est juste de dire que la plupart des décisions dont j’ai fait mention, et la liste n’est pas exhaustive, révèlent des circonstances favorables du point de vue du contribuable, allant de la confusion compréhensible générée par la complexité du droit jusqu’à la fourniture de conseils erronés de la part du ministère de l’Impôt, aboutissant dans tous les cas au dépôt d’un avis de désistement. Toutefois, il ne s’agit pas uniquement ici de sympathiser avec le point de vue des contribuables: le caractère définitif des décisions et l’administration efficace de la justice sont également en jeu. Je crois que l’article 16.2 de la Loi indique ces préoccupations fondamentales, en ce qui concerne la bonne administration de la justice. J’examinerai maintenant l’origine, la portée et l’effet de cette disposition.

The origin of section 16.2 of the Act

[14] There seems to be a consensus that the decision of Heald J.A. in *McCambridge v. R.*, [1980] 2 F.C. 142 (C.A.) is at the origin of the enactment of section 16.2. The Assistant Chairman of the Tax Review Board had held that there was no appeal to be heard by the Board when the notice of appeal had been withdrawn by the appellant. At the time, the Board had departed from its previous policy of issuing a judgment in appeals withdrawn, discontinued or abandoned. The Assistant Chairman was of the view that a formal judgment of dismissal was not necessary. Heald J.A. reviewed the relevant provisions governing the powers of the Board. He concluded that there were only two ways in which the then legislation provided for disposing of appeals to the Board and, in both cases, the legislation required action by the Board itself. At page 145 of the decision, he wrote:

If Parliament had intended to provide that one means of disposing of an appeal could be by way of filing a notice of discontinuance, it would have been an easy matter to so provide in the statute.

[15] Section 16.2 was consequently enacted. One obvious reason for this was efficiency. It was to dispense with the need for members of the Board or judges of the Court to issue a formal judgment each time a proceeding was discontinued: hence, the deemed dismissal as if a judgment of dismissal had been issued. With an ever-increasing volume of litigation, the deeming provision carried significant impact in terms of relief on the judicial resources available.

[16] The terms of subsection 16.2(2) which introduced the notion of a deemed dismissal also reveal a legislative intent to bring clarity as regards the effect of a notice of discontinuance as well as an intent to bring finality to tax litigation.

[17] In *Sixgraph Informatique Ltée v. Canada*, [2000] T.C.J. No. 720 (QL), 2000, Lamarre T.C.J. refused to

L'origine de l'article 16.2 de la Loi

[14] Il semble exister un consensus selon lequel la décision rendue par M. le juge Heald dans l'arrêt *McCambridge c. R.*, [1980] 2 C.F. 142 (C.A.) est à l'origine de l'adoption de l'article 16.2. Le vice-président de la Commission de révision de l'impôt avait statué que la Commission ne pouvait pas entendre un appel lorsque l'appelant avait retiré l'avis d'appel. À ce moment-là, la Commission avait dérogé à sa politique antérieure, qui consistait à rendre un jugement dans les appels qui avaient fait l'objet d'un désistement ou qui avaient été retirés ou abandonnés. Le vice-président était d'avis qu'il n'était pas nécessaire de prononcer un jugement formel de rejet. Le juge Heald a examiné les dispositions pertinentes régissant les pouvoirs de la Commission. Il a conclu qu'il n'y avait que deux façons dont la législation alors en vigueur prévoyait le règlement des appels portés devant la Commission et que, dans les deux cas, la législation exigeait que la Commission elle-même prenne des mesures. À la page 145 de la décision, le juge a dit ce qui suit:

Si le Parlement avait voulu prévoir qu'un appel puisse être réglé par voie d'avis de désistement, il lui aurait été facile de l'indiquer dans le texte de loi.

[15] En conséquence, l'article 16.2 a été édicté, notamment, de toute évidence, pour des raisons liées à l'efficacité. La disposition visait à dispenser les membres de la Commission et les juges de la Cour de rendre un jugement formel chaque fois qu'une instance faisait l'objet d'un désistement: d'où le rejet réputé, comme si un jugement avait été prononcé en ce sens. Étant donné le nombre de plus en plus élevé de litiges, la disposition déterminative comportait des répercussions importantes lorsqu'il s'agissait de libérer les ressources judiciaires disponibles.

[16] Les dispositions du paragraphe 16.2(2) qui établissaient la notion de rejet réputé révèlent également l'intention du législateur de donner des précisions au sujet de l'effet d'un avis de désistement ainsi que l'intention d'assurer que les litiges de nature fiscale en arrivent à une solution définitive.

[17] Dans la décision *Sixgraph Informatique Ltée c. Canada*, [2000] A.C.I. n° 720 (QL), la juge Lamarre, de

grant a motion, dated April 7, 2000, for the withdrawal of notices of discontinuances filed almost three years before, on April 14, 1997. She endorsed the concerns expressed by the respondent for an efficient and proper administration of justice as well as the finality of dismissals of appeals. The *Sixgraph Informatique Ltée* case, is a good example of the need, in the public interest, to put an end to litigation. A party is certainly entitled to assume as a general rule that litigation has been brought to an end when an appeal is deemed to be dismissed. It is entitled to assume that the dead proceeding will not be resurrected some 14 months, as in the present case, or three years, as in the *Sixgraph* case, after its burial.

[18] Instead of leaving the issue of discontinuance of a proceeding to the discretion of the Court, Parliament has chosen to legislatively determine the legal consequences of a notice of discontinuance. This brings me to an analysis of the scope and effect of section 16.2 of the Act and its resulting consequences.

The scope and effect of section 16.2 of the Act

[19] Section 16.2 of the Act is a deeming provision which creates a legal fiction. In the words of Beetz J. in *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at page 845, “[a] deeming provision is a statutory fiction; as a rule it implicitly admits that a thing is not what it is deemed to be but decrees that for some particular purpose it shall be taken as if it were that thing although it is not or there is doubt as to whether it is”. The purpose and operation of a legal fiction has also been described eloquently by Yan Thomas in an article entitled: “*Fictio Legis*. L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales” (1995), 21 *Droits—Revue française de théorie juridique* 17:

[TRANSLATION] Fiction is a process that, as repeatedly noted, is part of the pragmatics of law. It consists first in misrepresenting the facts, stating them to be other than what they really are and extracting from that very adulteration and that false supposition the legal consequences that would flow from the dissembled truth, if that truth existed beyond the cloak of external appearances.

[20] Fictions reveal “l’infirmité de notre esprit impuissant à créer sans cesse des concepts parfaitement

la Cour de l’impôt, a refusé d’accueillir une requête en date du 7 avril 2000 visant le retrait d’avis de désistement qui avaient été déposés près de trois ans plus tôt, le 14 avril 1997. La juge s’est ralliée aux raisons invoquées par l’intimée en ce qui concerne une bonne administration de la justice et le caractère définitif du rejet d’un appel. La décision *Sixgraph Informatique Ltée*, précitée, constitue un bon exemple de la nécessité de mettre fin, dans l’intérêt public, à un litige. Une partie a certes le droit de supposer qu’en règle générale, un litige en est arrivé à sa fin lorsqu’un appel est réputé être rejeté. Elle peut à bon droit supposer qu’une fois disparue, l’instance ne réapparaîtra pas environ 14 mois plus tard, comme en l’espèce, ou trois ans plus tard, comme dans l’affaire *Sixgraph*.

[18] Au lieu de laisser la question du désistement à la discrétion de la Cour, le législateur a décidé de déterminer législativement les conséquences juridiques d’un avis de désistement. Cela m’amène à une analyse de la portée et de l’effet de l’article 16.2 de la Loi et des conséquences en résultant.

La portée et l’effet de l’article 16.2 de la Loi

[19] L’article 16.2 de la Loi est une disposition déterminative qui crée une fiction juridique. Comme l’a dit M. le juge Beetz dans l’arrêt *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, à la page 845 «[u]ne disposition déterminative est une fiction légale; elle reconnaît implicitement qu’une chose n’est pas ce qu’elle est censée être, mais décrète qu’à des fins particulières, elle sera considérée comme étant ce qu’elle n’est pas ou ne semble pas être». Le but et l’application d’une fiction juridique ont également été éloquemment décrits par Yan Thomas dans un article intitulé: «*Fictio Legis*. L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales» (1995), 21 *Droits—Revue française de théorie juridique* 17:

La fiction est un procédé qui, on l’a assez souvent signalée, appartient à la pragmatique du droit. Elle consiste d’abord à travestir les faits, à les déclarer autres qu’ils ne sont vraiment, et à tirer de cette adultération même et de cette fausse supposition les conséquences de droit qui s’attacheraient à la vérité que l’on feint, si celle-ci existait sous les dehors qu’on lui prête.

[20] Les fictions révèlent «l’infirmité de notre esprit impuissant à créer sans cesse des concepts parfaitement

adéquats aux réalités” ([TRANSLATION] “the limited ability of our mind to unceasingly create concepts which are fully adapted to realities”). G. Wicker, *Les fictions juridiques—Contribution à l’analyse de l’acte juridique*, Paris: L.G.D.J., 1997, at page 14. They are often used to obtain or avoid a legal consequence, circumvent or avoid a legal rule or bring about needed reforms of a legislative nature that the legislature has omitted to do: G. Létourneau, “Les fictions en droit public” in *Les fictions du droit*, Montréal: Éditions Thémis, 2001, at pages 14-15.

[21] An appeal discontinued is, pursuant to subsection 16.2(2), an appeal dismissed. An appeal dismissed is an appeal disposed of, and an appeal which has been disposed of no longer exists: see *Lehner v. M.N.R.*, [1997] 2 C.T.C. 309 (F.C.A.), at paragraph 2 *per Pratte J.A.* Subsection 16.2(2) operates to turn the filing of a discontinuance into a constructive dismissal akin to an actual dismissal. In other words, the discontinuance of an appeal, as a result of that subsection, takes on all of the properties of a dismissal. It produces the same effect as a judgment of dismissal by the Court, albeit that effect is obtained by sheer operation of the legal fiction. In either case, the powers of the Court are spent: the decision maker is *functus officio*. A dismissal, deemed or actual, is a final determination which closes the matter, barring some vitiating circumstances such as fraud or some statutory authority allowing the decision maker to retain or recapture the lost authority.

[22] Section 172 [as am. by SOR/96-503, s. 4] of the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* [SOR/90-688], often referred to as the “slip” rule, provides such authority. It allows the Court to set aside, vary or amend judgments when the conditions provided therein are met:

Setting Aside, Varying or Amending Accidental Errors in Judgments—General

172. (1) A judgment that,

(a) contains an error arising from an accidental slip or omission, or

(b) requires amendment in any matter on which the Court did not adjudicate,

adéquats aux réalités» (*the limited ability of our mind to unceasingly create concepts which are fully adapted to realities* [TRANSLATION]). G. Wicker, *Les fictions juridiques—Contribution à l’analyse de l’acte juridique*, Paris: L.G.D.J., 1997, à la page 14. On les utilise souvent pour obtenir ou éviter une conséquence juridique, pour contourner ou éviter une règle juridique ou pour effectuer des réformes nécessaires de nature législative que la législature n’a pas effectuées: G. Létourneau, «Les fictions en droit public» dans *Les fictions du droit*, Montréal: Éditions Thémis, 2001, aux pages 14 et 15.

[21] Conformément au paragraphe 16.2(2), un désistement constitue un rejet. L’appel qui est rejeté est un appel sur lequel il a été statué, et l’appel sur lequel il a été statué n’existe plus: voir *Lehner c. M.R.N.*, [1997] 2 C.T.C. 309 (C.A.F.), au paragraphe 2, le juge Pratte. Le paragraphe 16.2(2) fait du dépôt d’un avis de désistement un rejet par interprétation analogue à un véritable rejet. En d’autres termes, le désistement, par suite de cette disposition, acquiert tous les attributs d’un rejet. Il a le même effet qu’un jugement par lequel la Cour rejette l’appel, quoique l’effet soit obtenu par la simple application de la fiction juridique. Dans un cas comme dans l’autre, les pouvoirs de la Cour sont épuisés: le décideur est dessaisi. Un rejet, réputé ou réel, est une décision définitive qui met fin à l’affaire, sauf dans certaines circonstances telles que la fraude ou un pouvoir prévu par la loi autorisant le décideur à conserver ou à acquérir de nouveau le pouvoir perdu.

[22] L’article 172 [mod. par DORS/96-503, art. 4] des *Règles de la Cour canadienne de l’impôt (Procédure générale)* [DORS/90-688], qui est souvent désigné sous le nom de règle du «lapsus», prévoit pareil pouvoir. Il permet à la Cour d’annuler ou de modifier un jugement lorsque les conditions qui y sont énoncées sont remplies:

Annulation ou modification de jugements en raison d’erreurs—Général

172. (1) Le jugement qui:

a) comporte une erreur découlant d’un lapsus ou d’une omission;

b) doit être modifié relativement à une question sur laquelle la Cour n’a pas statué,

may be amended by the Court on application or of its own motion.

(2) A party who seeks to,

(a) have a judgment set aside or varied on the ground of fraud or of facts arising or discovered after it was made,

(b) suspend the operation of a judgment, or

(c) obtain other relief than that originally directed,

may make a motion for the relief claimed.

[23] In *Roberts, supra*, at paragraph 11, Chief Judge Garon assumed reluctantly without deciding that a discontinuance pursuant to section 16.2 of the Act was equivalent to a judgment dismissing the appeal. Although he doubted whether this was the correct approach, nevertheless, he proceeded, pursuant to subsection 172(2), to determine if the judgment could be set aside or varied on the ground of fraud or on account of facts arising or discovered after the judgment was made.

[24] As is often the case with legal fictions, they do not integrate well or fully with other existing relevant legislation. Necessary adjustments are sometimes needed to fill gaps or obviate disparities or potential injustices. Section 172 gives the Court jurisdiction to vary or set aside any of its judgments, including a judgment of dismissal. As previously mentioned, the legal fiction turns a discontinuance into a dismissal. Such dismissal carries the same effect as a judgment of dismissal by the Court. It is, indeed, tantamount to a judgment of dismissal on consent.

[25] For the purpose of allowing the limited remedial provisions of section 172 to apply, I am willing to give full and consistent effect to the legal fiction created by subsection 16.2(2) and to fill the gap created by the wording of the subsection and of section 172. I do not think that it does violence to Parliament's intent to find

peut être modifié par la Cour, sur demande ou de son propre chef.

(2) Une partie peut demander, par voie de requête dans l'instance, selon le cas:

a) l'annulation ou la modification d'un jugement en raison d'une fraude ou de faits survenus ou découverts après qu'il a été rendu;

b) un sursis d'exécution d'un jugement;

c) une mesure de redressement différente de celle qui a déjà été accordée.

[23] Dans la décision *Roberts*, précitée, au paragraphe 11, le juge en chef Garon a supposé avec réticence, sans statuer sur la question, que le désistement prévu à l'article 16.2 de la Loi équivaut à un jugement rejetant l'appel. Le juge doutait que cela soit l'approche correcte, mais il a néanmoins cherché, conformément au paragraphe 172(2) des Règles, à déterminer si le jugement pouvait être annulé ou modifié en raison d'une fraude ou de faits survenus ou découverts après qu'il a été rendu.

[24] Comme c'est souvent le cas, les fictions juridiques ne s'intègrent pas parfaitement bien ou pleinement avec les autres dispositions législatives pertinentes existantes. Il faut parfois faire les ajustements nécessaires pour combler les lacunes ou pour éviter des disparités ou des injustices possibles. L'article 172 des Règles confère à la Cour la compétence voulue pour modifier ou pour annuler tout jugement qu'elle a rendu, y compris un jugement rejetant une affaire. Comme il en a déjà été fait mention, la fiction juridique fait d'un désistement un rejet. Ce rejet emporte le même effet qu'un jugement de rejet rendu par la Cour. Cela équivaut de fait à un jugement de rejet sur consentement.

[25] Afin de permettre l'application des dispositions correctives restreintes de la règle 172, je suis prêt à donner un effet complet et cohérent à la fiction juridique créée par le paragraphe 16.2(2) et à combler la lacune créée par le libellé de la disposition en question et de l'article 172 des Règles. Je ne crois pas qu'il soit

that the dismissal under subsection 16.2(2) ought to be treated as a judgment of dismissal to which section 172 will apply if and when the conditions are met.

[26] In practice, it is paragraph 172(2)(a) which is more likely to be invoked where the deemed dismissal has been obtained by fraud or where facts have arisen or have been discovered after the dismissal took effect. I hasten to add that, in the present case, there is no allegation of fraud and, although invited by us to do so, counsel for the applicant has been unable to point to facts discovered or that have arisen after the dismissal which would warrant the application of section 172.

[27] The applicant submitted that the Court possessed and could exercise an inherent jurisdiction to allow the withdrawal of a notice of discontinuance. I cannot accept that submission in view of subsection 16.2(2). As properly stated by I. H. Jacob in an article entitled “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, at page 24:

. . .the court may exercise its inherent jurisdiction even in respect of matters which are regulated by statute or by rule of court, so long as it can do so without contravening any statutory provision. [Emphasis added.]

I believe section 16.2 by its plain meaning took away any inherent or residual jurisdiction in the Court to allow for withdrawals of notices of discontinuance. Both law and logic suggest that there is no more scope or authority for doing so than there is for reopening a matter after the Court has rendered its judgment.

[28] In *Rutledge*, previously cited, the Court appears in paragraph 13 of its decision to have relied upon section 13 of the Act as legislative authority to set aside a deemed dismissal. That section gave the Court with respect to the attendance and examination of witnesses and other matters necessary for the due exercise of its jurisdiction the powers, rights and privileges that are vested in a superior court of record. That section has now been replaced [S.C. 2002, c. 8, s. 67] by a section which gives the Court the power to punish for contempt

contraire à l'intention du législateur de conclure que le rejet prévu au paragraphe 16.2(2) doit être traité comme un jugement de rejet auquel l'article 172 des Règles s'applique si les conditions nécessaires sont remplies.

[26] En pratique, c'est l'alinéa 172(2)a) des Règles qui sera le plus souvent invoqué lorsque le rejet réputé a été obtenu par la fraude ou par suite de faits survenus ou découverts après que le rejet a pris effet. Je m'empresse d'ajouter qu'en l'espèce, la fraude n'est pas alléguée et que, même s'il nous a invités à le faire, l'avocat du défendeur n'a pas pu signaler de faits survenus ou découverts après le rejet qui justifieraient l'application de l'article 172 des Règles.

[27] Le défendeur a soutenu que la Cour possédait une compétence inhérente qu'elle pouvait exercer en vue de permettre le retrait d'un avis de désistement. Je ne puis retenir cet argument compte tenu du paragraphe 16.2(2). Comme l'a dit avec raison I. H. Jacob dans un article intitulé «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, à la page 24:

[TRADUCTION] [. . .] la cour peut exercer sa compétence inhérente même à l'égard de questions qui sont réglementées par une loi ou par une règle judiciaire, dans la mesure où elle peut le faire sans contrevenir à une disposition législative. [Non souligné dans l'original.]

Je crois que, selon son sens clair, l'article 16.2 a éliminé toute compétence inhérente ou résiduelle que possède la Cour lorsqu'il s'agit de permettre le retrait d'un avis de désistement. Le droit et la logique donnent à entendre que la Cour n'a pas plus la latitude ou le pouvoir nécessaires pour le faire que pour rouvrir une affaire après avoir rendu jugement.

[28] Dans la décision *Rutledge*, précitée, la Cour semble, au paragraphe 13 de sa décision, s'être fondée sur l'article 13 de la Loi en tant qu'autorisation législative lui permettant d'annuler un rejet réputé. Cette disposition conférait à la Cour, en ce qui concerne la présence et l'interrogatoire des témoins et d'autres questions nécessaires à l'exercice de sa compétence, les pouvoirs, droits et privilèges conférés à une cour supérieure d'archives. Cette disposition a maintenant été remplacée [L.C. 2002, ch. 8, art. 67] par une disposition

of court. In any event, that provision had been interpreted in *McCambridge*, previously cited, at page 146, as not conferring upon the Board added jurisdiction: it merely gave the Board the ancillary powers of a superior court to exercise the jurisdiction conferred upon it by the Act.

Conclusion

[29] For these reasons, I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Tax Court of Canada and restore the deemed dismissal of the respondent's appeal.

NADON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

qui confère à la Cour le droit de punir un outrage au tribunal. Quoiqu'il en soit, dans l'arrêt *McCambridge*, précité, à la page 146, cette disposition avait été interprétée de façon à ne pas conférer une compétence supplémentaire à la Commission: elle conférait simplement à celle-ci les pouvoirs accessoires que possède une cour supérieure lorsqu'il s'agit d'exercer la compétence qui lui est reconnue par la Loi.

Conclusion

[29] Pour ces motifs, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'infirmes la décision de la Cour canadienne de l'impôt et je rétablirais le présumé rejet de l'appel du défendeur.

LE JUGE NADON, J.C.A.: Je soucis aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je soucis aux présents motifs.

IMM-2668-02
2003 FCT 527

IMM-2668-02
2003 CFPI 527

Vuy Ly (*Applicant*)

Vuy Ly (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: LY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: LY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{RE} INST.)

Trial Division, Russell J.—Toronto, April 7; Ottawa, April 28, 2003.

Section de première instance, juge Russell—Toronto, 7 avril; Ottawa, 28 avril 2003.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of I.R.B. Appeal Division decision denying, for want of jurisdiction, appeal from visa officer's decision deleting applicant's nephew's name from applicant's mother's permanent residence application — Officer unconvinced child's adoption valid under Cambodian law — Board concluding lacked jurisdiction as no refusal of family class member — Whether appeal procedure under Immigration Act, s. 77 available — Board decisions accorded high degree of deference — Review standard reasonableness simpliciter as question of mixed fact, law — If child not adopted, then orphan, within "member of the family class", Regulation s. 2(1) — As orphan, could have been sponsored in own right by applicant — Question whether child's deletion activating s. 77(3) appeal right — Whether child must submit separate application as independent member of family class — Landing application not refused pursuant to s. 77(1) — Unsatisfactory result ignoring human dimension, based on dry logic of statutory interpretation, to be avoided — Act, s. 3 providing Regulations to be administered to facilitate family unification policy — Nothing to prevent consideration of child as co-applicant, bringing him within Act, s. 77(1) — Board having jurisdiction in peculiar circumstances.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la CISR rejetant, pour défaut de compétence, l'appel d'une décision de l'agente des visas de retirer le neveu de la demanderesse de la demande de résidence permanente de sa grand-mère — L'agente n'était pas convaincue que l'adoption de l'enfant était reconnue en droit au Cambodge — La Commission a conclu qu'elle n'avait pas compétence parce qu'il n'y avait pas eu de rejet d'un parent — Pouvait-on se prévaloir du droit d'appel prévu en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration? — Les décisions de la Commission doivent faire l'objet d'un haut degré de retenue judiciaire — Comme il s'agit d'une question mixte de faits et de droit, la norme de contrôle est la décision raisonnable simpliciter — Si l'enfant n'est pas adopté, alors il est orphelin et donc un «parent», au sens de l'art. 2(1) du Règlement — Étant orphelin, il aurait pu être parrainé directement par la demanderesse — La question consiste à savoir si le retrait de l'enfant donne naissance au droit d'appel prévu à l'art. 77(3) — L'enfant devrait-il présenter une demande séparée en tant que parent indépendant? — La demande d'établissement n'a pas été rejetée en vertu de l'art. 77(1) — Il faut éviter un résultat insatisfaisant qui se fonderait sur la pure logique de l'interprétation des lois pour ne tenir aucun compte de la dimension humaine — L'art. 3 de la Loi porte que les règlements doivent être appliqués de façon à faciliter la politique de réunification des familles — Rien n'empêche de considérer l'enfant comme un codemandeur avec sa grand-mère, ce qui lui accorde le bénéfice de l'art. 77(1) de la Loi — Au vu des faits particuliers de l'espèce, la Commission a compétence.

This was an application for the judicial review of a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board denying applicant's appeal against a visa officer's decision deleting applicant's nephew from his grandmother's permanent residence application.

Cette demande de contrôle judiciaire porte sur une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant l'appel d'une décision de l'agente des visas de retirer le neveu de la demanderesse de la demande de résidence permanente de sa grand-mère.

Applicant, a Canadian citizen, applied to sponsor her mother for permanent residence. Her mother included on her landing application an adopted child, orphaned at age one. The child was deleted because the officer was not convinced that the "Certification of Adoption" issued by the local administration was recognized in Cambodia. In the letter communicating her decision, the officer noted that, under *Immigration Act*, section 77, there was no right of appeal but applicant nevertheless appealed and the Board rejected it for want of jurisdiction. In its reasons, the Board explained that a "sponsor only has a right of appeal from the refusal of an application by a member of the family class not from the refusal to include in the application an alleged dependant of such a member". It accordingly found that it lacked jurisdiction to hear the appeal, there having been no refusal of a member of the family class.

Held, the application should be allowed.

In *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, the Supreme Court of Canada held that Board decisions were to be accorded a high degree of deference and interfered with in but limited circumstances. That was a 1974 case, but it has been followed in recent decisions of this Court. The issue herein being one of mixed fact and law, the appropriate review standard was reasonableness *simpliciter*.

When the officer decided that there was inadequate evidence that the child had been adopted, that meant he was an orphan and within the definition of "member of the family class" in subsection 2(1) of the Regulations. The Minister's argument, that the child's relationship to applicant arose post-refusal, was misconceived. The child, if his adoption is not accepted, has always been applicant's nephew. As an orphan under 19, he could have been sponsored in his own right by applicant under paragraph 2(1)(e) of the definition of "member of the family class".

The question was whether the child's deletion constituted a refusal which would trigger the subsection 77(3) right to appeal or whether he could be looked upon only as an alleged dependant in the context of his grandmother's application. In other words, must the child submit a separate application for landing as an independent member of the family class for consideration on its merits? The child could have been sponsored directly by applicant had she known that his adoption would not be accepted. So what it came down to was whether, for there to be jurisdiction under subsection 77(3), must the deleted application have been made upon a member of the family class basis, or is it enough that the person refused

La demanderesse, citoyenne du Canada, a présenté une demande parrainée de résidence permanente pour sa mère. Sa mère a inscrit un fils adoptif, orphelin depuis l'âge d'un an, dans sa demande de droit d'établissement. L'agente a retiré l'enfant, parce qu'elle n'était pas convaincue que le «certificat d'adoption» délivré par l'administration municipale était reconnu au Cambodge. Dans la lettre où elle communique sa décision, l'agente mentionne qu'en vertu de l'article 77 de la *Loi sur l'immigration*, il n'y a pas de droit d'appel. La demanderesse a néanmoins interjeté un appel, que la Commission a rejeté pour défaut de compétence. Dans ses motifs, la Commission a expliqué que «le répondant n'a le droit d'interjeter appel que contre le rejet de la demande d'un parent et non contre le refus d'inscrire dans la demande une prétendue personne à charge de ce parent». Elle a donc conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel, parce qu'il n'y avait pas eu de rejet d'un parent.

Jugement: la requête est accueillie.

Dans l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, la Cour suprême du Canada a conclu que les décisions de la Commission devaient faire l'objet d'un degré élevé de retenue judiciaire et qu'on ne pouvait intervenir que dans des cas très limités. Cet arrêt date de 1974, mais notre Cour l'a appliqué dans certaines de ses décisions récentes. Comme il s'agit en l'espèce d'une question mixte de faits et de droit, la norme de contrôle est la décision raisonnable *simpliciter*.

Lorsque l'agente a décidé qu'il n'y avait pas une preuve suffisante d'adoption, l'enfant devenait un orphelin visé par la définition de «parent» au paragraphe 2(1) du Règlement. L'argument du ministre que le lien de parenté de l'enfant avec la demanderesse n'a été invoqué qu'après le rejet n'est pas fondé. Si l'on n'accepte pas l'adoption de l'enfant, il demeure toujours le neveu de la demanderesse. Étant un orphelin de moins de 19 ans, il aurait pu être parrainé directement par la demanderesse en vertu de l'alinéa 2(1)e) de la définition de «parent».

La question consiste à savoir si le retrait de l'enfant est l'équivalent d'un rejet donnant naissance au droit d'appel prévu au paragraphe 77(3), ou bien si l'on doit le considérer comme une personne dite à charge dans le contexte de la demande de sa grand-mère. En d'autres mots, l'enfant devrait-il présenter une demande séparée d'établissement en tant que parent indépendant, demande qui serait alors examinée au fond? L'enfant aurait pu être parrainé directement par la demanderesse, si elle avait su que son adoption ne serait pas reconnue. La question devient donc la suivante: pour qu'il y ait compétence en vertu du paragraphe 77(3), est-il nécessaire que la demande retirée ait été présentée au titre de parent, ou

was, in fact, a family class member? There apparently is no authority directly on point.

The obstacle to be overcome by applicant was that, for an appeal to be entertained under subsection 77(3), she has to show that the landing application was “refused pursuant to subsection (1)”. The fact was that the child’s refusal was not under subsection 77(1). But, in the circumstances of this case, that would lead to an unsatisfactory result based on the dry logic of statutory interpretation and ignoring the human dimension. Furthermore, to insist upon the making of a fresh application would be a poor use of the resources of our immigration system.

Section 3 of the Act declares that the reunion in Canada of Canadian citizens with their close relatives from abroad is a goal of Canadian immigration policy and that the rules and regulations are to be administered so as to facilitate this objective. There is nothing in the Act or Regulations to prevent the child being considered a co-applicant with his grandmother in view of his independent eligibility to be sponsored by applicant as a member of the family class and that would bring him within Act, subsection 77(1). Thus, the Board did have jurisdiction to entertain the appeal and its refusal to do so was, in the narrow and peculiar circumstances, unreasonable.

There was here no question for certification.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3, 77 (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15).

Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 2(1) “member of the family class” (as enacted by SOR/93-44, s. 1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] I.A.D.D. No. 1317 (QL); *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Khangura v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 311 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Kong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2001] I.A.D.D. No. 692 (QL); *Samra v.*

suffit-il que la personne rejetée ait en fait été un parent? Il ne semble pas y avoir de jurisprudence portant directement sur cette question.

La difficulté pour la demanderesse est liée au fait que pour se prévaloir d’un appel en vertu du paragraphe 77(3), elle doit démontrer que la demande d’établissement a été «rejetée en vertu du paragraphe (1)». La preuve démontre que la demande de l’enfant n’a pas été rejetée en vertu du paragraphe 77(1). Cette conclusion est hautement insatisfaisante parce qu’elle est fondée sur la pure logique de l’interprétation des lois et qu’elle ne tient aucun compte de la dimension humaine qui ressort des faits de l’espèce. De plus, le fait d’insister sur le dépôt d’une nouvelle demande équivaldrait à une fort mauvaise utilisation des ressources de notre régime d’immigration.

L’article 3 de la Loi porte que la politique canadienne d’immigration a pour objectif de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens avec leurs proches parents de l’étranger, et que les règles et règlements doivent être appliqués au vu de cet objectif. Il n’y a rien dans la Loi ou le Règlement qui empêche de considérer l’enfant comme un codemandeur avec sa grand-mère, étant donné qu’il est admissible de son propre chef au parrainage de la demanderesse en tant que parent, ce qui lui accorde le bénéfice du paragraphe 77(1) de la Loi. La Commission a donc compétence pour entendre l’appel et son refus de procéder était déraisonnable, au vu des faits très particuliers et étroits de l’affaire.

Il n’y a pas eu de question à certifier.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur l’immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3, 77 (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15).

Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172, art. 2(1) «parent» (édicte par DORS/93-44, art. 1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1998] I.A.D.D. n° 1317 (QL); *Boulis c. Ministre de la Main-d’œuvre et de l’Immigration*, [1974] R.C.S. 875; (1972), 26 D.L.R. (3d) 216; *Khangura c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 311 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

Kong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [2001] I.A.D.D. n° 692 (QL); *Samra c. Canada*

Canada (Secretary of State), [1994] F.C.J. No. 1110 (T.D.) (QL).

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Brar (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 149 (F.C.T.D.); *Coutinho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 858; [2002] F.C.J. No. 1137 (T.D.) (QL); *Habib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] I.A.D.D. No. 253 (QL); *Canadian Pasta Manufacturers Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.); *Jaworski v. Canada (Attorney General)* (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 142; 255 N.R. 167 (F.C.A.); *Bui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 144; [2001] F.C.J. No. 296 (T.D.) (QL); *Mann v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] I.A.D.D. No. 1647 (QL); *Samra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 193 F.T.R. 263; 9 Imm. L.R. (3d) 30 (F.C.T.D.); *Bailon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] F.C.J. No. 386 (C.A.) (QL); *Satinder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 102; 14 Imm. L.R. (3d) 146 (F.C.T.D.); *Kha v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 5 F.T.R. 150 (F.C.T.D.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dismissing, for want of jurisdiction, an appeal against a visa officer's decision deleting applicant's nephew from his grandmother's permanent residence application. Application granted.

APPEARANCES:

Cecil L. Rotenberg, Q.C. for applicant.
Rhonda M. Marquis for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Cecil L. Rotenberg, Q.C., Don Mills, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

(*Secrétaire d'État*), [1994] A.C.F. n° 1110 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Brar (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 149 (C.F. 1^{re} inst.); *Coutinho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 858; [2002] A.C.F. n° 1137 (1^{re} inst.) (QL); *Habib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] I.A.D.D. n° 253 (QL); *Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.); *Jaworski c. Canada (Procureur général)* (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 142; 255 N.R. 167 (C.A.F.); *Bui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 144; [2001] A.C.F. n° 296 (1^{re} inst.) (QL); *Mann c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] I.A.D.D. n° 1647 (QL); *Samra c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 193 F.T.R. 263; 9 Imm. L.R. (3d) 30 (C.F. 1^{re} inst.); *Bailon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 386 (C.A.) (QL); *Satinder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 102; 14 Imm. L.R. (3d) 146 (C.F. 1^{re} inst.); *Kha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 5 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant, pour défaut de compétence, l'appel d'une décision de l'agente des visas de retirer le neveu de la demanderesse de la demande de résidence permanente de sa grand-mère. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Cecil L. Rotenberg, c.r. pour le demandeur.
Rhonda M. Marquis pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Ceci L. Rotenberg, c.r., Don Mills (Ontario), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] RUSSELL J.: This is an application for judicial review of a decision of the Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the Board), dated May 8, 2002, dismissing the applicant's appeal from a decision of visa officer, Pauline Koh (the officer), dated September 25, 2001, in which the officer deleted the applicant's nephew from his grandmother's application for permanent residence.

BACKGROUND

[2] The applicant is a citizen of Canada who applied to sponsor her mother for permanent residence. Her mother included an adopted child on her application for landing. The child is Youk Lay Lmouk, the applicant's nephew, who was orphaned at the age of one when his parents were killed in 1986. The applicant submitted proof that her nephew had been adopted by her mother in the form of a "Certification of Adoption" issued by the local administration in Cambodia.

[3] The officer deleted Youk Lay Lmouk from his grandmother's application because she was not satisfied that the adoption was legally recognized in Cambodia. According to the officer, the only acceptable proof of adoption for children not living in the orphanages in Cambodia is a judgment issued by the Municipal Court. Because there was insufficient evidence to prove that the adoption was legally recognized in Cambodia, the applicant's nephew was found to be an ineligible applicant.

[4] The letter dated September 25, 2001, in which the officer communicated her decision to the applicant's mother, a copy of which was sent to the applicant, indicated that there was no right of appeal from the officer's decision to the Board under section 77 [as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 15] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the Act).

[5] The applicant, however, appealed the deletion of her nephew from the application to the Appeal Division on the ground that he is a member of the family class. The Board dismissed the appeal for lack of jurisdiction.

[1] LE JUGE RUSSELL: La présente demande de contrôle judiciaire porte sur une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission), datée du 8 mai 2002, rejetant l'appel d'une décision de l'agente des visas Pauline Koh (l'agente), datée du 25 septembre 2001, par laquelle elle retirait le neveu de la demanderesse de la demande de résidence permanente de sa grand-mère.

LE CONTEXTE

[2] La demanderesse est citoyenne du Canada et elle a présenté une demande parrainée de résidence permanente pour sa mère. Sa mère a inscrit un fils adoptif dans sa demande de droit d'établissement. L'enfant, Youk Lay Lmouk, est le neveu de la demanderesse et il est orphelin depuis l'âge d'un an, ses parents ayant été tués en 1986. À titre de preuve que son neveu avait été adopté par sa mère, la demanderesse a présenté un «certificat d'adoption» délivré par l'administration locale au Cambodge.

[3] L'agente a retiré Youk Lay Lmouk de la demande de sa grand-mère, parce qu'elle n'était pas convaincue que l'adoption était reconnue en droit au Cambodge. Selon l'agente, la seule preuve acceptable d'adoption d'un enfant n'habitant pas dans un orphelinat au Cambodge est un jugement de la Cour municipale. Étant donné qu'il n'y avait pas une preuve suffisante que l'adoption était reconnue en droit au Cambodge, le neveu de la demanderesse a été jugé être une personne inadmissible.

[4] Dans la lettre du 25 septembre 2001 par laquelle l'agente communique sa décision à la mère de la demanderesse, dont celle-ci a reçu copie, on trouve la mention du fait qu'il n'y a pas de droit d'appel de la décision de l'agente à la Commission en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 15] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (la Loi).

[5] Toutefois, la demanderesse a interjeté appel auprès de la section d'appel du retrait de son neveu de la demande, au motif qu'il est un parent. La Commission a rejeté l'appel pour défaut de compétence.

DECISION UNDER REVIEW

[6] The Board gave the following reasons in support of its decision:

The IAD can hear an appeal if it arises from the refusal of a sponsored application for permanent residence of a member of the family class. The member of the family class may include dependants in the application for landing. A “dependant” is not a member of the family class unless the dependant also comes within the definition of “member of the family class”. Where the application for landing made by the member of the family class has not been refused, and only the application for landing made by the alleged dependant has been refused the IAD has no jurisdiction to hear the appeal. A sponsor only has a right of appeal from the refusal of an application by a member of the family class not from the refusal to include in the application an alleged dependant of such a member.

In this case the sponsor’s nephew was deleted from the application of the sponsor’s mother as he was found by the visa officer to be an ineligible applicant who is claimed to be a dependent [*sic*]. According to the respondent no decision has yet been taken by Canadian immigration officials respecting the application of the sponsor’s mother. I therefore find that the IAD has no jurisdiction to hear the appellant’s appeal because there has been no refusal of a member of the family class.

PERTINENT LEGISLATION

[7] The relevant provisions of the Act are as follows:

3. It is hereby declared that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under this Act shall be designed and administered in such a manner as to promote the domestic and international interests of Canada recognizing the need

...

(c) to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

...

77. (1) Where a person has sponsored an application for landing made by a member of the family class, an immigration officer or a visa officer, as the case may be, may refuse to approve the application on the grounds that

LA DÉCISION SOUMISE AU CONTRÔLE

[6] La Commission a énoncé les motifs suivants à l’appui de sa décision:

La SAI peut entendre un appel s’il découle du refus d’une demande parrainée de résidence permanente d’un parent. Le parent peut comprendre un enfant à charge visé par la demande d’établissement. Une «personne à charge» n’est pas un parent à moins qu’elle ne soit également visée par la définition de l’expression «parent». Si la demande d’établissement présentée par le parent n’a pas été rejetée et que celle de la prétendue personne à charge l’a été, la SAI n’a pas compétence pour entendre l’appel. Le répondant n’a le droit d’interjeter appel que contre le rejet de la demande d’un parent et non contre le refus d’inclure dans la demande une prétendue personne à charge de ce parent.

En l’espèce, le neveu du répondant a été retiré de la demande de la mère du répondant parce que, selon l’agente des visas, le requérant s’avère une personne inadmissible qui est, à ce que l’on prétend, une personne à charge. Selon l’intimé, aucune décision n’a encore été prise par les responsables de l’Immigration canadienne relativement à la demande de la mère du répondant. Par conséquent, je conclus que la SAI n’a pas la compétence pour entendre l’appel de l’appelant parce qu’aucun rejet ne vise un parent.

LA LÉGISLATION PERTINENTE

[7] Les dispositions pertinentes de la Loi sont rédigées comme suit:

3. La politique canadienne d’immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la présente loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international et reconnaissent la nécessité:

[...]

c) de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l’étranger;

[...]

77. (1) L’agent d’immigration ou l’agent des visas, selon le cas, peut rejeter une demande parrainée d’établissement présentée par un parent pour l’un ou l’autre des motifs suivants—dont doit être alors informé le répondant:

(a) the person who sponsored the application does not meet the requirements of the regulations respecting persons who sponsor applications for landing, or

(b) the member of the family class does not meet the requirements of this Act or the regulations,

and the person who sponsored the application shall be informed of the reasons for the refusal.

...

(3) Subject to subsections (3.01), (3.02) and (3.1), a Canadian citizen or permanent resident who has sponsored an application for landing that is refused pursuant to subsection (1) may appeal to the Appeal Division on either or both of the following grounds:

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that there exist compassionate or humanitarian considerations that warrant the granting of special relief.

[8] The Regulations [*Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*] provide the following definition of “member of the family class” [as enacted by SOR/93-44, s. 1]:

2. (1) In these Regulations,

“member of the family class”, with respect to any sponsor, means

...

(e) the sponsor’s brother, sister, nephew, niece, grandson or granddaughter, who is an orphan and is under 19 years of age and unmarried,

ISSUE

[9] Did the Board err by unduly limiting its jurisdiction?

ARGUMENTS

Applicant

[10] The applicant submits that the Board erred in finding that there had been no refusal of a member of the

a) le répondant ne remplit pas les conditions fixées par les règlements;

b) le parent ne remplit pas les conditions fixées par la présente loi et ses règlements.

[...]

(3) S’il est citoyen canadien ou résident permanent, le répondant peut, sous réserve des paragraphes (3.01) et (3.1), en appeler devant la section d’appel en invoquant les moyens suivants:

a) question de droit, de fait ou mixte;

b) raisons d’ordre humanitaire justifiant l’octroi d’une mesure spéciale.

[8] On trouve la définition suivante de «parent» [édicte par DORS/93-44, art. 1] au Règlement [*Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172*]:

2. (1) Dans le présent règlement,

«parent» À l’égard d’un répondant, l’une des personnes suivantes:

[...]

e) son frère, sa sœur, son neveu, sa nièce, son petit-fils ou sa petite-fille, orphelins âgés de moins de 19 ans et non mariés;

LA QUESTION EN LITIGE

[9] La Commission a-t-elle commis une erreur en restreignant indûment sa compétence?

LES POINTS DE VUE

La demanderesse

[10] La demanderesse soutient que la Commission a commis une erreur en concluant qu’il n’y avait pas eu de

family class even though Youk Lay Lmouk was named as a “dependent” in the mother’s application for landing. The applicant’s nephew meets the definition of a “member of the family class” in subsection 2(1) of the Regulations. Therefore, his deletion from the application amounted to a refusal of a member of the family class. The Board had the jurisdiction to hear an appeal from the decision and should have done so.

[11] The applicant characterized the Board’s refusal of jurisdiction as an error of law, and the standard of review as correctness.

Respondent

[12] The respondent submits that the issue before this Court is largely a question of fact, and that the standard of review is, therefore, patent unreasonableness. The respondent cites *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Brar* (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 149 (F.C.T.D.), Dawson J.; *Coutinho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 858; [2002] F.C.J. No. 1137 (T.D.) (QL); *Habib v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1994] I.A.D.D. No. 253 (QL); *Canadian Pasta Manufacturers’ Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.), at page 333; *Jaworski v. Canada (Attorney General)* (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 142 (F.C.A.), at paragraph 72.

[13] The respondent further submits that the applicant bears the onus of establishing that there has been a refusal of a member of the family class and that the Board had the jurisdiction to hear the appeal in accordance with subsection 77(3) of the Act. The respondent cites *Bui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 144; [2001] F.C.J. No. 296 (T.D.) (QL), Lemieux J.; *Mann v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] I.A.D.D. No. 1647 (QL). The officer found that the applicant’s nephew had not been adopted in accordance with the laws of Cambodia, so that she was obliged to delete him from his grandmother’s application for landing. The

rejet d’un parent, même si Youk Lay Lmouk est porté comme «personne à charge» dans la demande d’établissement de la mère. Le neveu de la demanderesse est visé par la définition du mot «parent», qui se trouve au paragraphe 2(1) du Règlement. Par conséquent, son retrait de la demande équivaut en fait au rejet d’un parent. La Commission avait donc compétence pour entendre un appel de la décision, et elle aurait dû le faire.

[11] La demanderesse définit la décision de la Commission qu’elle n’a pas compétence comme une erreur de droit, la norme de contrôle étant celle de la décision correcte.

Le défendeur

[12] Le défendeur soutient que la question présentée à la Cour est essentiellement une question de fait, la norme de contrôle étant par conséquent celle de la décision manifestement déraisonnable. À l’appui de ce point de vue, le défendeur cite les décisions suivantes: *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Brar* (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 149 (C.F. 1^{re} inst.), juge Dawson; *Coutinho c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CFPI 858; [2002] A.C.F. n° 1137 (1^{re} inst.) (QL); *Habib c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] I.A.D.D. n° 253 (QL); *Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.), à la page 333; et *Jaworski c. Canada (Procureur général)* (2000), 25 Admin. L.R. (3d) 142 (C.A.F.), au paragraphe 72.

[13] Le défendeur soutient de plus que la demanderesse a le fardeau de démontrer qu’il y a eu rejet d’un parent et que la Commission avait compétence pour entendre l’appel en vertu du paragraphe 77(3) de la Loi. Le défendeur cite *Bui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 144; [2001] A.C.F. n° 296 (1^{re} inst.) (QL), juge Lemieux, et *Mann c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] I.A.D.D. n° 1647 (QL). L’agente a conclu que le neveu de la demanderesse n’avait pas fait l’objet d’une adoption reconnue en droit au Cambodge et qu’elle devait donc le retirer de la demande d’établissement de sa grand-mère. Le défendeur cite *Samra c. Canada*

respondent cites *Samra v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 193 F.T.R. 263 (F.C.T.D.), Muldoon J. Based on the submissions made in the sponsorship application, the only way the child could have been admitted was as a dependant of the principal applicant who is a member of the family class, and this was not done in the application before the officer. The respondent cites *Buttar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] I.A.D.D. No. 1317 (QL).

[14] The respondent relies on *Bailon v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] F.C.J. No. 386 (C.A.) (QL) for the proposition that, when a dependant is deleted from an application for landing, the principal applicant may seek remedy only by way of judicial review in this Court, and cannot use the appeal procedure under section 77 of the Act.

[15] The respondent argues that the applicant is, in effect, attempting to render the child a member of the family class following a determination that he was not. The applicant is seeking to obtain a right of appeal to the Board based on a relationship that only came into being after refusal. The officer's decision, therefore, was not a refusal of a member of the family class. The respondent cites *Kong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] I.A.D.D. No. 692 (QL); *Samra v. Canada (Secretary of State)*, [1994] F.C.J. No. 1110 (T.D.) (QL), Gibson J.

[16] Finally, the respondent submits that the applicant's written representations to the Board in response to the motion to dismiss the appeal for want of jurisdiction were insufficient to satisfy the applicant's onus of proof that the child was a member of the sponsor's family class. The applicant stated that the child was the sponsor's grandchild, which was not the case.

ANALYSIS

Standard of review

[17] The respondent submits that the issue before this Court is largely a question of fact, and that the standard of review is, therefore, patent unreasonableness.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) (2000), 193 F.T.R. 263 (C.F. 1^{re} inst.), juge Muldoon. Au vu des allégations présentées dans la demande de parrainage, pour que l'enfant soit admissible il aurait fallu qu'il soit présenté comme personne à charge de la demanderesse principale, qui est une parente, ce qui n'a pas été fait lorsque le dossier a été présenté à l'agente. Le défendeur cite *Buttar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] I.A.D.D. n° 1317 (QL).

[14] Le défendeur s'appuie sur *Bailon c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1986] A.C.F. n° 386 (C.A.) (QL) pour dire que lorsqu'une personne à charge est retirée d'une demande d'établissement, le demandeur principal ne peut utiliser la procédure d'appel prévue à l'article 77 de la Loi, son seul recours étant une demande de contrôle judiciaire.

[15] Le défendeur soutient qu'en fait, la demanderesse cherche à faire déclarer l'enfant comme un parent suite à une décision voulant qu'il n'en soit pas un. La demanderesse cherche à obtenir un droit d'appel à la Commission en se fondant sur un lien de parenté qui n'a été déclaré qu'après le rejet. Par conséquent, la décision de l'agente ne constitue pas le rejet d'un parent. Le défendeur cite *Kong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] I.A.D.D. n° 692 (QL); et *Samra c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1994] A.C.F. n° 1110 (1^{re} inst.) (QL), juge Gibson.

[16] Finalement, le défendeur soutient que les présentations écrites de la demanderesse à la Commission en réponse à la requête demandant le rejet de l'appel pour défaut de compétence ne suffisaient pas à satisfaire son fardeau de prouver que l'enfant était un parent de la personne qui voulait la parrainer. La demanderesse a déclaré que l'enfant était le petit-fils de la personne qui le parrainait, ce qui n'était pas le cas.

ANALYSE

La norme de contrôle

[17] Le défendeur soutient que la question soumise à la Cour est essentiellement une question de fait et donc que la norme de contrôle est celle de la décision manifestement déraisonnable.

[18] The Supreme Court of Canada in *Boulis v. Minister of Manpower and Immigration*, [1974] S.C.R. 875, at page 877 considered the issue of the standard of review applicable to decisions of the Board, and stated that they should receive a high degree of judicial deference and should be subject to interference only in limited circumstances, as described by Abbott J.:

In my opinion however, such an appeal can succeed only if it be shown that the Board (a) has refused to exercise its jurisdiction or (b) failed to exercise the discretion given under s. 15 in accordance with well established legal principles. As to those principles, Lord Macmillan speaking for the Judicial Committee said in *D.R. Fraser and Co. Ltd. v. Minister of National Revenue* [[1949] A.C. 24], at p. 36:

The criteria by which the exercise of a statutory discretion must be judged have been defined in many authoritative cases, and it is well settled that if the discretion has been exercised bona fide, uninfluenced by irrelevant considerations and not arbitrarily or illegally, no court is entitled to interfere even if the court, had the discretion been theirs, might have exercised it otherwise.

[19] Recent cases where this Court has adopted the *Boulis* standard of review include *Satinder v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 102 (F.C.T.D.), Heneghan J., at paragraphs 14-15, *Coutinho, supra*, note 5, at paragraphs 13-14, and *Khangura v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 311 (F.C.T.D.). O'Keefe J. has succinctly summarized the standard of review of decisions of the Board as follows at paragraph 21:

The appropriate standard of review of the Appeal Division's decision is one of correctness when it is dealing with a question of law and the standard of review when dealing with questions of mixed fact and law is reasonableness simpliciter. Findings of fact made by the Appeal Division should not be overturned unless they are clearly wrong.

[20] The issue before this Court is whether the Board erred in finding that it lacked jurisdiction to hear an appeal from the deletion of the applicant's nephew from his grandmother's application for landing. This issue

[18] Dans l'arrêt *Boulis c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1974] R.C.S. 875, à la page 877, la Cour suprême du Canada a examiné la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de la Commission, déclarant qu'elles devaient faire l'objet d'un degré élevé de retenue judiciaire et qu'on ne pouvait intervenir que dans des cas très limités, décrits ainsi par le juge Abbott:

À mon avis, cependant, un appel ne peut réussir que si l'on établit que la Commission a) a refusé d'exercer sa compétence ou b) n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 15 conformément aux principes de droit bien établis. Quant à ces principes, lord Macmillan, au nom du Comité judiciaire, dit dans l'arrêt *D. R. Fraser and Co. Ltd. c. Le ministre du Revenu national* [[1949] A.C. 24] à la page 36:

[TRADUCTION] Les critères selon lesquels il faut juger l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi ont été définis dans plusieurs arrêts qui font jurisprudence et il est admis que si le pouvoir discrétionnaire a été exercé de bonne foi, sans influence d'aucune considération étrangère, ni de façon arbitraire ou illégale, aucune cour n'a le droit d'intervenir, même si cette cour eût peut-être exercé ce pouvoir discrétionnaire autrement s'il lui avait appartenu.

[19] Parmi les affaires où notre Cour a adopté la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Boulis*, on trouve *Satinder c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2001), 205 F.T.R. 102 (C.F. 1^{re} inst.), juge Heneghan, aux paragraphes 14 et 15; *Coutinho*, précité, note 5, aux paragraphes 13 et 14, et *Khangura c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 191 F.T.R. 311 (C.F. 1^{re} inst.). Le juge O'Keefe a énoncé succinctement la norme de contrôle des décisions de la Commission comme suit, au paragraphe 21:

La norme de contrôle qui s'applique à la décision de la section d'appel est celle de la décision correcte lorsqu'une question de droit est en cause et celle de la décision raisonnable *simpliciter* lorsqu'une question de fait et de droit est en cause. Les conclusions de fait tirées par la section d'appel ne devraient être annulées que si elles sont manifestement erronées.

[20] La question dont la Cour est saisie consiste à savoir si la Commission a commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre un appel du retrait du neveu de la demanderesse de la

raises questions of mixed fact and law, and the standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

Was there a refusal of a member of the family class?

[21] In order for the Board to hear an appeal pursuant to subsection 77(1) of the Act, there must have been a refusal of an application for landing of a member of the family class. In other words, the deletion of an alleged dependant from the application of another person who is a member of the family class does not give rise to a right to appeal to the Board.

[22] The onus is on the applicant to prove that the deletion of her nephew from his grandmother's application amounts to a refusal of a member of the family class.

[23] When the officer decided that there was insufficient evidence to prove that Youk Lay Lmouk had been adopted by his grandmother, this amounted to a finding that he had not been adopted for the purposes of the Act. Youk Lay Lmouk, therefore, having not been adopted, was an orphan and fell within the definition of a "member of the family class" in subsection 2(1) of the Regulations.

[24] The respondent's argument that Youk Lay Lmouk's relationship to the applicant arose post-refusal is misconceived, and the cases which it cites can be distinguished on their facts. *Kong* involved an applicant who was adopted by the sponsor after her initial application was refused, and *Samra* was a case where the Board had made findings with respect to the credibility of a marriage with which this Court did not wish to interfere. In contrast, Youk Lay Lmouk, if his adoption is not accepted, has always been the applicant's nephew. The officer's determination that he had never been adopted by his grandmother meant that he remained an orphan. He is still under 19 years of age. Therefore, at all material times Youk Lay Lmouk could have been sponsored in his own right by the applicant pursuant to paragraph 2(1)(e) of the definition of "member of the family class."

demande d'établissement de sa grand-mère. Comme il s'agit d'une question mixte de faits et de droit, la norme de contrôle est la décision raisonnable *simpliciter*.

Y a-t-il eu rejet d'un parent?

[21] Pour que la Commission soit habilitée à entendre un appel en vertu du paragraphe 77(1) de la Loi, il doit y avoir eu rejet de la demande d'établissement d'un parent. En d'autres mots, le fait de retirer de la demande d'une personne qui est un parent une autre personne qu'on dit être à charge ne donne pas naissance à un droit d'appel à la Commission.

[22] C'est la demanderesse qui doit démontrer que le retrait de son neveu de la demande de sa grand-mère constitue le rejet d'un parent.

[23] Lorsque l'agente a décidé qu'il n'y avait pas une preuve suffisante pour démontrer que Youk Lay Lmouk avait été adopté par sa grand-mère, elle concluait en fait qu'il n'avait pas été adopté aux fins de la Loi. Par conséquent, n'ayant pas été adopté, Youk Lay Lmouk était un orphelin et il était visé par la définition de «parent» au paragraphe 2(1) du Règlement.

[24] L'argument du défendeur que le lien de parenté de Youk Lay Lmouk avec la demanderesse n'a été invoqué qu'après le rejet n'est pas fondé et les affaires sur lesquelles il s'appuie peuvent être distinguées au vu de leurs faits respectifs. *Kong* porte sur une demanderesse adoptée par la personne la parrainant après le rejet de sa demande initiale, et *Samra* est une affaire où la Commission avait tiré des conclusions au sujet de la crédibilité d'un mariage, dans lesquelles cette Cour ne voulait pas intervenir. Par contre, si l'on n'accepte pas l'adoption de Youk Lay Lmouk, il demeure toujours le neveu de la demanderesse. La conclusion de l'agente portant qu'il n'a jamais été adopté par sa grand-mère veut dire qu'il était toujours orphelin. Il n'a pas encore 19 ans. Par conséquent, durant toute l'époque pertinente Youk Lay Lmouk aurait pu être parrainé directement par la demanderesse en vertu de l'alinéa 2(1)e) de la définition de «parent».

[25] The difficulty then lies in deciding whether Youk Lay Lmouk's deletion from the application amounts to a refusal which triggers the right to appeal under subsection 77(3) of the Act, or whether he can only be considered as an alleged dependant in the context of his grandmother's application. In other words, it must be determined whether Youk Lay Lmouk should have to submit a separate application for landing as an independent member of the family class which would then be considered on its merits. The application before the officer, in so far as Youk Lay Lmouk was concerned, was not a family class application even though Youk Lay Lmouk was a member of the family class and could have been sponsored directly by the applicant had she known that his adoption by his grandmother would not be accepted.

[26] So does the jurisdiction to hear an appeal under subsection 77(3) of the Act require the refused or deleted application to have been made upon a member of the family class basis, or is it sufficient that the person refused was, in fact, a family class member?

[27] Neither the applicant or the respondent was able to cite an authority directly on point for this issue.

[28] The difficulty for the applicant is that, to come within the purview of subsection 77(3), she must show that the application for landing was "refused pursuant to subsection (1)." The grandmother's application has not been refused and Youk Lay Lmouk's application was not refused pursuant to subsection 77(1); it was, rather, deleted because the officer did not accept the adoption evidence and decided that Youk Lay Lmouk could not be considered as a dependant.

[29] The difficulty with this conclusion is that it appears to be highly unsatisfactory under the circumstances. It is based upon the dry logic of statutory interpretation and ignores the human dimension that arises on the present facts. After losing his parents at a young age, and having been cared for by his grandmother (whether as an adopted child or otherwise) Youk Lay Lmouk should not now be subjected to the

[25] La difficulté consiste alors à décider si le retrait de Youk Lay Lmouk de la demande est l'équivalent d'un rejet qui donne naissance au droit d'appel prévu au paragraphe 77(3) de la Loi, ou bien si l'on doit le considérer comme une personne dite à charge dans le contexte de la demande de sa grand-mère. En d'autres mots, il faut décider si Youk Lay Lmouk devrait présenter une demande séparée d'établissement en tant que parent indépendant, demande qui serait alors examinée au fond. S'agissant de Youk Lay Lmouk, la demande présentée à l'agente n'était pas une demande de parent, même si Youk Lay Lmouk était un parent et que la demanderesse aurait pu le parrainer directement si elle avait su qu'on ne reconnaîtrait pas la validité de son adoption par sa grand-mère.

[26] Pour qu'il y ait compétence pour entendre un appel en vertu du paragraphe 77(3) de la Loi, est-il nécessaire que la demande retirée ou rejetée ait été présentée au titre de parent, ou suffit-il que la personne rejetée ait en fait été un parent?

[27] La demanderesse et le défendeur n'ont pu citer de jurisprudence portant directement sur cette question.

[28] La difficulté pour la demanderesse est liée au fait que pour se prévaloir du paragraphe 77(3), elle doit démontrer que la demande d'établissement a été «rejetée en vertu du paragraphe (1)». La demande de la grand-mère n'a pas été rejetée et la demande Youk Lay Lmouk n'a pas été rejetée en vertu du paragraphe 77(1). En fait, cette dernière demande a été retirée parce que l'agente n'accordait pas foi à la preuve d'adoption et qu'elle a conclu que Youk Lay Lmouk ne pouvait être assimilé à une personne à charge.

[29] Cette conclusion crée des difficultés en ce qu'elle semble hautement insatisfaisante dans les circonstances. Elle se fonde sur la pure logique de l'interprétation des lois et ne tient aucun compte de la dimension humaine qui ressort des faits en l'espèce. Après avoir perdu ses parents alors qu'il était très jeune, sa grand-mère se chargeant de lui (comme fils adoptif ou autrement), Youk Lay Lmouk ne devrait pas maintenant être soumis

risk of separation from his family in the event that a new application has to be made for landing. In addition, to insist upon a completely new application would be a very poor use of the financial and other resources available to our immigration system. Fortunately, on these facts, there does appear to be a way out of this problem.

[30] Section 3 of the Act declares that Canadian immigration policy and the rules and regulations made under the Act must be designed and administered in such a manner as to “promote the domestic and international interests of Canada” and recognizing the need, *inter alia*, “to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad.” These objectives have been cited and applied many times by this Court and by the boards and officers fixed with the responsibility of administering statutory and regulatory provisions in particular cases.

[31] In this spirit, one such solution to the dilemma of the present case was made in *Buttar*, *supra*, a case cited by the respondent.

[32] In *Buttar*, *supra*, the Board suggested that an alleged dependant could be considered a coapplicant, with the right to have the application continue upon the death of the principal applicant, if the dependant also qualifies as a member of the family class. At paragraph 7 the Board said:

It is my view that the application for permanent residence of Surjit Kaur, and the appellant’s subsequent appeal from the refusal of Surjit Kaur’s application, came to an end upon Surjit Kaur’s death. This is not a case in which Sarabjit Kaur could be considered Surjit Kaur’s co-applicant, with the right to have her application continue to be processed. This could be possible in a case where both the principal applicant and his or her dependant are each eligible for sponsorship as members of the family class in their own right, as in the case of a husband and wife, for example, who are both parents of the sponsor. [Emphasis added.]

[33] Following this helpful suggestion, I see nothing in the Act or the Regulations to prevent Youk Lay Lmouk from being considered a coapplicant with his grandmother because of his independent eligibility to be

au risque d’être séparé de sa famille s’il est obligé de présenter une nouvelle demande d’établissement. De plus, le fait d’insister sur le dépôt d’une toute nouvelle demande équivaudrait à une fort mauvaise utilisation des ressources financières et autres de notre régime d’immigration. Heureusement, il semble qu’au vu des faits de l’affaire il existe une solution au problème auquel nous sommes confrontés.

[30] L’article 3 de la Loi porte que la politique canadienne d’immigration ainsi que les règles et règlements pris en vertu de la Loi visent, dans leur conception et leur mise en œuvre, «à promouvoir les intérêts du pays sur les plans intérieur et international» et reconnaissent notamment la nécessité «de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l’étranger». Ces objectifs ont été cités et appliqués maintes fois par notre Cour, ainsi que par les commissions et agents chargés d’appliquer les dispositions législatives à des cas précis.

[31] Dans cet esprit, on trouve une solution au dilemme que pose l’affaire présente dans *Buttar*, précité, une affaire citée par le défendeur.

[32] Dans *Buttar*, précité, la commission a avancé l’idée qu’une personne dite à charge pouvait être assimilée à un codemandeur, qui avait le droit d’obtenir le traitement de sa demande au décès du demandeur principal dans la mesure où il se qualifiait aussi comme parent. La Commission déclare ceci, au paragraphe 7:

Le tribunal est d’avis que la demande de résidence permanente de Surjit Kaur et l’appel subséquent déposé par l’appelant ont pris fin au décès de Surjit Kaur. Dans la présente affaire, Sarabjit Kaur ne peut être considérée comme la corequérante de Surjit Kaur et le traitement de sa demande ne peut se poursuivre. Cela est possible lorsque le requérant principal et sa personne à charge sont tous les deux admissibles au parrainage de leur plein droit à titre de membres de la catégorie des parents. Comme dans le cas d’un époux et d’une épouse, par exemple, qui sont tous les deux les parents du répondant. [Je souligne.]

[33] Au vu de cette suggestion fort utile, je ne vois rien dans la Loi ou le Règlement qui nous empêcherait de considérer Youk Lay Lmouk comme un codemandeur avec sa grand-mère, étant donné qu’il est admissible de

sponsored by the applicant as a member of the family class and thus brings him within the ambit of subsection 77(1) of the Act. Following this reasoning, the deletion of his name from the application for landing amounts to a refusal of a member of the family class. This approach is supported by section 3 of the Act, cited above, which favours a flexible interpretation of the Act and Regulations so long as such an interpretation does not run counter to any specific provisions of the legislation. See *Kha v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 5 F.T.R. 150 (F.C.T.D.), Muldoon J.; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 68.

[34] Because the applicant's nephew is a member of the family class and was deleted from the application for landing, the Board had jurisdiction to hear the appeal. Its refusal to do so was unreasonable in the circumstances. On the narrow and peculiar facts of this case, the Board erred by unduly limiting its jurisdiction, and the application for judicial review should be granted.

ORDER

THE COURT HEREBY ORDERS THAT:

1. The application for judicial review is allowed, the May 8, 2002, decision is set aside and the matter is remitted for reconsideration by a differently constituted panel.
2. No question will be certified.

son propre chef au parrainage de la demanderesse en tant que parent, ce qui lui accorde le bénéfice du paragraphe 77(1) de la Loi. En appliquant ce raisonnement, on peut conclure que le retrait de son nom de la demande d'établissement constitue le rejet d'un parent. Cette approche s'appuie sur l'article 3 de la Loi, précité, qui permet une interprétation souple de la Loi et du Règlement dans la mesure où une telle interprétation ne contrevient pas à une des dispositions spécifiques de la législation. Voir *Kha c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 5 F.T.R. 150 (C.F. 1^{re} inst.), juge Muldoon, et *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 68.

[34] Étant donné que le neveu de la demanderesse est un parent et que son nom a été retiré de la demande d'établissement, la Commission a compétence pour entendre l'appel et son refus de procéder était déraisonnable dans les circonstances. Au vu des faits très particuliers et étroits de la présente affaire, la Commission a commis une erreur en restreignant indûment sa compétence et la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE QUE:

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision du 8 mai 2002 est annulée, la question étant renvoyée pour nouvel examen par un tribunal différemment constitué.
2. Il n'y aura pas de question certifiée.

A-658-01
2003 FCA 197

A-658-01
2003 CAF 197

Canadian Parks and Wilderness Society (*Appellant*)

Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (*appelante*)

v.

c.

Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage and The Thebacha Road Society (*Respondents*)

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien et The Thebacha Road Society (*intimées*)

INDEXED AS: CANADIAN PARKS AND WILDERNESS SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE) (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ POUR LA PROTECTION DES PARCS ET DES SITES NATURELS DU CANADA C. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN) (C.A.)

Court of Appeal, Rothstein, Evans and Malone JJ.A.—
Edmonton, February 6; Ottawa, April 30, 2003.

Cour d'appel, juges Rothstein, Evans et Malone, J.C.A.—
Edmonton, 6 février; Ottawa, 30 avril 2003.

Environment — Minister approving proposal to establish winter road in national park — Decision to approve road made under Canada National Parks Act (CNPA), s. 8(1) — Under Act, s. 8(2), maintenance, restoration of ecological integrity first priority of Minister when considering all aspects of management of parks — Power to approve creation of road in park implied in broad responsibilities conferred on Minister by s. 8(1) — Minister's decision not patently unreasonable on material before her — Not role of reviewing Court to consider whether, given Minister's statutory duty to afford first priority to ecological integrity, assigned too much weight to social, economic factors and too little weight to ecological factors — Rational basis for conclusion proposed road not likely to cause significant adverse environmental effects — National Parks General Regulations, s. 12(1) permitting destruction of flora "for purposes of Park management" — Park management purposes expanded by decision itself so as to include whatever necessary to implement decision.

Environnement — Autorisation de la ministre de construire une route d'hiver dans un parc national — La décision d'autoriser la construction de la route a été prise en vertu de l'art. 8(1) de la Loi sur les parcs nationaux du Canada (LPNC) — En vertu de l'art. 8(2) de la Loi, la préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs — Le pouvoir d'autoriser la mise en place d'une route dans un parc découle implicitement des larges responsabilités conférées à la ministre par l'art. 8(1) — Au vu des éléments dont la ministre disposait, sa décision n'était pas manifestement déraisonnable — Le rôle de la Cour chargée du contrôle judiciaire n'est pas de savoir si, par rapport au devoir qu'impose la loi à la ministre d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique, elle a accordé trop de poids aux facteurs économiques et sociaux et trop peu aux facteurs écologiques — La conclusion que les effets négatifs sur l'environnement ne seraient probablement pas importants avait un fondement rationnel — L'art. 12(1) du Règlement général sur les parcs nationaux autorise la destruction de la flore «aux fins de la gestion du parc» — Les besoins de gestion du Parc sont accrus par suite de la décision elle-même de façon à englober ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la décision.

Administrative law — Judicial Review — Certiorari — Construction of winter road in national park approved by Minister after concluding proposed road not likely to cause significant adverse environmental effects — Minister relying on CNPA, s. 8(1) as legal authority to approve construction of road — Minister's interpretation of s. 8(1) reviewable on standard of correctness — Act, s. 8(2) providing ecological integrity first priority — Patent unreasonableness applicable standard of review as to whether Minister complied with s. 8(2) — Minister's approval of road justifiable decision

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — La ministre a autorisé la construction d'une route d'hiver dans un parc national après avoir conclu que les effets négatifs sur l'environnement ne seraient probablement pas importants — Elle s'est fondée sur l'art. 8(1) de la LPNC pour autoriser la construction de la route — L'interprétation de l'art. 8(1) par la ministre peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte — L'art. 8(2) de la Loi porte que la première priorité est l'intégrité écologique — La norme de contrôle applicable à la question de savoir si la ministre

pursuant to responsibility for administration, management, control of Park.

This was an appeal from a Trial Division decision dismissing an application for judicial review of the approval, by the Minister of Canadian Heritage, of a proposal to establish a winter road in Wood Buffalo National Park. The construction of a road along the route of a previous winter road has been contemplated since the early 1980s, and was accepted in principle in 1984 by the Wood Buffalo National Park Management Plan. Since the proposed road will travel along the route of an abandoned winter road, its construction will result in the destruction of less vegetation than if it were an entirely new road and will leave little permanent trace. It is anticipated that the road will be used principally to connect residents of existing and projected small communities of Aboriginal peoples in and adjacent to the Park. Environmental groups and local residents, including Aboriginal people, are concerned that the road may adversely affect their traplines in the Park. Other individuals, however, support its construction for the economic and social benefits that it is expected to bring to their isolated communities. Objections to the road were also raised by the Canadian Parks and Wilderness Society (CPAWS), the appellant herein. The Minister's decision to approve the construction of the winter road was based on an independent environmental screening assessment. The decision stated that any adverse environmental impact of the road would be insignificant, both because of its design and limited use, and because of the measures that would be taken to monitor and mitigate any unforeseen problems through "adaptive management" techniques. That decision was purportedly made pursuant to subsection 8(1) of the *Canada National Parks Act* (CNPA), which confers on the Minister responsibility for the administration, management and control of the Park, including the administration of the public lands within it. Subsection 8(2) of the CNPA provides that the maintenance or restoration of ecological integrity shall be the first priority of the Minister when considering "all aspects of the management of parks". The Trial Judge held that CNPA, subsection 8(1) provided the necessary legal authority to approve construction of the road; the approval of the road was not inconsistent with the duties imposed by subsection 8(2); and, the approval of the road in the discharge of the Minister's park management responsibilities rendered the destruction of flora in the course of construction "for purposes of Park management". Three issues were raised herein: (1) whether the Minister has the power to approve a road for non-park purposes under subsection 8(1) of the CNPA; (2) whether the Minister's approval of the road was in breach of the statutory requirement that "ecological integrity" shall be the "first priority" of the Minister when considering all aspects of park management; and (3) whether the road is being established "for purposes of Park management" so as

s'est conformée à l'art. 8(2) est celle de la décision manifestement déraisonnable — L'autorisation de la construction de la route par la ministre était justifiable en tant que décision prise dans l'exercice de ses responsabilités pour la gestion des parcs.

Cet appel portait sur la décision de la Section de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de l'autorisation accordée par la ministre du Patrimoine canadien de construire une route d'hiver dans le parc national Wood Buffalo. La construction d'une route qui suivrait l'emprise d'une ancienne route d'hiver était envisagée depuis le début des années 1980 et elle a reçu une acceptation de principe en 1984 dans le Plan directeur du parc national Wood Buffalo. Comme la route suivra le tracé de la route d'hiver abandonnée, sa construction va détruire moins de végétation que tout nouveau tracé et elle laissera peu de traces permanentes. Il est prévu que la route servira principalement à relier de petites communautés autochtones existantes, ou qu'on se propose d'établir, dans le Parc ou à proximité. Des groupes environnementaux et certains résidents locaux, y compris des Autochtones, s'inquiètent de l'impact négatif que pourrait avoir la route sur leurs territoires de piégeage dans le Parc. Par contre, d'autres personnes appuient le projet, pour obtenir les avantages économiques et sociaux que la route devrait apporter à leurs communautés isolées. La Société pour la protection des parcs et des sites naturels au Canada (SPPSNC), l'appelante en l'espèce, a aussi soulevé des objections. La décision de la ministre d'approuver la construction d'une route d'hiver était fondée sur un examen environnemental préalable indépendant. Cette décision portait que les effets négatifs sur l'environnement seraient peu significatifs, à la fois à cause du tracé de la route et de sa fréquentation limitée, et par suite des mesures de suivi et d'atténuation des problèmes imprévus adoptées dans le cadre d'une stratégie de «gestion adaptative». Cette décision est censée avoir été prise en vertu du paragraphe 8(1) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* (LPNC), qui place les parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, sous l'autorité de la ministre. Le paragraphe 8(2) de la LPNC prévoit que la préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique sont la première priorité du ministre «pour tous les aspects de la gestion des parcs». Le juge de première instance a conclu que le paragraphe 8(1) de la LPNC constitue l'autorité législative nécessaire pour autoriser la construction de la route; que l'autorisation de construire la route n'était pas incompatible avec l'obligation prévue au paragraphe 8(2); et que la décision de la ministre d'autoriser la construction de la route dans le cadre de sa responsabilité pour la gestion du parc faisait de la destruction de la flore au cours de la construction une activité «aux fins de la gestion du parc». Trois questions se posaient en l'espèce: 1) La ministre a-t-elle le pouvoir, en vertu du paragraphe 8(1) de la LPNC, d'autoriser la construction d'une route pour répondre à d'autres besoins que ceux du parc?; 2) l'autorisation accordée par la ministre pour la construction de la route violait-elle l'exigence de la législation

to authorize the issue of permits to destroy flora pursuant to subsection 12(1) of the Regulations.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) The Minister's interpretation of subsection 8(1) was reviewable on a standard of correctness. Subsection 8(1) details matters for which the Minister is responsible and confers power on the Minister to "use and occupy" park land. The latter power did not authorize the Minister to approve the construction of the road as the users and occupiers will be Thebacha and members of the public. Instead the power to approve the creation of a road in a park is implied in the broad responsibilities conferred on the Minister by subsection 8(1) subject to any indications to the contrary in the statute. The Minister's responsibility for the administration, management and control of parks includes meeting the transportation needs of the residents of the isolated communities in the Park, and implies the powers necessary for so doing. In reviewing the exercise of an implied management or administrative power by the Minister, the Court should afford considerable deference to the view of park officials that particular action was not inconsistent with the due discharge of the broad statutory duties to leave parks unimpaired (subsection 4(1)) and to give the first priority to ecological integrity (subsection 8(2)). Nothing in the Act or Regulations prohibits the construction of the road, and the implied powers under subsection 8(1) authorize the Minister to approve the road. Use and occupation of the land by the Thebacha Road Society will be "in accordance with the Act", provided that the use and occupation do not infringe any express restriction in the legislation and comply with the conditions imposed by the Minister in the exercise of her powers under subsection 8(1). The inclusion of a subject-matter in subsection 16(1) (regulation-making power) of the CNPA does not preclude the Minister from exercising her broad managerial and administrative discretion under subsection 8(1) with respect to the same subject-matter. The power in subsection 16(1) to make regulations and the implied power in subsection 8(1) are complementary, not mutually exclusive. Moreover, the making of regulations under subsection 16(1) is permissive, not obligatory. The Minister's approval was not unreasonable on the ground that it was inconsistent with National Parks Policy which permits road construction if the primary function is to serve park purposes. The road in question is not new, and its primary function is "to serve park purposes" because it will be primarily to benefit residents of the Park. The Minister was authorized by subsection 8(1) to approve the construction of the road.

qui veut que «l'intégrité écologique» soit la «première priorité» de la ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs?; et 3) la route est-elle mise en place «aux fins de la gestion du parc», justifiant ainsi la délivrance de permis pour la destruction de la flore en vertu du paragraphe 12(1) du Règlement?

Arrêt: l'appel est rejeté.

1) L'interprétation du paragraphe 8(1) par la ministre peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Le paragraphe 8(1) expose les responsabilités de la ministre et lui confère le pouvoir d'«utiliser et occuper» les terres d'un parc, mais ne lui donne pas le pouvoir d'autoriser la construction de la route en l'espèce, car les utilisateurs et occupants seront Thebacha et les membres du public. Le pouvoir d'autoriser la mise en place d'une route dans un parc découle implicitement des larges responsabilités conférées à la ministre par le paragraphe 8(1), sous réserve de toutes indications à l'effet contraire dans la Loi. La responsabilité de la ministre pour les parcs comprend la satisfaction des besoins de transport des résidents des communautés isolées situées dans le parc et implique l'existence des pouvoirs nécessaires à cette fin. En contrôlant l'exercice par la ministre d'un pouvoir implicite de gestion, la Cour devrait être très réservée face au point de vue des responsables du Parc voulant qu'une mesure donnée n'est pas incohérente avec le respect des devoirs imposés par la Loi de garder les parcs intacts (paragraphe 4(1)) et d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique (paragraphe 8(2)). Rien dans la Loi ou dans le Règlement n'interdit la construction d'une route, et les pouvoirs implicites conférés par le paragraphe 8(1) permettent à la ministre d'autoriser la construction de la route. L'utilisation et l'occupation des terres par la Thebacha Road Society seront «conforme[s] à la Loi», à condition qu'elles ne soient pas contraires à toute disposition restrictive expresse de la législation et qu'elles respectent les conditions imposées par la ministre dans l'exercice de ses pouvoirs prévus au paragraphe 8(1). La mention d'un sujet donné au paragraphe 16(1) de la LPNC (le pouvoir de prendre des règlements) n'empêche pas la ministre d'exercer ses larges pouvoirs discrétionnaires de gestion prévus au paragraphe 8(1) pour le même sujet. Le pouvoir de prendre des règlements prévu au paragraphe 16(1) et le pouvoir implicite au paragraphe 8(1) sont complémentaires et non mutuellement exclusifs. De plus, l'adoption d'un règlement en vertu du paragraphe 16(1) est facultative et non obligatoire. L'autorisation de la ministre n'est pas déraisonnable au motif qu'elle ne respecte pas la Politique des parcs nationaux, qui autorise la construction de routes dont le but premier est de répondre «aux besoins du parc». La route en question n'est pas une nouvelle route et son but premier est de «répondre aux besoins du parc», puisqu'elle répondra surtout aux besoins des habitants du Parc. Les pouvoirs octroyés à la

(2) A pragmatic or functional analysis led to the conclusion that patent unreasonableness was the applicable standard of review of the Minister's decision under subsection 8(2). Since subsection 8(2) provides that ecological integrity is the first priority, there must be other priorities to which the Minister may also have regard when considering the administration and management of the parks. That Parliament has conferred on the Minister broad responsibility for the administration, management and control of national parks, along with the powers necessary for its discharge, is an indication of its intent that the standard of review should be at the most deferential end of the range. In so far as this application for judicial review involved the Minister's findings of fact about the environmental impacts of the road, the standard of review is that contained in paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*. In reviewing the Minister's approval of the road on the ground that it was in breach of her duty under subsection 8(2), the Court must ask whether, on the basis of both the factors that the Minister had to consider and the material before her, it was patently unreasonable to have concluded that the road proposal was incompatible with maintaining as the first priority the ecological integrity of the Park through the protection of natural resources and processes. The Court on appeal had to determine not only the appropriate standard of review to be applied to the Minister's decision, but also the correct application of that standard.

It was submitted that, in exercising her discretion, the Minister failed to take into account a relevant consideration. It is true that the Minister ought to have referred explicitly to the "ecological integrity" test. However, the Minister did not commit a reviewable error when she failed to refer specifically to the need to ensure that the maintenance of ecological integrity was the first priority when exercising her power to approve the road under subsection 8(1). That a decision-maker does not expressly mention a relevant consideration in the reasons for decision does not necessarily mean that it was not in fact considered.

Counsel for CPAWS submitted that the decision to approve the road was patently unreasonable in view of the irrelevance of the road to the purposes of the park and the damage that it will cause to the ecological integrity of the Park. The Park purposes argument was based on subsection 4(1) of the CNPA which provides that the national parks are created for the "benefit, education and enjoyment" of the people of Canada. Subsection 4(1) does not provide a comprehensive statement of the purposes for which the Minister may exercise her

ministère par le paragraphe 8(1) lui permettaient d'autoriser la construction de la route.

2) L'approche pragmatique et fonctionnelle permet de conclure que la norme applicable à la décision de la ministre prise en vertu du paragraphe 8(2) est celle de la décision manifestement déraisonnable. Étant donné que le paragraphe 8(2) porte que la première priorité est l'intégrité écologique, il doit y avoir d'autres priorités dont la ministre peut tenir compte dans la gestion des parcs. Le fait que le législateur a conféré à la ministre une large responsabilité pour la gestion et l'administration des parcs nationaux, ainsi que les pouvoirs nécessaires pour s'en acquitter, est une indication de son intention que la norme de contrôle applicable comporte la plus grande réserve possible. Dans la mesure où la présente demande de contrôle judiciaire porte sur les conclusions de fait de la ministre au sujet des effets environnementaux de la construction de la route, la norme de contrôle est celle qui se trouve à l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En contrôlant l'autorisation donnée par la ministre de construire la route au motif qu'elle aurait enfreint les devoirs qui lui sont imposés par le paragraphe 8(2), la Cour doit se demander si, au vu des facteurs que la ministre devait examiner et des éléments dont elle disposait, il était manifestement déraisonnable d'arriver à la conclusion que le projet de route était incompatible avec le maintien comme première priorité de l'intégrité écologique du Parc par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques. En appel, la Cour devait déterminer non seulement la norme appropriée de contrôle de la décision de la ministre, mais aussi l'application correcte de cette norme.

On a soutenu que la ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'a pas tenu compte d'un élément pertinent. Il est vrai que la ministre aurait dû mentionner explicitement le critère de «l'intégrité écologique». Toutefois, la ministre n'a pas commis une erreur ouvrant droit à révision lorsqu'elle n'a pas précisé le besoin d'assurer que la première priorité soit accordée à la préservation de l'intégrité écologique dans l'exercice de son pouvoir d'autoriser la construction de la route en vertu du paragraphe 8(1). Le fait qu'un décideur n'a pas mentionné expressément un élément pertinent dans ses motifs de décision ne veut pas nécessairement dire qu'il n'en a pas tenu compte.

L'avocat de la SPPSNC soutient que la décision d'autoriser la construction de la route était manifestement déraisonnable au vu du fait que la route n'est pas requise pour l'atteinte des objectifs du Parc et du dommage qu'elle va causer à l'intégrité écologique du Parc. L'argument fondé sur les objectifs de gestion du parc s'appuyait sur le paragraphe 4(1) de la LPNC, qui porte que les parcs nationaux sont créés «à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances». Le paragraphe 4(1) ne constitue pas une

powers of management of national parks, including the administration of public lands situated within them. This would be unduly restricting. Subsection 4(1) is not worded as a statutory objects or purposes clause: it merely states for what purposes parks are created. The Minister's approval of the road pursuant to subsection 8(1) was justifiable as a decision made pursuant to her responsibility for the administration, management and control of the Park, including the administration of public lands within it. In principle, the Minister could approve the road proposal, even though it was not required for the operation of the Park or for the benefit, education and enjoyment of the people of Canada. Hence it was not patently unreasonable for the Minister to approve a scheme designed principally to alleviate the isolation of residents of the Park even though it does not advance any of the reasons for which national parks are created. It is not the role of a reviewing court to consider whether, given the Minister's statutory duty to afford the first priority to ecological integrity, she assigned too much weight to the social and economic factors and too little to the ecological.

As to damage to the Park's ecological integrity, there was a rational basis for the Minister's conclusion that, when combined with mitigative measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects, any adverse environmental effects were unlikely to be significant. CPAWS' memorandum of fact and law did not specify in what respects the ecological integrity of the Park would be degraded if the road were built. The material before the Minister, and the analysis of it in her reasons for decision, amply demonstrate that her approval of the road was neither patently nor simply unreasonable. A person who had given the first priority to the ecological integrity of the Park could reasonably have found that whatever possible environmental harm might result from the road was likely to be of limited significance and would be adequately controlled by the measures put in place to mitigate it.

(3) Subsection 11(1) of the *National Parks General Regulations* enables the director-general to issue a permit authorizing a person "to take flora or natural objects for scientific purposes from a Park or to remove natural objects for construction purposes". This provision does not apply herein since it only authorizes the destruction of flora or natural objects for scientific purposes, which do not include the construction of a road. Natural objects can be removed for construction purposes, but the definition of "natural objects" in section 2 excludes flora. Subsection 12(1) permits removal

déclaration complète des objectifs pour lesquels la ministre peut exercer son pouvoir de gestion des parcs nationaux, y compris des terres domaniales qui y sont situées. Une telle interprétation serait indûment restrictive. Le paragraphe 4(1) n'est pas une disposition énonçant les objectifs de la Loi: il ne fait que déclarer à quelles fins les parcs sont créés. L'autorisation de la construction de la route par la ministre en vertu du paragraphe 8(1) était justifiable en tant que décision prise dans l'exercice de ses responsabilités pour la gestion des parcs, y compris des terres domaniales qui y sont situées. La ministre pouvait en principe autoriser le projet de construction de la route, même si elle n'était ni nécessaire aux fins de gestion du Parc, ni conçue à l'intention de l'ensemble du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances. Donc, il n'était pas manifestement déraisonnable pour la ministre d'autoriser un projet dont l'objectif principal était de réduire l'isolement des membres des communautés habitant dans le parc, même si ce projet ne pouvait être rattaché à aucun des motifs de création des parcs nationaux. Le rôle de la cour chargée du contrôle judiciaire n'est pas d'examiner la question de savoir si, par rapport au devoir qu'impose la loi à la ministre d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique, elle a accordé trop de poids aux facteurs économiques et sociaux et trop peu aux facteurs écologiques.

Quant aux dommages à l'intégrité écologique du Parc, la conclusion de la ministre voulant qu'avec une combinaison des mesures d'atténuation et des stratégies de gestion adaptative pour identifier les effets imprévus et trouver des solutions, les effets négatifs sur l'environnement ne seraient probablement pas importants avait un fondement rationnel. Le mémoire des faits et du droit de la SPPSNC ne donne aucune précision quant à la dégradation de l'intégrité écologique du Parc qui serait causée par la construction de la route. Les éléments dont la ministre disposait et l'analyse qui en est faite dans les motifs de décision démontrent amplement que l'autorisation accordée pour la construction de la route n'était ni manifestement ni simplement déraisonnable. Une personne qui aurait donné la première priorité à l'intégrité écologique du Parc pouvait raisonnablement conclure que les dommages environnementaux qui pourraient résulter de la route seraient vraisemblablement de nature limitée et qu'on pouvait y faire face en utilisant les mesures prévues d'atténuation.

3) Le paragraphe 11(1) du *Règlement général sur les parcs nationaux* autorise le directeur général à délivrer un permis pour «l'enlèvement de la flore ou des matières naturelles à des fins scientifiques et pour l'utilisation de matières naturelles à des fins de construction». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, car elle ne fait qu'autoriser la destruction de la flore ou des matières naturelles à des fins scientifiques, ce qui ne peut comprendre la construction d'une route. On peut enlever les matières naturelles à des fins de construction, mais la définition de «matières naturelles» à l'article 2 exclut la

or destruction of flora “for purposes of Park management”. “Park management” is a broad concept: once a decision was taken to approve the road pursuant to the powers implied in the Minister’s statutory responsibility for the administration, management and control of national parks in subsection 8(1), park management purposes are expanded by the decision itself so as to include whatever is necessary to implement it. If subsection 8(1) enables the Minister to approve the road, the terms on which permits are granted constitute part of the legal structure regulating its construction by mitigating any possible adverse environmental effects. In this sense, permits are issued for the purposes of park management.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32, ss. 2(1) «ecological integrity», 4(1), 6(1), 8(1),(2), 16(1).
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 18, 20(1)(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14, s. 5(1.2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 39, s. 3).
National Parks General Regulations, SOR/78-213, ss. 2, 3, 10, 11(1), 12(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada, [1982] 2 S.C.R. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 222 D.L.R. (4th) 265; 24 Imm. L.R. (3d) 34; 297 N.R. 187 (F.C.A.).

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; 11 B.C.L.R. (4th) 1; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34.

REFERRED TO:

Mikisew Cree Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage), [2001] 1 C.N.L.R. 169; 214 F.T.R. 48 (F.C.T.D.); *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2001] 2 F.C. 461; (2001), 27 Admin. L.R. (3d) 229; 37 C.E.L.R. (N.S.) 1; 266 N.R. 169 (C.A.); *Canadian Pasta Manufacturers*

flore. Le paragraphe 12(1) autorise l’enlèvement ou la destruction de la flore «aux fins de la gestion du parc». La «gestion des parcs» est un concept large: une fois prise la décision d’autoriser la construction de la route en vertu des pouvoirs implicites de la ministre dans le cadre de sa responsabilité pour la gestion des parcs nationaux, prévue au paragraphe 8(1), les besoins de gestion du Parc s’étendent par suite de la décision pour englober ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la décision. Si le paragraphe 8(1) octroie à la ministre le pouvoir d’autoriser la construction de la route, les conditions rattachées au permis constituent un élément de la structure juridique qui entoure sa construction en prévoyant les mesures d’atténuation de tout effet environnemental négatif possible. C’est en ce sens que les permis sont délivrés aux fins de la gestion du parc.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 18 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 23), 20(1)a).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14, art. 5(1.2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 3).
Loi sur les parcs nationaux du Canada, L.C. 2000, ch. 32, art. 2(1) «intégrité écologique», 4(1), 6(1), 8(1),(2), 16(1).
Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213, art. 2, 3, 10, 11(1), 12(1).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; 44 N.R. 354; *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2002), 222 D.L.R. (4th) 265; 24 Imm. L.R. (3d) 34; 297 N.R. 187 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; 11 B.C.L.R. (4th) 1; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34.

DÉCISIONS CITÉES:

Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), [2001] 1 C.N.L.R. 169; 214 F.T.R. 48 (C.F. 1^{re} inst.); *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461; (2001), 27 Admin. L.R. (3d) 229; 37 C.E.L.R. (N.S.) 1; 266 N.R. 169 (C.A.); *Assoc. canadienne des fabricants*

Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd. (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.); *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 F.C. 331; (2002), 215 D.L.R. (4th) 550; 19 C.P.R. (4th) 417; 291 N.R. 61 (C.A.); *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

AUTHORS CITED

Parks Canada Guiding Principles and Operational Policies. Ottawa: Parks Canada, 1994, paragraphs 3.1.2, 4.4.4.

APPEAL from a Trial Division decision ((2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1) dismissing an application for judicial review of the approval, by the Minister of Canadian Heritage, of a proposal to establish a winter road in the Wood Buffalo National Park. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Brian A. Crane, Q.C., and *Timothy J. Howard* for appellant.
J. Trina Kondro for respondent The Thebacha Road Society.
Kirk N. Lambrecht, Q.C., for respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, and *Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, for appellant.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, for respondent The Thebacha Road Society.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Wood Buffalo National Park is the biggest national park in Canada and one of the world's largest. Situated

de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd. (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.); *Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 C.F. 331; (2002), 215 D.L.R. (4th) 550; 19 C.P.R. (4th) 417; 291 N.R. 61 (C.A.); *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1.

DOCTRINE

Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada. Ottawa: Parcs Canada, 1994, paragraphes 3.1.2, 4.4.4.

APPEL de la décision de la Section de première instance ((2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273; 212 F.T.R. 1) rejetant une demande de contrôle judiciaire de l'autorisation accordée par la ministre du Patrimoine canadien de construire une route d'hiver dans le parc national Wood Buffalo. Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Brian A. Crane, c.r., et *Timothy J. Howard* pour l'appelante.
J. Trina Kondro pour l'intimée The Thebacha Road Society.
Kirk N. Lambrecht, c.r., pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, et *Sierra Legal Defence Fund*, Vancouver, pour l'appelante.
Ackroyd, Piasta, Roth & Day LLP, Edmonton, pour l'intimée The Thebacha Road Society.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Le Parc national Wood Buffalo est le plus grand au pays et l'un des plus vastes au monde. Situé princi-

mainly in northern Alberta, and partly in the Northwest Territories, the Park measures nearly 45,000 square kilometres. It was established in 1922 especially to protect the resident bison and today remains home to the largest herd of free-roaming bison in the world. The Park also contains the last known nesting area of the endangered whooping crane, the finest example of gypsum karst landforms in North America, and vast undisturbed boreal forests. In recognition of its ecological importance, Wood Buffalo National Park was declared a UNESCO world heritage site in 1987.

[2] These proceedings arise from the approval of a proposal to establish a winter road in the Park. The road would occupy less than 1% of the park's total area. The Canadian Parks and Wilderness Society (CPAWS) applied for judicial review of the approval of the road by the Minister of Canadian Heritage, acting through her delegate, the Director General, Western and Northern, Parks Canada Agency. The Minister made the decision to approve the road after considering an environmental screening assessment report and concluding that the proposed road was "not likely to cause significant adverse environmental effects".

[3] In a decision rendered on October 16, 2001, and reported as *Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (F.C.T.D.), Gibson J. dismissed CPAWS' application for judicial review. This is an appeal by CPAWS from that decision. It advances three principal grounds on which Gibson J.'s decision should be set aside and the approval of the road quashed.

[4] First, the Minister has no power to approve the construction of a road for non-park purposes. Since such a power would be incompatible with the statutory scheme governing national parks, it cannot be inferred from the Minister's responsibility for the management of national parks, including the administration of public lands in the parks, that was conferred by subsection 8(1) of the *Canada National Parks Act*, S.C. 2000, c. 32 (CNPA), which came into force in February 2001.

palement au nord de l'Alberta, et en partie dans les Territoires du Nord-Ouest, il couvre une superficie de près de 45 000 kilomètres carrés. Créé en 1922 pour protéger les bisons qui y vivent, il constitue aujourd'hui un territoire où l'on trouve le plus gros troupeau de bisons en liberté au monde. Il contient aussi le dernier lieu connu de nidification des grues blanches, une espèce menacée, les plus beaux exemples de modelés de karst gypseux en Amérique du Nord, ainsi que de grandes forêts boréales intactes. En reconnaissance de son importance écologique, le Parc national Wood Buffalo a reçu le statut du site du patrimoine mondial de l'UNESCO en 1987.

[2] La présente affaire fait suite à l'autorisation de construire une route d'hiver dans le Parc. La route représente moins de 1 p. 100 de la superficie totale du Parc. La Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada (SPPSNC) a demandé le contrôle judiciaire de l'autorisation accordée par la ministre du Patrimoine canadien, par l'entremise de son représentant, le directeur général, région de l'Ouest et du Nord, Parcs Canada. La ministre a autorisé la construction de la route après avoir pris connaissance de l'examen environnemental préalable et conclu que la route proposée n'était pas «susceptible d'avoir d'effets négatifs importants sur l'environnement».

[3] Dans une décision prononcée le 16 octobre 2001, et publiée sous l'intitulé *Société pour la protection des parcs et des sites naturels du Canada c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)* (2001), 40 C.E.L.R. (N.S.) 273 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Gibson a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la SPPSNC. Celle-ci interjette appel de la décision du juge Gibson, s'appuyant sur trois motifs principaux pour la faire infirmer et pour faire annuler l'autorisation de construire la route.

[4] Premièrement, la ministre n'a pas le pouvoir d'approuver la construction d'une route qui ne répond pas aux besoins de la gestion du Parc. Comme ce pouvoir est incompatible avec le régime législatif régissant les parcs nationaux, on ne peut non plus en déduire l'existence de la responsabilité générale de la ministre pour la gestion des parcs nationaux, y compris les terres domaniales qui y sont situées, qui lui est octroyée par le paragraphe 8(1) de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, L.C. 2000, ch. 32 (LPNC), loi qui est entrée en vigueur en février 2001.

[5] Second, in approving the construction of the road, the Minister failed to discharge the statutory duty imposed by subsection 8(2) of the CNPA to make the “[m]aintenance or restoration of ecological integrity . . . the first priority of the Minister when considering all aspects of the management of parks.” In her reasons for decision, the Minister did not expressly take into account the maintenance of ecological integrity as the first priority, but referred only to the absence of significant adverse environmental effects. The Minister thus erred in law in the exercise of her discretion by failing to take into consideration a relevant factor or, in the alternative, the decision was unreasonable in light of the material before her.

[6] Third, subsection 12(1) of the *National Parks General Regulations*, SOR/78-213 (Regulations), authorizes the issue of permits for the destruction of any flora or natural objects in a park “for purposes of Park management.” However, since the proposed road will not serve park purposes, the superintendent has no power to issue a permit to authorize the destruction of flora necessary to construct the road.

[7] Having described briefly the principal arguments of the appellant, I turn now to the facts.

B. FACTUAL BACKGROUND

The parties

[8] The applicant for judicial review and appellant in this proceeding, CPAWS, is a national environmental group with a sizeable membership across Canada. It is active in the promotion and protection of parks and wilderness areas in Canada, and has opposed the proposal to construct a road in Wood Buffalo National Park by participating in the public consultative processes held in connection with it.

[9] The Minister of Canadian Heritage is a respondent to the application. The Minister is responsible for the direction of the Parks Canada Agency and for the management of national parks. The other respondent is the Thebacha Road Society. The Society is a non-profit group established by residents in and adjacent to the Park to promote the development of the road. Its mem-

[5] Deuxièmement, en autorisant la construction de la route, la ministre n’a pas respecté l’obligation que lui impose le paragraphe 8(2) de la LPNC de s’assurer que la «préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique [. . .] sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs». Dans ses motifs de décision, la ministre n’a pas mentionné précisément la préservation de l’intérêt écologique comme première priorité, se contentant de faire état de l’absence d’effets négatifs importants sur l’environnement. Par conséquent, la ministre a commis une erreur de droit dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en ne tenant pas compte d’un facteur pertinent ou, subsidiairement, sa décision était déraisonnable au vu des éléments dont elle disposait.

[6] Troisièmement, le paragraphe 12(1) du *Règlement général sur les parcs nationaux*, DORS/78-213 (le Règlement), autorise la délivrance de permis pour la destruction de la flore et de matières naturelles dans un parc «aux fins de la gestion du parc». Toutefois, comme la route proposée ne servira pas aux fins de la gestion du Parc, le directeur n’a pas le pouvoir de délivrer un permis pour la destruction de la flore nécessaire à la construction de la route.

[7] Ayant fait une brève description des arguments principaux de l’appelante, je vais maintenant exposer les faits.

B. LE CONTEXTE FACTUEL

Les parties

[8] La SPPSNC, demanderesse dans le cadre du contrôle judiciaire et appelante en l’espèce, est une organisation nationale environnementale qui a bon nombre de membres d’un bout à l’autre du Canada et qui se préoccupe de la protection des parcs et des sites naturels au Canada. Elle s’est opposée à la construction de la route dans le Parc national Wood Buffalo en participant au processus public de consultation à ce sujet.

[9] La ministre du Patrimoine canadien est l’une des intimées en l’espèce. Elle est chargée de la direction de l’Agence Parcs Canada, ainsi que de la gestion des parcs nationaux. L’autre intimée est la Thebacha Road Society. Thebacha est une société sans but lucratif, mise sur pied pour regrouper les résidents du Parc et de ses environs immédiats qui cherchent à obtenir la construc-

bers include the town of Fort Smith (population 2,500), which is located just outside the Park, Fort Smith Métis, the Salt River First Nation who live in Fort Smith, Smith's Landing First Nation, and the Little Red River Cree. If the road goes ahead, the Society, not Parks Canada, will be responsible for financing, constructing and maintaining it.

The proposed road

[10] The construction of a road along the route of a previous winter road, which was built in 1958 and abandoned in 1960, has been contemplated since the early 1980s, and was accepted in principle in 1984 by the Wood Buffalo National Park Management Plan. The present road proposal emerged from meetings in 1999 at Fort Smith between the Minister and supporters of a road.

[11] The road will be for winter use only and is unlikely to be open for more than about four months each year. It will be constructed mostly of compacted snow and ice and, except for two one-lane bailey bridges, ice bridges will be constructed to take the road across rivers in the Park. The road will be 118 kilometres in length, with a right-of-way of 10 metres in width. The road itself will be 8.4 metres wide, which will allow two vehicles to pass and snow to be stored on each side of the road.

[12] The road will join the communities at Garden River (population 360), in the southwest quadrant of the Park, and Peace Point, which is located on a First Nation reserve in the centre of the Park and comprises only 7 or 8 cabins. An existing all-season road run northeast from Peace Point to Fort Smith, and a winter snow road links Peace Point and Fort Chipewyan to the south.

[13] With the exception of a short diversion around the Peace Point Reserve, the road will travel along the route of the abandoned winter road, which had required a cut 30 metres wide. Although the bush has regrown in the forty or so years since the trees were cleared to accommodate the original road, parts of it are still accessible by snowmobile and all-terrain vehicles. Construction of the proposed road will thus result in the

tion d'une route. On trouve parmi ses membres la ville de Fort Smith (population de 2 500), située juste à l'extérieur du Parc, les Métis de Fort Smith, les membres de la Première nation de Salt River qui résident à Fort Smith, la Première nation de Smith's Landing et les Cris de Little Red River. Si le projet se réalise, c'est Thebacha et non Parcs Canada qui assumera l'entière responsabilité du financement, de la construction et de l'entretien de la route.

La route proposée

[10] La construction d'une route qui suivrait l'emprise d'une ancienne route d'hiver, construite en 1958 et abandonnée en 1960, est envisagée depuis le début des années 1980 et elle a reçu une acceptation de principe en 1984 dans le Plan directeur du Parc national Wood Buffalo. La proposition actuelle trouve sa source dans des réunions tenues en 1999 à Fort Smith, entre la ministre et les partisans de la construction d'une route.

[11] La route ne sera carrossable que l'hiver, probablement quatre mois par an au maximum. Elle sera construite essentiellement de glace et de neige compactée. À l'exception de deux ponts Bailey, la traversée des rivières du Parc se fera sur des ponts de glace. D'une longueur de 118 kilomètres, la route sera large de 8,4 mètres et son emprise de 10 mètres, ce qui permettra aux véhicules de se croiser et de repousser la neige sur le bas-côté.

[12] La route reliera la communauté de Garden River (population de 360), dans le secteur sud-ouest du Parc, à celle de Peace Point, qui est située sur la réserve d'une Première nation dans le centre du Parc et où l'on ne trouve que sept ou huit cabines. Présentement, une route toute saison mène de Peace Point à Fort Smith par le nord-est et une route d'hiver relie Peace Point et Fort Chipewyan au sud.

[13] À l'exception d'un court détour pour éviter la réserve de Peace Point, la route suivra le tracé de la route d'hiver abandonnée, dont la construction avait nécessité le déblaiement sur une largeur de 30 mètres. Bien que la forêt ait repris ses droits au cours de la quarantaine d'années écoulées depuis la coupe des arbres pour la construction d'origine, l'ancienne route est encore partiellement accessible par motoneige ou véhicule

destruction of less vegetation than if it were an entirely new road and will leave little permanent trace.

[14] Traffic on the road is expected to be very light, about 20 vehicles daily, and posted maximum speeds will vary from 10 to 40 kilometres per hour. Commercial vehicles will not be permitted to use the road. It is anticipated that the road will be used principally to connect residents of existing and projected small communities of Aboriginal peoples in and adjacent to the Park. These communities are extremely isolated and have access to only very basic services. The road will also provide people in Fort Smith with a shorter route in the winter to Edmonton, southern Alberta, and beyond.

The concerns

[15] The road proposal has proved to be very controversial. Opposition has come from environmental groups and some local residents, including Aboriginal people who are concerned that the road may adversely affect their traplines in the Park. Indeed, the Mikisew Cree First Nation, some of whose members live on the Peace Point Reserve, has successfully challenged the approval of the road on the ground that, in the absence of adequate consultation, the decision will unjustifiably interfere with their treaty rights to trap and hunt in the Park: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2001] 1 C.N.L.R. 169 (F.C.T.D.). This decision is currently under appeal. Other individuals, however, both in and outside the Park, including residents of Peace Point and other Aboriginal people, support the road for the economic and social benefits that it is expected to bring to their isolated communities.

[16] CPAWS' objections to the road are pitched at different levels. First is what I would term the "in principle" objection to any development in a national park that is not demonstrably required either for reasons of sound ecological management or for increasing public access to the wilderness without endangering it. In CPAWS' view, the proposal to construct a road does not meet these criteria because it is not required for any of the purposes for which the Park was created, but is merely

tout-terrain. La construction de la nouvelle route va donc détruire moins de végétation que tout nouveau tracé et elle laissera peu de traces permanentes.

[14] Selon les estimations, le trafic sur la route devrait être peu important, de l'ordre d'une vingtaine de véhicules par jour roulant à une vitesse de 10 à 40 kilomètres/heure. Les véhicules commerciaux n'y auront pas accès. Il est prévu que la route servira principalement à relier de petites communautés autochtones existantes, ou qu'on se propose d'établir, dans le Parc ou à proximité. Ces communautés sont très isolées et elles n'ont droit qu'à un strict minimum de services. La construction de la route fera qu'en hiver, le trajet de Fort Smith à Edmonton, ainsi que jusqu'au sud de l'Alberta et plus loin, sera raccourci.

Les préoccupations

[15] Le projet de route a suscité une vive controverse. L'opposition au projet provient de groupes environnementaux et de certains résidents locaux, y compris des Autochtones qui s'inquiètent de l'impact négatif que pourrait avoir la route sur leurs territoires de piégeage dans le Parc. En fait, la Première nation crie Mikisew, dont certains membres vivent sur la réserve de Peace Point, a contesté avec succès l'autorisation de construire la route au motif qu'en l'absence d'une consultation appropriée, cette décision porterait une atteinte injustifiée à leurs droits de chasse et de pêche dans le Parc, qui sont reconnus par traité: *Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 1 C.N.L.R. 169 (C.F. 1^{re} inst.). Cette décision a été portée en appel. Par contre, d'autres personnes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parc, y compris des résidents de Peace Point et d'autres Autochtones, appuient le projet, pour obtenir les avantages économiques et sociaux que la route devrait apporter à leurs communautés isolées.

[16] Les objections de la SPPSNC se situent à plusieurs niveaux. Premièrement, il y a ce que je qualifierais d'objection de «principe» à tout aménagement dans un parc national qui n'est pas manifestement nécessaire à sa bonne gestion écologique ou à une amélioration de l'accès du public aux sites naturels sans poser de risques. Du point de vue de la SPPSNC, le projet de construction d'une route ne répond pas à ces critères, parce que la route n'est pas nécessaire aux fins pour lesquelles le Parc

a means of satisfying a perceived regional transportation need.

[17] Second, CPAWS' opposition to the road is driven by a fear that incremental degradation poses a major threat to the integrity of the ecology of Canada's parks. That is, while an individual project may in itself cause no great environmental damage, the approval of one project makes others more difficult to resist. A park may thus be more vulnerable to death from a thousand small blows than from a single lethal attack.

[18] In the context of the present case, there is a concern that if the winter road is built it will be more difficult to prevent the construction of an all-season road. Such a road would bring much more traffic into the Park, require a more invasive form of construction and maintenance, and permanently scar the wilderness. Indeed, Fort Smith has already proposed the construction of an all-season road. While the Minister has stated that this proposal will not be approved, CPAWS believes that, once the winter road is operational, pressure to convert the winter snow road into an all-season road will inevitably increase and be difficult to resist.

[19] Third, CPAWS objects to the road because of both the specific damage that it is likely to cause to the ecology of the Park and the absence of any quantified offsetting "park-related" benefits. For instance, it is said that creating a clearing for the road will threaten the bison, the Park's "signature" natural phenomenon. Bison will be attracted to the road, to the peril of both bison and road users. The presence of the road will also enable bison to wander beyond the Park boundaries where they are liable to be shot by ranchers who fear that their cattle will be infected with the diseases common in bison. Poaching of bison is also likely to increase. In addition, construction of the road is said to pose threats to the Park's populations of caribou and fur-bearing animals.

a été créé, étant simplement une façon de répondre à ce qui semble être un besoin régional en matière de transports.

[17] Deuxièmement, l'opposition de la SPPSNC à la route trouve sa source dans la crainte d'une dégradation progressive qui constituerait un danger majeur pour l'écologie des parcs au Canada. En d'autres termes, même si un projet donné ne cause pas en lui-même des dommages environnementaux importants, l'approbation d'un projet fait qu'il est difficile de résister à d'autres demandes allant dans le même sens. La vie d'un parc peut donc être plus menacée par un millier de petits coups que par une seule attaque mortelle.

[18] Dans le contexte de la présente affaire, les inquiétudes portent sur le fait que si la route d'hiver est construite, il sera plus difficile d'empêcher la construction d'une route toute saison. Une telle réalisation amènerait une augmentation de la circulation dans le Parc, exigerait des opérations de construction et d'entretien plus envahissantes, et infligerait des dommages permanents à un site naturel. En fait, Fort Smith a déjà proposé la construction d'une route toute saison. Bien que la ministre ait déclaré qu'elle ne donnerait pas son autorisation à un tel projet, la SPPSNC croit qu'une fois la route d'hiver en service, les pressions pour la transformer en une route toute saison vont inévitablement augmenter et qu'il sera difficile d'y résister.

[19] Troisièmement, la SPPSNC s'oppose à la construction de la route à la fois à cause des dommages spécifiques qu'elle causerait à l'écologie du Parc, et de l'absence d'avantages compensatoires «liés à la gestion du Parc». Par exemple, on dit que le fait d'ouvrir la route va constituer une menace pour les bisons, l'animal emblématique qui donne son caractère au Parc. Les bisons seront attirés par la route, mettant ainsi en péril les animaux ainsi que les utilisateurs. L'existence de la route permettra aussi aux bisons de se rendre au-delà des limites du Parc, là où ils pourraient être tués par les éleveurs de bétail qui ont peur que leurs animaux soient infectés par les maladies du bison. Il y aura aussi vraisemblablement une augmentation du braconnage du bison. De plus, on prétend que la construction de la route représente des dangers pour les caribous et animaux à fourrure qui résident dans le Parc.

[20] Nor, in CPAWS' view, are the threats posed by the road confined to the Park's mammals. Clearing a route for the road will also result in the loss of the pine trees that have grown over the route of the original road, and the use of the road by vehicles from other areas will introduce "foreign invasive plant species" (weeds, in other words) which are liable to spread and disturb the Park's ecology. Weeds are likely to be detrimental to indigenous forms of plant life and to result in the reduction of the supply of food available for migrating songbirds, which may consequently disappear from the Park. Changes in habitat and human use of the road may also endanger the nesting grounds of whooping cranes and peregrine falcons. Removal of the top vegetation will increase the soil erosion caused by bison "wallowing".

[21] While proponents of the road point out that the human residents of and adjacent to the Park are themselves an important part of the Park's ecology, CPAWS complains that no socio-economic studies have been undertaken to identify and measure any such benefits which might justify the ecological hazards posed by the road. Further, since these benefits are not related to the purposes for which national parks are created, they should be given little or no weight when balanced against the maintenance of the ecological integrity of the Park.

The decision-making process

[22] In accordance with the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, section 18 (CEAA), Parks Canada developed terms of reference for independent consultants to subject the road proposal to an environmental screening assessment. In addition, Parks Canada initiated public hearings, surveys and workshops to consider the proposal. Reports from the screening assessment process became available in April and August 2000. They indicated that, because it was proposed to construct a narrow road mostly within the route of the previous road, little clearance would be required. Thus, re-establishing a winter road would cause minimal loss of habitat and fragmentation of the existing boreal forest. CPAWS no longer challenges the validity of the environmental assessment process.

[20] Selon la SPPSNC, la route n'est pas seulement une menace pour les mammifères du Parc. Le déblayage du tracé de la route exigera l'enlèvement de pins qui ont prospéré sur l'ancienne emprise. De plus, l'utilisation de la route par des véhicules venus d'ailleurs va causer l'introduction [TRADUCTION] «d'espèces végétales envahissantes étrangères» (en d'autres mots, des mauvaises herbes), qui sont susceptibles de s'étendre et de mettre en cause l'écologie du Parc. Les mauvaises herbes s'établiront probablement au détriment de la végétation indigène, ce qui amènera une diminution des sources d'alimentation des oiseaux chanteurs migrateurs qui pourraient cesser de fréquenter le Parc. Les changements dans l'habitat et l'utilisation par les humains de la route peuvent aussi comporter des risques pour les lieux de nidification des grues blanches et des faucons pèlerins. L'enlèvement de la végétation de surface va causer une accélération de l'érosion, causée par les bisons lorsqu'ils se roulent sur le sol.

[21] Bien que les partisans de la construction de la route soulignent que les humains qui résident dans le Parc ou à proximité sont une partie importante de l'écologie du Parc, la SPPSNC se plaint du fait qu'il n'y a pas eu d'études socio-économiques pour identifier et mesurer les avantages pouvant justifier les risques pour l'écologie que causera la route. De plus, comme ces avantages ne sont pas liés aux objectifs pour lesquels les parcs nationaux ont été créés, on ne devrait leur donner que peu de poids, sinon aucun, en pondérant cet aspect avec la préservation de l'intégrité écologique du Parc.

Le processus de décision

[22] En conformité de l'article 18 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 23] de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE), Parcs Canada a rédigé un mandat pour confier à des consultants indépendants la réalisation d'un examen environnemental préalable du projet de route. De plus, Parcs Canada a organisé des audiences publiques, des sondages et des ateliers pour examiner le projet. Les rapports de l'examen environnemental préalable ont été rendus publics en avril et en août 2000. Ils concluent qu'étant donné que la proposition vise la construction d'une route étroite suivant essentiellement le tracé de l'ancienne route, il y aura peu de déblaiement requis. Par conséquent, le fait de remettre en service une route d'hiver causerait des pertes minimales d'habitat et une très faible

[23] On the basis of these reports, the Minister's approval of the winter road was announced on May 25, 2001. The decision stated that any adverse environmental impact of the road would be insignificant, both because of its design and limited use, and because of the measures that would be taken to monitor and mitigate any unforeseen problems through "adaptive management" techniques.

[24] The concept of "adaptive management" responds to the difficulty, or impossibility, of predicting all the environmental consequences of a project on the basis of existing knowledge. It counters the potentially paralyzing effects of the precautionary principle on otherwise socially and economically useful projects. The precautionary principle states that a project should not be undertaken if it may have serious adverse environmental consequences, even if it is not possible to prove with any degree of certainty that these consequences will in fact materialize. Adaptive management techniques and the precautionary principle are important tools for maintaining ecological integrity.

[25] The decision to approve the road was purportedly made pursuant to subsection 8(1) of the CNPA, which confers on the Minister responsibility for the administration, management and control of the Park, including the administration of the public lands within it. Approval of the road has no discrete legal significance. It is not, for instance, a statutory pre-condition of some other administrative action. In fact, however, the approval was of considerable practical significance because it opened the way for the advancement of the project and led to the conclusion of an agreement for the construction and operation of the road. It was common ground before us that, although it had no legal effects, the Minister's decision to approve the road was subject to judicial review. The decision to approve the road also operates as an approval under paragraph 20(1)(a) of the CEAA.

[26] On July 3, 2001, Parks Canada and the Thebacha Road Society concluded a construction and operating

fragmentation de la forêt boréale existante. La SPPSNC a abandonné sa contestation de la validité du processus d'évaluation environnemental.

[23] Se fondant sur ces rapports, la ministre a annoncé qu'elle autorisait la construction de la route d'hiver le 25 mai 2001. Cette décision porte que les effets négatifs sur l'environnement seraient peu significatifs, à la fois à cause du tracé de la route et de sa fréquentation limitée, et par suite des mesures de suivi et d'atténuation des problèmes imprévus adoptées dans le cadre d'une stratégie de «gestion adaptative».

[24] Le concept de «gestion adaptative» est fondé sur le fait qu'il est difficile, sinon impossible, de prédire toutes les conséquences environnementales d'un projet avec les données connues. Il a pour but de pallier les effets paralysants potentiels du principe de précaution sur des projets qui peuvent avoir des avantages sociaux et économiques. Le principe de précaution veut qu'on ne donne aucune suite à tout projet qui pourrait avoir des effets négatifs importants sur l'environnement, même s'il n'est pas possible de démontrer avec quelque certitude que ces effets vont en fait se réaliser. Les méthodes de gestion adaptative et le principe de précaution sont des outils importants pour la préservation de l'intégrité écologique.

[25] La décision d'autoriser la construction de la route est censée avoir été prise en vertu du paragraphe 8(1) de la LPNC, qui place les parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, sous l'autorité de la ministre. L'autorisation de construire la route n'a pas de signification juridique précise. Par exemple, elle ne constitue pas une condition préalable légale à la prise de quelque autre mesure administrative. Toutefois, cette autorisation a en fait une importance pratique considérable, puisqu'elle a permis l'élaboration du projet et la conclusion d'une entente pour la construction et l'exploitation de la route. Les parties étaient toutes d'avis que même si la décision de la ministre d'autoriser la construction de la route n'avait pas d'effets juridiques, elle était soumise au contrôle judiciaire. La décision d'autoriser la construction de la route tient aussi lieu de l'autorisation requise en vertu de l'alinéa 20(1)a) de la LCEE.

[26] Le 3 juillet 2001, Parcs Canada et la Thebacha Road Society ont signé une entente de construction et

agreement which contains detailed specifications designed to minimize any adverse environmental effects resulting from the construction of the road. Monitoring and mitigative provisions in the agreement also govern the maintenance and operation of the road, as well as its closing at the end of each winter operating season and its opening at the beginning of the next. The agreement provides that non-compliance by Thebacha with these terms may lead either to the suspension of the operation of the road while the default is remedied or, if necessary, to closure of the road. In addition, the agreement permits Thebacha to use and occupy Park lands in order to construct and maintain the road. Various permits and permissions will be issued by Parks Canada under the relevant regulations to implement the agreement (including permits for the destruction of flora) and to provide mechanisms to ensure compliance with the mitigative measures.

[27] One other component of the administrative process should also be mentioned. In 1998, the Minister established a Panel on Ecological Integrity to advise on the development of new legislation, which ultimately became the CNPA. After the Act was passed, the Panel was disbanded. Before its demise, the Panel listed the road as one of the environmental stressors on national parks that it had visited.

[28] The Panel's particular achievement with respect to the CNPA appears to have been securing the expansion of the application of the principle of ecological integrity in subsection 8(2) of the Act, a provision that assumes considerable importance in this litigation. Under subsection 5(1.2) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 39, s. 3] of the previous statute, the *National Parks Act*, R.S.C., 1985, c. N-14 (NPA), the "[m]aintenance of ecological integrity" was "the first priority when considering park zoning and visitor use in a management plan." The Panel was of the view that the scope of this provision was too narrow and that Parks Canada had not always been sufficiently committed to implementing a policy of maintaining and restoring ecological integrity. In an attempt to ensure the necessary change in the Agency's culture, subsection 8(2) was added to the CNPA and provides that the maintenance or restoration of ecological integrity shall be the first

d'exploitation. Cette entente contient un cahier de charges dont l'objectif est de minimiser tout effet environnemental négatif lié à la construction de la route. Les dispositions de l'entente qui portent sur les mesures de suivi et d'atténuation s'appliquent aussi à l'entretien et à l'exploitation de la route, y compris la détermination des dates d'ouverture et de fermeture au début et à la fin de chaque saison hivernale. L'entente prévoit que le non-respect d'une de ces conditions par Thebacha pourrait mener à la suspension de l'exploitation de la route pendant qu'on trouve une solution au problème ou, si nécessaire, à la fermeture de la route. De plus, l'entente autorise Thebacha à utiliser et à occuper des terres du Parc aux fins de la construction et de l'entretien de la route. Pour donner suite à l'entente, Parcs Canada devra délivrer divers permis en vertu des règlements pertinents (y compris des permis pour la destruction de la flore), ainsi que pour prévoir les mécanismes de contrôle des mesures d'atténuation.

[27] Il y a lieu de faire état d'un autre aspect du processus administratif. En 1998, la ministre a créé une commission sur l'intégrité écologique pour obtenir des avis sur l'élaboration d'une législation nouvelle, qui est devenue la LPNC. Après l'adoption de la Loi, la Commission a mis fin à ses travaux. Alors qu'elle était toujours en activité, la Commission a mentionné la route parmi les facteurs de stress environnemental qui affectaient les parcs que ses membres avaient visités.

[28] La réalisation la plus notable de la Commission dans le cadre de la LPNC semble avoir été d'obtenir une application plus étendue du principe de l'intégrité écologique dans le paragraphe 8(2) de la Loi, une disposition qui est d'une grande importance dans ce litige. Selon le paragraphe 5(1.2) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 39, art. 3] de l'ancienne loi, la *Loi sur les parcs nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-14 (LPN), «[e]n ce qui concerne le zonage du parc et l'utilisation par les visiteurs», il importe en premier lieu de préserver l'intégrité écologique. La Commission considérait que cette disposition était d'application trop étroite et que Parcs Canada n'avait pas toujours fait les efforts requis pour mettre en œuvre une politique de préservation et de rétablissement de l'intégrité écologique. Afin d'obtenir les changements nécessaires dans la culture de l'Agence, on a inséré le paragraphe 8(2) dans la LPNC. Ce texte prévoit que la préservation ou le rétablissement de

priority of the Minister when considering “all aspects of the management of parks.”

C. THE DECISION OF THE TRIAL DIVISION

[29] CPAWS advanced a battery of arguments before Gibson J. in an attempt to persuade him that the Minister’s approval of the road and the decisions associated with it were unlawful, but he rejected them all. It is necessary to deal briefly with only those aspects of his reasons that are challenged in this appeal.

[30] First, Gibson J. held that the broad responsibility for the administration, management and control of parks, including the administration of public lands within the parks, conferred on the Minister by subsection 8(1) of the CNPA, provided the legal authority necessary to approve the construction of the road. He rejected the argument that subsection 8(1) should be construed more narrowly by virtue of the change in the wording from its predecessor, subsection 5(1.2) of the NPA. Nor was he persuaded that the express power conferred by subsection 16(1) of the CNPA on the Governor in Council to make regulations with respect to, among other things, the establishment and maintenance of roads, precluded implying in subsection 8(1) a power in the Minister to approve the construction and maintenance of a road in a park.

[31] Second, Gibson J. held that the approval of the road was not inconsistent with the duty imposed on the Minister by subsection 8(2) of the CNPA to give “the first priority” to the “maintenance or restoration of ecological integrity” of the Park “when considering all aspects of the management of parks.” He observed (at paragraph 52) that ecological integrity is not the only statutory priority of the Minister and that the Minister is required to engage in a “delicate balancing of conflicting interests” identified in the purposes provisions in subsection 4(1) of the CNPA.

[32] Third, Gibson J. rejected the argument that, because the Minister could only issue permits under subsection 12(1) of the Regulations to destroy flora or natural objects in a Park “for purposes of Park management”, she could not issue permits that would enable the road to be constructed because the road was not intended

l’intégrité écologique sont la première priorité du ministre «pour tous les aspects de la gestion des parcs».

C. LA DÉCISION EN PREMIÈRE INSTANCE

[29] La SPPSNC a présenté un éventail d’arguments au juge Gibson, dans le but de le convaincre que l’approbation de la construction de la route par la ministre, ainsi que les décisions y relatives, étaient illégales. Il a rejeté tous les arguments présentés. Je n’aborderai brièvement que les parties de ses motifs contestées dans le présent appel.

[30] Premièrement, le juge Gibson a conclu que la responsabilité générale de gestion des parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, confiée au ministre par le paragraphe 8(1) de la LPNC, constitue l’autorité législative nécessaire pour autoriser la construction de la route. Il a rejeté l’argument voulant que le paragraphe 8(1) doit être interprété de façon moins libérale au vu du changement de libellé par rapport au texte antérieur, le paragraphe 5(1.2) de la LPN. Il n’était pas non plus convaincu que la compétence expresse octroyée au gouverneur en conseil par le paragraphe 16(1) de la LPNC pour prendre des règlements à l’égard, notamment, de la mise sur pied et de l’entretien des voies routières, empêchait d’interpréter le paragraphe 8(1) comme octroyant au ministre le pouvoir requis pour autoriser la construction et l’entretien d’une route dans un parc.

[31] Deuxièmement, le juge Gibson a conclu que l’autorisation de construire la route n’était pas incompatible avec l’obligation imposée au ministre par le paragraphe 8(2) de la LPNC d’accorder «la première priorité» à «[l]a préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique» du Parc, «pour tous les aspects de la gestion des parcs». Il a fait remarquer (au paragraphe 52) que l’intégrité écologique n’est pas la seule priorité que la Loi impose à la ministre, celle-ci devant rechercher un «équilibre délicat entre des intérêts conflictuels», selon les objectifs précisés au paragraphe 4(1) de la LPNC.

[32] Troisièmement, le juge Gibson a rejeté l’argument voulant que comme la ministre ne peut délivrer des permis en vertu du paragraphe 12(1) du Règlement pour la destruction de la flore et de matières naturelles qu’«aux fins de la gestion du parc», elle ne pouvait délivrer des permis qui permettraient la construction de

to be used for Park management purposes. Gibson J. held that the approval of the road by the Minister in the discharge of her responsibility for Park management in and of itself rendered the destruction of flora in the course of the construction of the road “for purposes of Park management”.

D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[33] The following provisions of the now repealed *National Parks Act* were relied upon by CPAWS to indicate the nature of the changes made by the new statute, *Canada National Parks Act*, which is applicable to the case before us.

National Parks Act, R.S.C., 1985, c. N-14

5. (1) Subject to section 8.2, the administration, management and control of the parks shall be under the direction of the Minister.

...

(1.2) Maintenance of ecological integrity through the protection of natural resources shall be the first priority when considering park zoning and visitor use in a management plan.

[34] The following provisions of the *Canada National Parks Act* are most directly relevant to this appeal.

Canada National Parks Act, S.C. 2000, c. 32

2. (1)

...

“ecological integrity” means, with respect to a park, a condition that is determined to be characteristic of its natural region and likely to persist, including abiotic components and the composition and abundance of native species and biological communities, rates of change and supporting processes.

...

4. (1) The national parks of Canada are hereby dedicated to the people of Canada for their benefit, education and enjoyment, subject to this Act and the regulations, and the parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.

la route parce que celle-ci n’était pas censée être utilisée pour la gestion du Parc. Le juge Gibson a conclu que l’autorisation donnée par la ministre dans le cadre de sa responsabilité pour la gestion du Parc faisait de la destruction de la flore au cours de la construction de la route une activité «aux fins de la gestion du parc».

D. LE CADRE LÉGISLATIF

[33] La SPPSNC s’appuyait sur les dispositions suivantes de l’ancienne *Loi sur les parcs nationaux* pour indiquer la nature des changements apportés par la nouvelle *Loi sur les parcs nationaux du Canada*, applicable en l’espèce.

Loi sur les parcs nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-14

5. (1) Sous réserve de l’article 8.2, les parcs sont placés sous l’autorité du ministre.

[. . .]

(1.2) En ce qui concerne le zonage du parc et l’utilisation par les visiteurs, il importe en premier lieu de préserver l’intégrité écologique et, à cette fin, de protéger les ressources naturelles.

[34] Les dispositions suivantes de la *Loi sur les parcs nationaux du Canada* sont les plus pertinentes dans le cadre de cet appel.

Loi sur les parcs nationaux du Canada,
L.C. 2000, ch. 32

2. (1)

[. . .]

«intégrité écologique» L’état d’un parc jugé caractéristique de la région naturelle dont il fait partie et qui sera vraisemblablement maintenu, notamment les éléments abiotiques, la composition et l’abondance des espèces indigènes et des communautés biologiques ainsi que le rythme des changements et le maintien des processus écologiques.

[. . .]

4. (1) Les parcs sont créés à l’intention du peuple canadien pour son agrément et l’enrichissement de ses connaissances; ils doivent être entretenus et utilisés conformément à la présente loi et aux règlements de façon à rester intacts pour les générations futures.

...

[...]

8. (1) The Minister is responsible for the administration, management and control of parks, including the administration of public lands in parks and, for that purpose, the Minister may use and occupy those lands.

8. (1) Les parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, sont placés sous l'autorité du ministre; celui-ci peut, dans l'exercice de cette autorité, utiliser et occuper les terres domaniales situées dans les parcs.

(2) Maintenance or restoration of ecological integrity, through the protection of natural resources and natural processes, shall be the first priority of the Minister when considering all aspects of the management of parks.

(2) La préservation ou le rétablissement de l'intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs.

...

[...]

13. Except as permitted by this Act or the regulations,

13. Sauf dans la mesure permise par les autres dispositions de la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'aliéner les terres domaniales situées dans un parc, de concéder un droit réel ou un intérêt sur celles-ci, de les utiliser ou de les occuper.

(a) no public lands or right or interest in public lands in a park may be disposed of; and

(b) no person shall use or occupy public lands in a park.

...

[...]

15. (1) The Minister may

15. (1) Le ministre peut:

(a) enter into leases of, and easements or servitudes over, public lands in a park that are used for

a) louer ou assujettir à des servitudes des terres domaniales situées dans un parc qui servent déjà:

(i) the right-of-way of an existing railway line or the site of a railway station,

(i) soit d'emprise aux voies ferrées ou d'emplacement pour des gares ferroviaires,

(ii) the right-of-way of an existing oil or gas pipeline or the site of a tank, reservoir, pump, rack, loading facility or other installation connected with such a pipeline, or

(ii) soit d'emprise à un oléoduc ou un gazoduc ou d'emplacement pour des citernes, réservoirs, pompes, montures, installations de chargement ou autres s'y rapportant,

(iii) the right-of-way of an existing telecommunication or electrical transmission line or the site of an exchange, office, substation or other installation connected with such a transmission line;

(iii) soit d'emprise à des lignes de télécommunication ou de transport d'électricité ou d'emplacement pour tout central, bureau, sous-station ou autre installation s'y rattachant;

(b) enter into leases of, and easements or servitudes over, public lands in a park that are required for any alteration to or deviation from a right-of-way referred to in paragraph (a) or for the relocation of any station or installation referred to in that paragraph; or

b) louer ou assujettir à des servitudes des terres domaniales situées dans un parc qui sont nécessaires à la modification des emprises, gares ou autres installations existantes ou pour le changement de tracé de ces emprises ou le déplacement de ces installations;

(c) enter into leases or licences of occupation of, and easements or servitudes over, public lands in a park for the installation and operation of radio and television repeater stations, microwave towers, weather and telemetry stations and cosmic ray and other scientific monitoring stations.

c) louer des terres domaniales situées dans un parc — ou délivrer des permis d'occupation de celles-ci ou des servitudes à leur égard — pour l'installation et l'exploitation de stations d'amplification des ondes de télévision ou de radio, de tours à hyperfréquences, de

stations météorologiques ou télémétriques, de stations d'observation des rayons cosmiques ou d'autres stations scientifiques.

[. . .]

16. (1) The Governor in Council may make regulations respecting

16. (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant:

...

[. . .]

(f) the establishment, maintenance, administration and use of roads, streets, highways, parking areas, sidewalks, streetworks, trails, wharves, docks, bridges and other improvements, and the circumstances under which they must be open or may be closed to public traffic or use;

j) la mise sur pied, l'entretien, la gestion ainsi que l'usage des voies routières et autres infrastructures, y compris les trottoirs, sentiers, aires de stationnement, quais, docks et ponts, et les circonstances dans lesquelles elles doivent être ouvertes ou peuvent être fermées au public, sans que cela ait pour effet d'exclure des terres d'un parc;

[35] Also relevant are the following provisions of the *National Parks General Regulations*.

[35] Les dispositions suivantes du *Règlement général sur les parcs nationaux* sont aussi pertinentes.

National Parks General Regulations, SOR/78-213

Règlement général sur les parcs nationaux, DORS/78-213

10. (1) No person shall remove, deface, damage or destroy any flora or natural objects in a Park except in accordance with a permit issued under subsection 11(1) or 12(1).

10. (1) Sauf sur permis, nul ne peut enlever, mutiler, endommager ou détruire les matières naturelles ou la flore, même s'il s'agit de plantes mortes.

...

[. . .]

12. (1) The superintendent may issue a permit to any person authorizing the person to remove, deface, damage or destroy any flora or natural objects in a Park for purposes of Park management.

12. (1) Le directeur du parc peut délivrer un permis pour l'enlèvement, la mutilation, l'endommagement ou la destruction de la flore et de matières naturelles aux fins de la gestion du parc.

(2) A permit issued by the superintendent under subsection (1) shall specify the kind and amount of and the location from which flora or natural objects may be removed, defaced, damaged or destroyed and the conditions applicable to the permit.

(2) Ce permis indique le genre, la quantité et l'emplacement de la flore ou des matières naturelles pouvant être enlevées, mutilées, endommagées ou détruites et autres conditions applicables.

E. ISSUES AND ANALYSIS

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Issue 1: Does the Minister have the power to approve a road for non-park purposes under subsection 8(1) of the CNPA?

Question n° 1: La ministre a-t-elle le pouvoir, en vertu du paragraphe 8(1) de la LPNC, d'autoriser la construction d'une route pour répondre à d'autres besoins que ceux du parc?

The case for an implied power to approve a road

Les arguments en faveur du pouvoir implicite d'approuver la construction d'une route

[36] The Minister relies on subsection 8(1) of the CNPA as conferring the legal authority necessary to

[36] La ministre s'appuie sur le paragraphe 8(1) de la LPNC comme autorité légale nécessaire à l'autorisation

approve the construction of the road. The parties agreed, appropriately in my view, that the Minister's interpretation of subsection 8(1) was reviewable on a standard of correctness: compare *Bow Valley Naturalists Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2001] 2 F.C. 461 (C.A.), at paragraph 55 (Parks Canada's interpretation of the CEAA).

[37] For ease of reference, I set out subsection 8(1) again here.

8. (1) The Minister is responsible for the administration, management and control of parks, including the administration of public lands in parks and, for that purpose, the Minister may use and occupy those lands.

[38] This provision contains two elements. First, it details matters for which the Minister is responsible: "the administration, management and control of parks, including the administration of public lands in parks". Second, it confers power on the Minister by providing that the Minister "may use and occupy" public lands in parks for the purpose of administering them.

[39] In my opinion, the Minister's power to "use and occupy" park land does not authorize her to approve the road at issue in this case. The road is to be constructed by the Thebacha Road Society and used principally by people living in or adjacent to the Park. Accordingly, in so far as these activities constitute the use and occupation of public land in the Park, the users and occupiers will be Thebacha and members of the public, not the Minister. Their use and occupation will not be on behalf of the Minister, whose role in connection with the road is only to regulate and supervise the use and occupation of park land by others for their own purposes.

[40] Thus, if the Minister has the power to approve the construction and maintenance of the road, as well as its use, it must be derived from the responsibility conferred on the Minister for the administration and management of parks, including the administration of public lands in parks. Responsibility is not power. However, it will often be ineffective to confer responsibility without also granting the power necessary to discharge it. Responsi-

de la construction de la route. Les parties se sont mises d'accord, de façon appropriée selon moi, pour dire que l'interprétation du paragraphe 8(1) par la ministre peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte: comparer *Bow Valley Naturalists Society c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2001] 2 C.F. 461 (C.A.), au paragraphe 55 (l'interprétation de Parcs Canada de la LCEE).

[37] Pour faciliter la lecture, je reproduis à nouveau le paragraphe 8(1).

8. (1) Les parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées, sont placés sous l'autorité du ministre; celui-ci peut, dans l'exercice de cette autorité, utiliser et occuper les terres domaniales situées dans les parcs.

[38] Cette disposition contient deux éléments. Premièrement, elle expose les responsabilités du ministre, savoir: «[l]es parcs, y compris les terres domaniales qui y sont situées». Deuxièmement, elle confère des pouvoirs au ministre en précisant qu'il «peut [. . .] utiliser et occuper» les terres domaniales dans l'exercice de son autorité de gestion des parcs.

[39] Selon moi, le pouvoir de la ministre «d'utiliser et occuper» les terres d'un parc ne lui donne pas le pouvoir d'autoriser la construction de la route en l'espèce. La route doit être construite par la Thebacha Road Society et elle servira principalement aux personnes qui vivent dans le Parc ou à proximité. En conséquence, dans la mesure où ces activités sont une utilisation et une occupation des terres domaniales situées dans le Parc, les utilisateurs et occupants seront Thebacha et les membres du public et non la ministre. Leurs utilisation et occupation ne se feront pas au nom de la ministre, dont le rôle par rapport à la route ne consistera qu'à réglementer et à surveiller l'utilisation et l'occupation des terres du parc par d'autres personnes à leurs propres fins.

[40] Donc, si la ministre a le pouvoir d'autoriser la construction et l'entretien de la route, ainsi que son utilisation, il faut que ce pouvoir provienne de la responsabilité générale confiée à la ministre pour la gestion des parcs, y compris celle des terres domaniales qui y sont situées. En soi, l'octroi d'une responsabilité ne confère pas un pouvoir, bien qu'il ne servira pas souvent à grand-chose d'octroyer une responsabilité sans l'assortir

bility for the administration, management and control of parks, including the administration of public lands in parks, without the power to do anything would, in my opinion, deprive the statutory conferral of responsibility of much practical utility.

[41] Parliament is generally taken to intend to confer the powers necessary to give efficacy to the administrative schemes that it creates. One of the best-known modern judicial statements of this approach to the interpretation of legislation is found in the reasons of McIntyre J., when writing for the Court in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at page 7:

In construing statutes . . . which provide for far-reaching and frequently complicated administrative schemes, the judicial approach should be to endeavour within the scope of the legislation to give effect to its provisions so that the administrative agencies created may function effectively, as the legislation intended. In my view, in dealing with legislation of this nature, the courts should, wherever possible, avoid a narrow, technical construction, and endeavour to make effective the legislative intent as applied to the administrative scheme involved.

[42] Accordingly, I would conclude that the power to approve the creation of a road in a park is implied in the conferral of the broad responsibilities on the Minister by subsection 8(1) subject to any indications to the contrary elsewhere in the statute, to which CPAWS' other arguments are directed. In my opinion, the Minister's responsibility for the administration, management and control of parks includes meeting the transportation needs of the residents of the isolated communities in the park, and implies the powers necessary for so doing.

[43] In addition, I see no reason necessarily to limit the implied power to the approval of roads, or other projects, that are needed for implementing the purposes for which national parks are created as set out in subsection 4(1). These do not constitute the only purposes for which statutory powers are conferred on the Minister. However, this is not to say that the general management and administrative powers impliedly granted to the Minister with respect to the parks and park lands are untrammelled. Far from it. In particular, the powers are subject to two important limitations that are as general in

du pouvoir requis pour s'en acquitter. À défaut d'un pouvoir d'action, la responsabilité pour la gestion des parcs, y compris celle des terres domaniales qui y sont situées, rendrait, selon moi, l'octroi d'une responsabilité dans la Loi quasi inutile en pratique.

[41] En général, il est admis que le législateur a l'intention d'octroyer les pouvoirs nécessaires pour réaliser les objectifs des régimes administratifs qu'il crée. Un des meilleurs exposés judiciaires de notre époque sur la façon d'aborder l'interprétation de la législation se trouve dans les motifs du juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, à la page 7:

En interprétant des lois [. . .] qui mettent en place des arrangements administratifs souvent compliqués et importants, les tribunaux devraient, pour autant que les textes législatifs le permettent, donner effet à ces dispositions de manière à permettre aux organismes administratifs ainsi créés de fonctionner efficacement comme les textes le veulent. À mon avis, lorsqu'elles examinent des textes de ce genre, les cours devraient, si c'est possible, éviter les interprétations strictes et formalistes et essayer de donner effet à l'intention du législateur appliquée à l'arrangement administratif en cause.

[42] En conséquence, j'arrive à la conclusion que le pouvoir d'autoriser la mise en place d'une route dans un parc découle implicitement de l'octroi de larges responsabilités à la ministre par le paragraphe 8(1), sous réserve de toutes indications à l'effet contraire dans la Loi dont font état les autres arguments de la SPPSNC. Selon moi, la responsabilité de la ministre pour les parcs comprend la satisfaction des besoins de transport des résidents des communautés isolées situées dans le parc et implique l'existence des pouvoirs nécessaires à cette fin.

[43] De plus, je ne vois aucun motif impératif de restreindre le pouvoir implicite à la seule autorisation de construire des routes, ou de réaliser d'autres projets, nécessaires à la mise en œuvre des objectifs pour lesquels on a créé les parcs nationaux, tels qu'ils sont énoncés au paragraphe 4(1). Ce n'est pas uniquement à ces fins que la ministre a reçu des pouvoirs dans la Loi. Toutefois, je ne veux pas dire que les pouvoirs implicites de gestion octroyés à la ministre pour la gestion des parcs et des terres des parcs sont sans limites, au contraire. Ces pouvoirs sont notamment soumis à deux

nature as the powers themselves.

[44] First, any powers conferred by the Act must be exercised in a manner that is consistent with the duty imposed by subsection 4(1) of ensuring that parks are “maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations”. Second, and somewhat more specifically, subsection 8(2) provides:

8. . . .

(2) Maintenance or restoration of ecological integrity, through the protection of natural resources and natural processes, shall be the first priority of the Minister when considering all aspects of the management of parks.

[45] However, in reviewing the exercise of an implied management or administrative power by the Minister, acting through the Parks Canada Agency, the Court would afford considerable deference to the view of park officials that particular action was not inconsistent with the due discharge of the broad statutory duties to leave parks unimpaired and to give the first priority to ecological integrity. The standard of review applicable to determining whether the Minister has discharged this latter duty is a matter that I consider in connection with the second issue in this appeal.

Arguments against an implied power to approve a road

[46] I turn now to consider the arguments advanced on behalf of CPAWS to establish that the approach to the interpretation of regulatory legislation described in *Maple Lodge Farms* is inapplicable to the CNPA in general and to subsection 8(1) in particular.

[47] However, before examining the specific arguments advanced on behalf of CPAWS respecting the interpretation of subsection 8(1), I should note a more general observation that counsel made. Parliament has always exercised close supervision over Canada’s national parks. It would be inconsistent with the history of legislative oversight of the parks to construe the general power in subsection 8(1) as authorizing the Minister, acting through her delegate, to make decisions, such as approving the construction of a road, that would

réserver importantes, qui sont d’une nature aussi générale que les pouvoirs eux-mêmes.

[44] Premièrement, les pouvoirs octroyés par la Loi doivent être exercés d’une façon qui est cohérente avec le devoir imposé par le paragraphe 4(1) d’assurer que les parcs sont «entretenus et utilisés [. . .] de façon à rester intacts pour les générations futures». Deuxièmement, le paragraphe 8(2) précise plus particulièrement ceci:

8. [. . .]

(2) La préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs.

[45] Toutefois, en contrôlant l’exercice par la ministre, agissant par l’entremise de l’Agence Parcs Canada, d’un pouvoir implicite de gestion, la Cour serait très réservée face au point de vue des responsables du Parc voulant qu’une mesure donnée n’est pas incohérente avec le respect des devoirs imposés par la Loi de garder les parcs intacts et d’accorder la première priorité à l’intégrité écologique. Quant à la norme de contrôle applicable à la question de savoir si la ministre s’est acquittée de ce devoir, je vais l’examiner dans le cadre de la deuxième question à régler dans cet appel.

Les arguments à l’encontre du pouvoir implicite d’approuver la construction d’une route

[46] Je vais maintenant examiner les arguments présentés au nom de la SPPSNC pour démontrer que l’interprétation de la législation déléguée préconisée dans l’arrêt *Maple Lodge Farms* ne s’applique pas à la LPNC dans son ensemble, et tout particulièrement à son paragraphe 8(1).

[47] Toutefois, avant d’examiner les arguments spécifiques présentés au nom de la SPPSNC au sujet de l’interprétation du paragraphe 8(1), je dois faire état d’une remarque plus générale de son avocat. Le Parlement a toujours exercé une surveillance étroite des parcs nationaux du Canada. Il ne serait pas cohérent avec l’historique du contrôle législatif des parcs si on interprétait le pouvoir général octroyé par le paragraphe 8(1) comme autorisant la ministre, agissant par l’entremise de son délégué, à prendre des décisions qui pourraient avoir

have potentially serious adverse effects on a park.

[48] This submission was advanced as part of the background against which specific provisions of the Act should be interpreted, rather than as an independent ground for rejecting the Minister's interpretation of subsection 8(1).

(i) Comparison with the NPA

[49] CPAWS argued below that differences between the wording of subsection 8(1) and its predecessor, subsection 5(1) of the NPA, evidence a legislative intention to narrow the grant of any implied discretion in subsection 8(1). I agree with Gibson J.'s analysis on this point: CPAWS was seeking to read too much significance into relatively small textual changes. Since counsel did not press this argument before us, I need consider it no further.

(ii) The disposal and occupation of lands

[50] Counsel argued that sections 13 and 15 of the CNPA deal specifically with the disposal of park land and do not authorize the approval by the Minister of the road under consideration here.

13. Except as permitted by this Act or the regulations,

(a) no public lands or right or interest in public lands in a park may be disposed of; and

(b) no person shall use or occupy public lands in a park.

...

15. (1) The Minister may

(a) enter into leases of, and easements or servitudes over, public lands in a park that are used for

(i) the right-of-way of an existing railway line or the site of a railway station,

(ii) the right-of-way of an existing oil or gas pipeline or the site of a tank, reservoir, pump, rack, loading facility or other installation connected with such a pipeline, or

de sérieux effets négatifs sur un parc, par exemple en autorisant la construction d'une route.

[48] Cette allégation a été présentée pour établir le cadre dans lequel certaines dispositions de la Loi devaient être interprétées, et non comme un motif précis de rejeter l'interprétation que fait la ministre du paragraphe 8(1).

(i) Comparaison avec la LPN

[49] La SPPSNC a soutenu en première instance que les différences entre le libellé du paragraphe 8(1) et du texte antérieur, le paragraphe 5(1) de la LPN, démontrent que le législateur avait l'intention de limiter l'octroi de tout pouvoir discrétionnaire implicite dans le paragraphe 8(1). Sur cette question, je me range à l'analyse du juge Gibson selon lequel la SPPSNC accordait trop d'importance à des changements relativement mineurs de libellé. Comme leur avocat n'a pas insisté sur ce point devant nous, je ne m'y arrêterai pas plus longtemps.

(ii) L'aliénation et l'occupation des terres

[50] L'avocat a soutenu que les articles 13 et 15 de la LPNC traitent spécifiquement de l'aliénation des terres des parcs et qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'autorisation accordée par la ministre à la construction de la route en cause.

13. Sauf dans la mesure permise par les autres dispositions de la présente loi ou ses règlements, il est interdit d'aliéner les terres domaniales situées dans un parc, de concéder un droit réel ou un intérêt sur celles-ci, de les utiliser ou de les occuper.

[. .]

15. (1) Le ministre peut:

a) louer ou assujettir à des servitudes des terres domaniales situées dans un parc qui servent déjà:

(i) soit d'emprise aux voies ferrées ou d'emplacement pour des gares ferroviaires,

(ii) soit d'emprise à un oléoduc ou un gazoduc ou d'emplacement pour des citernes, réservoirs, pompes, montures, installations de chargement ou autres s'y rapportant,

(iii) the right-of-way of an existing telecommunication or electrical transmission line or the site of an exchange, office, substation or other installation connected with such a transmission line;

(b) enter into leases of, and easements or servitudes over, public lands in a park that are required for any alteration to or deviation from a right-of-way referred to in paragraph (a) or for the relocation of any station or installation referred to in that paragraph; or

(c) enter into leases or licences of occupation of, and easements or servitudes over, public lands in a park for the installation and operation of radio and television repeater stations, microwave towers, weather and telemetry stations and cosmic ray and other scientific monitoring stations.

[51] Counsel for CPAWS submitted that paragraph 13(a) prohibits the disposal of any land or interest in land in a park, except as permitted by the Act or regulations. Paragraphs 15(1)(a) and (b) set out the purposes for which the Minister may lease park lands, or create easements or servitudes over them. None of those purposes includes the construction of roads in a park.

[52] This is true but, in my opinion, irrelevant to the present inquiry. Implementation of the road proposal simply does not entail the Minister's entering into leases, easements or servitudes with respect to park lands, or disposing of any right or interest in park land.

[53] More to the point is paragraph 13(b), which prohibits any person from the use or occupation of land in a park, again except as is permitted by the Act or regulations. Paragraph 15(1)(c) authorizes the Minister to enter into, among other things, licences of occupation of public lands in a park. The construction of roads in a park is not one of the specific purposes for which the powers conferred by this paragraph are exercisable.

[54] The argument advanced on behalf of CPAWS is that the existence of an express and very restricted grant of power to enter into licences of occupation precludes interpreting subsection 8(1) as conferring by implication a much broader power in the Minister to permit others to occupy land in a park. A short answer to this argument

(iii) soit d'emprise à des lignes de télécommunication ou de transport d'électricité ou d'emplacement pour tout central, bureau, sous-station ou autre installation s'y rattachant;

b) louer ou assujettir à des servitudes des terres domaniales situées dans un parc qui sont nécessaires à la modification des emprises, gares ou autres installations existantes ou pour le changement de tracé de ces emprises ou le déplacement de ces installations;

c) louer des terres domaniales situées dans un parc — ou délivrer des permis d'occupation de celles-ci ou des servitudes à leur égard — pour l'installation et l'exploitation de stations d'amplification des ondes de télévision ou de radio, de tours à hyperfréquences, de stations météoro-logiques ou télémétriques, de stations d'observation des rayons cosmiques ou d'autres stations scientifiques.

[51] L'avocat de la SPPSNC a soutenu que l'article 13(a) interdit l'aliénation de toute terre d'un parc, ou la concession d'un droit réel ou d'un intérêt sur toute terre d'un parc, sauf dans la mesure permise par la Loi et ses règlements. Les alinéas 15(1)(a) et (b) énoncent à quelles fins la ministre peut louer toute terre du parc, ou l'assujettir à des servitudes. La construction de routes dans un parc n'est pas mentionnée dans ces textes.

[52] Selon moi, bien qu'elle soit vraie, cette assertion n'est pas pertinente en l'espèce. La réalisation du projet de construction de la route ne suppose aucunement que la ministre loue ou assujettisse des terres situées dans un parc à des servitudes, ou qu'elle concède un droit réel ou un intérêt sur celles-ci.

[53] L'article 13 est plus pertinent, puisqu'il interdit à quiconque d'utiliser ou d'occuper les terres situées dans un parc, sous réserve de ce que permet la Loi ou ses règlements. L'alinéa 15(1)(c) autorise notamment la ministre à délivrer des permis d'occupation des terres situées dans un parc. La construction de routes dans un parc n'est pas un des objectifs spécifiques pour lesquels on peut exercer les pouvoirs conférés par cet alinéa.

[54] Selon l'argument présenté au nom de la SPPSNC, l'octroi d'un pouvoir exprès et très limité d'accorder des permis d'occupation fait qu'on ne peut interpréter le paragraphe 8(1) comme conférant de façon implicite un pouvoir beaucoup plus large à la ministre d'autoriser d'autres personnes à occuper les terres d'un parc. On

would be that, when the Minister approved the construction of the road, she did not thereby enter into a licence of use and occupation. However, the approval of the road envisaged the making of an agreement between the Minister and Thebacha to implement the approval. Indeed, the operating agreement with Thebacha permits it to use and occupy Park land for the purpose of the construction and maintenance of the road. It is therefore appropriate to deal with this argument.

[55] Counsel for CPAWS acknowledged that paragraph 13(b) provides that a person may use or occupy park land, “as permitted by this Act or the regulations”. However, he submitted, this does not enable the Minister to rely on any power implied in subsection 8(1) to permit Thebacha to occupy the land for the construction of the road. This is because section 13 of the CNPA provides that permission to use or occupy park lands must be given by the Act, and not by a decision made under the Act. Counsel supported his position by contrasting the narrow wording of section 13 of the CNPA with the more generous wording of the predecessor provision, subsection 6(1) of the NPA, which provided that no person shall occupy public lands in a park, “except under the authority of this Act or the regulations [underlining added].”

[56] I agree that there is a difference between permission granted by, as opposed to under, the Act. However, section 13 also provides that a person may occupy land if permitted by the regulations. Section 3 of the Regulations provides as follows:

3. A person may use or occupy public lands or other public property within a Park if that person does so in accordance with the Act, the regulations made thereunder and any agreement made between the Government of Canada and the government of the province within which the Park is situated. [Underlining added.]

[57] Use or occupation of park land is thus permitted by the Regulations, and the only question is whether the permission granted by the Minister to Thebacha to occupy Park land to construct and maintain the road was “in accordance with the Act [or] the regulations”. Nothing in the Act or Regulations prohibits the construc-

tion. Il y a donc lieu d'examiner cet argument.

pourrait répondre à cet argument en disant simplement qu'en autorisant la construction de la route, la ministre n'a pas octroyé un permis d'utilisation et d'occupation. Toutefois, l'autorisation de construire la route supposait la conclusion d'une entente entre la ministre et Thebacha pour la mise en œuvre du projet. En fait, l'entente d'exploitation avec Thebacha autorise cette dernière à utiliser et occuper des terres du Parc à des fins de construction et d'entretien de la route. Il y a donc lieu d'examiner cet argument.

[55] L'avocat de la SPPSNC a admis que l'article 13 prévoit qu'une personne peut utiliser et occuper des terres d'un parc «dans la mesure permise par les autres dispositions de la présente loi ou ses règlements». Il soutient toutefois que cette disposition n'autorise pas la ministre à s'appuyer sur un pouvoir implicite tiré du paragraphe 8(1) pour permettre à Thebacha d'occuper les terres aux fins de la construction de la route, du fait que l'article 13 de la LPNC porte que l'autorisation d'utiliser ou d'occuper les terres du Parc doit se trouver dans la Loi et non dans une décision prise sous l'autorité de la Loi. L'avocat a étayé ce point de vue en mettant en parallèle le libellé restrictif de l'article 13 de la LPNC avec la formulation plus générale de l'ancienne disposition, le paragraphe 6(1) de la LPN, qui portait qu'il est interdit d'habiter les terres domaniales constituant des parcs «[s]auf autorisation de la présente loi ou de ses règlements».

[56] Je suis d'accord qu'il y a une différence entre une autorisation accordée dans la Loi, par rapport à une autorisation accordée sous l'empire de la Loi. Toutefois, l'article 13 prévoit aussi qu'une personne peut occuper des terres si le Règlement le permet. L'article 3 du Règlement est rédigé comme suit:

3. Les emplacements et les installations des parcs nationaux peuvent être utilisés à la condition que l'occupant se conforme à la Loi sur les parcs nationaux, à ses règlements et aux accords conclus entre le gouvernement fédéral et ceux des provinces concernées. [Soulignement ajouté.]

[57] L'utilisation ou l'occupation des terres du parc sont donc autorisées par le Règlement et la seule question consiste à savoir si le permis accordé par la ministre à Thebacha d'occuper les terres du Parc aux fins de la construction et de l'entretien de la route est «conforme à la Loi [. . .] [et] à ses règlements». Rien dans la Loi ou

tion of the road, and the Minister's implied powers under subsection 8(1) authorize her to approve the road. I am therefore of the view that Thebacha's use and occupation of the land will be "in accordance with the Act", provided that the use and occupation do not infringe any express restriction in the legislation and comply with the conditions imposed by the Minister in the exercise of her powers under subsection 8(1).

(iii) The regulation-making power

[58] Counsel for CPAWS noted that subsection 16(1) of the CNPA confers power on the Governor in Council to enact regulations respecting the "establishment, maintenance, administration and use of roads" (paragraph (j)), and "the control of traffic . . . including the regulation of the speed, operation and parking of vehicles" (paragraph (k)). The argument is that the existence of an explicit power to make regulations respecting the establishment of roads is incompatible with the implication of a power in the Minister under subsection 8(1) to approve the construction of roads. Counsel submitted that Parliament required the enactment of a regulation to authorize the establishment of a road, rather than merely a decision by the Minister or her delegates, in order to ensure the greater degree of political accountability required by Parliament with respect to Canada's national parks.

[59] I cannot accept this argument. I am not persuaded that the inclusion of a subject-matter in subsection 16(1) impliedly precludes the Minister from exercising her broad managerial and administrative discretion under subsection 8(1) with respect to the same subject-matter. Rather, I would read the power in subsection 16(1) to make regulations and the implied power in subsection 8(1) as complementary, not mutually exclusive. Moreover, the making of regulations under subsection 16(1) is permissive, not obligatory. However, when a regulation is made on a topic, I would think that the Minister could not exercise her discretion under subsection 8(1) in a manner that is inconsistent with that regulation.

dans le Règlement n'interdit la construction d'une route, et les pouvoirs implicites conférés à la ministre en vertu du paragraphe 8(1) lui permettent d'autoriser la construction de la route. Par conséquent, je suis d'avis que l'utilisation et l'occupation des terres par Thebacha seront «conforme[s] à la Loi», à condition que cette utilisation et cette occupation ne soient pas contraires à toute disposition restrictive expresse de la législation et qu'elles respectent les conditions imposées par la ministre dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu du paragraphe 8(1).

(iii) Le pouvoir réglementaire

[58] L'avocat de la SPPSNC a fait remarquer que le paragraphe 16(1) de la LPNC autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant «la mise sur pied, l'entretien, la gestion ainsi que l'usage des voies routières» (alinéa j)), et «la réglementation de la circulation [. . .] notamment pour la vitesse, la conduite et le stationnement des véhicules» (alinéa k)). L'argument veut que l'existence d'un pouvoir explicite d'adopter des règlements au sujet de la mise sur pied de routes est incompatible avec l'existence d'un pouvoir implicite, qui serait accordé à la ministre par le paragraphe 8(1), d'approuver la construction de routes. L'avocat a soutenu que le législateur voulait que la mise sur pied d'une route soit soumise à l'adoption d'un règlement, plutôt qu'à une simple décision de la ministre ou de son délégué, afin d'assurer le haut degré d'imputabilité politique que le Parlement exige lorsque les parcs nationaux du Canada sont en cause.

[59] Je ne peux me ranger à ce point de vue. Je ne suis pas convaincu que la mention d'un sujet au paragraphe 16(1) vient implicitement empêcher la ministre d'exercer ses larges pouvoirs discrétionnaires de gestion prévus au paragraphe 8(1) pour le même sujet. J'interprète plutôt le pouvoir de prendre des règlements prévu au paragraphe 16(1) et le pouvoir implicite au paragraphe 8(1) comme complémentaires et non mutuellement exclusifs. De plus, l'adoption d'un règlement en vertu du paragraphe 16(1) est facultative et non obligatoire. Je suis toutefois d'avis que, lorsqu'un règlement est adopté sur une question donnée, la ministre ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 8(1) d'une manière qui ne respecterait pas ce règlement.

[60] An examination of the wide range of matters on which regulations may be made under subsection 16(1) shows that CPAWS' interpretation would seriously impede the ability of the Minister, acting through the Parks Canada Agency, to discharge the responsibilities conferred by subsection 8(1). Indeed, paragraph 16(1)(a) provides that regulations may be made respecting "the preservation, control and management of parks" [underlining added]. If CPAWS were correct, the Minister would have no power, in the absence of regulations, to do anything under subsection 8(1) to enable her to discharge her responsibility for the management and control of parks.

[61] I should emphasize that CPAWS' argument is not limited to the situation where there is a conflict between a regulation made under subsection 16(1) and the exercise of discretion under subsection 8(1). We were not advised of any regulation made under paragraph 16(1)(f) respecting the establishment of roads in national parks. Rather, the argument is that the mere existence of an unexercised regulation-making power on a given topic is sufficient to withdraw that topic from subsection 8(1). As I have indicated, I cannot ascribe to Parliament an intention that would so hamper the effective administration, management and control of parks.

(iv) National Parks Policy

[62] While counsel could not suggest that the Minister's approval of the road in question here was inconsistent with any applicable regulation, he did submit that it was not in compliance with Parks Canada's National Parks Policy. Paragraph 4.4.4 of the non-statutory document, *Parks Canada Guiding Principles and Operational Policies* provides:

4.4.4.

Roads and trails may be constructed if their primary function is to serve park purposes, they have been approved under the park management plan and they meet the full requirements of the Federal Environmental Assessment and Review Process. New roads and trails that constitute through routes designed to serve other than park purposes will not be considered.

[63] Whether or not failure to comply with this policy could constitute a ground for setting aside the Minister's

[60] Un examen de la grande variété de sujets sur lesquels on peut adopter des règlements en vertu du paragraphe 16(1) démontre que l'interprétation de la SPPSNC viendrait considérablement entraver la capacité de la ministre, agissant par l'entremise de l'Agence Parcs Canada, de s'acquitter des responsabilités que lui octroie le paragraphe 8(1). En fait, l'alinéa 16(1)a) porte qu'on peut faire des règlements sur «la préservation, la gestion et l'administration des parcs» [soulignement ajouté]. Si l'interprétation de la SPPSNC était la bonne, en l'absence d'un règlement, la ministre n'aurait aucun pouvoir de faire quoi que ce soit en vertu du paragraphe 8(1) pour s'acquitter de ses responsabilités de gestion et d'administration des parcs.

[61] Je dois insister sur le fait que l'argument de la SPPSNC n'est pas limité à une situation où il existe un conflit entre un règlement adopté en vertu du paragraphe 16(1) et l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 8(1). Nous n'avons été informés d'aucun règlement pris en vertu de l'alinéa 16(1)f) concernant la mise en place de routes dans les parcs nationaux. L'argument porte plutôt que la simple existence d'un pouvoir non exercé de faire des règlements sur un sujet donné suffit à retirer ce sujet du paragraphe 8(1). Comme je l'ai déjà dit, je ne peux imputer au législateur une intention qui viendrait gêner de façon aussi importante la gestion et l'administration efficaces des parcs.

(iv) La politique des parcs nationaux

[62] Bien que l'avocat ne pouvait prétendre que l'autorisation de la ministre de construire la route en cause était incompatible avec un règlement en vigueur, il a soutenu que cette autorisation ne respectait pas la Politique de Parcs Canada relative aux parcs nationaux. Au paragraphe 4.4.4 des *Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada*, document qui n'a pas de valeur juridique, on trouve ceci:

4.4.4.

Des routes et des sentiers peuvent être construits s'ils ont pour but premier de répondre aux objectifs du parc, s'ils ont été approuvés dans les plans de gestion et s'ils satisfont aux pleines exigences du Processus fédéral d'évaluation et d'examen en matière d'environnement. De nouvelles routes et sentiers de transit conçus à d'autres fins ne sont pas considérés.

[63] Que le défaut de respecter cette politique constitue ou non un motif d'annuler la décision de la mi-

decision, the approval of the road is not in breach of paragraph 4.4.4. First, it is a reasonable inference from the second sentence of the extract from the National Parks Policy quoted above that both sentences apply only to the construction of new roads. And, since the proposed road largely follows the route of an abandoned road, the Minister could reasonably conclude that the road in question is not a “new” road.

[64] Second, it would not be unreasonable to regard the “primary function” of the road as being “to serve park purposes”, because it will primarily be for the benefit of those living in small isolated communities in the Park. The limited months of operation of the road, the speed restrictions, the exclusion of commercial vehicles from it, and its narrow width, do not make it suitable for meeting the need for a regional transportation route through the Park. Hence, even if the proposed road were a “new road”, or the first sentence of paragraph 4.4.4 applied to the construction of all roads, both “new” and “non-new”, the Minister’s approval could not be said to be unreasonable on the ground that it was inconsistent with National Parks Policy.

(v) Conclusion

[65] Accordingly, I conclude that the Minister was authorized by subsection 8(1) to approve the road.

Issue 2: Was the Minister’s approval of the road in breach of the statutory requirement that “ecological integrity” shall be the “first priority” of the Minister when considering all aspects of park management?

[66] The duty in question is contained in subsection 8(2) of the CNPA which, for convenience, I set out again.

8. . . .

(2) Maintenance or restoration of ecological integrity, through the protection of natural resources and natural processes, shall be the first priority of the Minister when considering all aspects of the management of parks.

ministre, l’autorisation de construire la route n’enfreint pas le paragraphe 4.4.4. Premièrement, il est raisonnable d’interpréter la deuxième phrase de cet extrait de la Politique des parcs nationaux comme indiquant que le texte ne s’applique qu’à la construction de nouvelles routes. Or, comme la route proposée suit pour l’essentiel le tracé d’une route abandonnée, la ministre pouvait raisonnablement conclure que la route en cause n’est pas une «nouvelle» route.

[64] Deuxièmement, il ne serait pas déraisonnable de considérer que le «but premier» de la route est de «répondre aux besoins du parc», puisqu’elle répondra surtout aux besoins des habitants des petites communautés isolées situées dans le Parc. Le fait que la route ne sera exploitée que quelques mois, les restrictions quant aux vitesses autorisées, l’interdiction de l’emprunter faite aux véhicules commerciaux, ainsi que son étroitesse, font qu’elle ne peut répondre aux besoins d’une route de transport régional à travers le Parc. Par conséquent, même si la route proposée était une «nouvelle route», ou si la première phrase du paragraphe 4.4.4 s’appliquait à la construction de toutes les routes, qu’elles soient «nouvelles» ou «anciennes», on ne pourrait dire que l’autorisation de la ministre est déraisonnable au motif qu’elle ne respecte pas la Politique des parcs nationaux.

(v) Conclusion

[65] Par conséquent, je conclus que les pouvoirs octroyés à la ministre par le paragraphe 8(1) lui permettaient d’autoriser la construction de la route.

Question n° 2: L’autorisation accordée par la ministre pour la construction de la route violait-elle l’exigence de la législation qui veut que «l’intégrité écologique» soit la «première priorité» de la ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs?

[66] Le devoir en cause est précisé au paragraphe 8(2) de la LPNC, que je reproduis à nouveau pour faciliter la lecture.

8. [. . .]

(2) La préservation ou le rétablissement de l’intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques sont la première priorité du ministre pour tous les aspects de la gestion des parcs.

[67] Also relevant is the definition of “ecological integrity” provided in subsection 2(1), which reads as follows:

2. (1)

...

“ecological integrity” means, with respect to a park, a condition that is determined to be characteristic of its natural region and likely to persist, including abiotic components and the composition and abundance of native species and biological communities, rates of change and supporting processes.

The standard of review

[68] The first question to be decided is the standard of review that the Court should apply to determining if the Minister complied with subsection 8(2). As Gibson J. noted (at paragraph 53), since subsection 8(2) provides that ecological integrity is the first priority, there must be other priorities to which the Minister may also have regard when considering the administration and management of the parks.

[69] Hence, if the Minister has had regard to ecological integrity, her decision to approve the road is reviewable on the ground that she failed to treat ecological integrity as the first priority. However, it is not the function of a reviewing court to determine whether, giving the maintenance of ecological integrity the first priority, it would have approved the road. That would be to subject the Minister’s exercise of discretion with respect to competing priorities to a standard of correctness which, counsel agreed, was not the appropriate standard of review. Whether the relevant standard of review is patent unreasonableness or simple unreasonableness is the question. A pragmatic or functional analysis leads me to conclude that patent unreasonableness is the applicable standard of review.

[70] The exercise of discretion involved in this case is properly characterized as bearing on issues of a polycentric nature: weighing competing and conflicting interests, and determining the public interest from among the claims and perspectives of different groups and

[67] La définition de «l’intégrité écologique» que l’on trouve au paragraphe 2(1) est aussi pertinente. Elle est rédigée comme suit:

2. (1)

[...]

«intégrité écologique» L’état d’un parc jugé caractéristique de la région naturelle dont il fait partie et qui sera vraisemblablement maintenu, notamment les éléments abiotiques, la composition et l’abondance des espèces indigènes et des communautés biologiques ainsi que le rythme des changements et le maintien des processus écologiques.

La norme de contrôle

[68] La première question à trancher consiste à savoir quelle est la norme de contrôle que la Cour doit utiliser pour déterminer si la ministre a respecté le paragraphe 8(2). Comme l’a fait remarquer le juge Gibson (au paragraphe 53), étant donné que le paragraphe 8(2) porte que la première priorité est l’intégrité écologique, il doit y avoir d’autres priorités dont la ministre peut tenir compte dans la gestion des parcs.

[69] Par conséquent, si la ministre a tenu compte de l’intégrité écologique, on peut contrôler sa décision d’autoriser la construction de la route au motif qu’elle n’a pas fait de l’intégrité écologique sa première priorité. Toutefois, la cour chargée du contrôle judiciaire n’a pas pour rôle de décider si elle aurait autorisé la construction de la route en donnant la première priorité à la préservation de l’intégrité écologique. Cela exigerait que l’on soumette l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la ministre par rapport aux priorités conflictuelles à la norme de la décision correcte. Or, les avocats étaient d’accord pour dire que cette norme n’est pas appropriée. La question consiste donc à savoir si c’est la norme de la décision manifestement déraisonnable ou simplement celle de la décision déraisonnable qui s’applique. L’approche pragmatique et fonctionnelle me porte à conclure que la norme applicable en l’espèce est celle de la décision manifestement déraisonnable.

[70] L’exercice du pouvoir discrétionnaire en l’espèce porte à proprement parler sur des questions de nature polycentrique: pondérer des intérêts conflictuels et déterminer l’intérêt public au vu des réclamations et perspectives de différents groupes ou individus, à

individuals, on the understanding that first priority must be given to restoring or maintaining ecological integrity. This is not a zero sum game.

[71] Thus, on the one hand, residents in the Park believe that a winter road will reduce the isolation, which is particularly burdensome in the long northern winters by enabling them to visit, and be visited by, family and friends who live in or near the Park. Others support the road because it will significantly shorten the travelling time to destinations south of the Park region.

[72] On the other hand, the road comes at a price: the difficult-to-quantify risks that it poses to wildlife and vegetation in the Park and the integrity of the Park's ecology, as well as to the livelihoods of those whose traditional traplines may be adversely affected by the road.

[73] In addition, the fact that Parliament has conferred on the Minister broad responsibility for the administration, management and control of national parks, along with the powers necessary for its discharge, is another indication of a legislative intent that the standard of review should be at the most deferential end of the range. The duty of the Minister to justify her conduct to Parliament is the primary mechanism for holding the Minister accountable for the way that she balances competing interests and claims with respect to the use of park lands. While political accountability is often dismissed as an inadequate check on the abuse of power, in my opinion this view is not compelling in the context of the present case for at least three reasons.

[74] First, as counsel for CPAWS argued, Parliament has always taken a close interest in the creation and protection of Canada's national parks. The establishment of a winter road in Canada's largest national park, a scheme that has been the subject of a vigorous public debate, is therefore very likely to register on the political radar.

[75] Second, the political accountability of ministers to the public, both through Parliament and more directly, tends to be more effective when a minister's action engages with competing public interests than when it

condition que la première priorité soit accordée au rétablissement ou à la préservation de l'intégrité écologique. Il ne s'agit pas ici opération arithmétique à résultat neutre.

[71] Donc, d'une part les résidents du Parc croient qu'une route d'hiver va diminuer leur isolement, qui est particulièrement difficile à vivre durant les longs hivers nordiques, en leur permettant de visiter des membres de la famille et des amis, qui résident dans le Parc ou à proximité, ou de les recevoir. D'autres personnes appuient le projet de route parce qu'il va réduire de façon significative le temps de déplacement requis pour atteindre les destinations au sud du Parc.

[72] D'autre part, la route n'est pas sans prix. Il y a les risques difficiles à mesurer qu'elle pose pour la faune et la végétation du Parc et pour l'intégrité de l'écologie du Parc, ainsi que pour le gagne-pain de ceux dont les territoires de piégeage pourraient souffrir de la construction de la route.

[73] De plus, le fait que le législateur a conféré à la ministre une large responsabilité pour la gestion et l'administration des parcs nationaux, ainsi que les pouvoirs nécessaires pour s'en acquitter, est une autre indication de son intention que la norme de contrôle applicable comporte la plus grande réserve possible. L'obligation de la ministre de justifier sa conduite devant le Parlement est le mécanisme principal par lequel elle est imputable de la façon dont elle pondère les intérêts conflictuels dans le cadre de l'utilisation des terres des parcs. Bien qu'on qualifie souvent l'imputabilité politique de moyen de contrôle inadéquat des abus de pouvoir, selon moi ce point de vue n'est pas convaincant en l'espèce pour au moins trois raisons.

[74] Premièrement, comme l'avocat de la SPPSNC l'a souligné, le Parlement s'est toujours intéressé de très près à la création et à la protection des parcs nationaux du Canada. Par conséquent, la construction d'une route d'hiver dans le plus grand parc national au Canada, projet qui a fait l'objet d'un débat énergique, aura certainement des retombées politiques.

[75] Deuxièmement, l'imputabilité politique des ministres face au public, par l'entremise du Parlement ou directement, est généralement plus efficace lorsque leurs initiatives visent des intérêts publics conflictuels que

primarily concerns the interests of an individual.

[76] Third, the decision-making processes employed in the consideration of the road proposal and its approval by the Minister render the decision transparent, in the sense that the bases of the decision and the countervailing arguments and evidence are part of the public record. This, too, is a factor that tends to enhance ministerial accountability through the political process.

[77] Finally, reviewing the reasonableness of the Minister's exercise of discretion in the light of the applicable statutory criterion is, to an extent, fact-oriented. Thus, in so far as this application for judicial review involves the Minister's findings of fact about the environmental impacts of the road, the standard of review is that contained in paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. Further, it has been held that determining whether an erroneous finding of fact has been made by the decision-maker in a perverse or capricious manner or without regard for the material before her is the practical equivalent of determining whether the finding was patently unreasonable: *Canadian Pasta Manufacturers' Assn. v. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (F.C.A.); *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 F.C. 331 (C.A.), at paragraph 31.

[78] Thus, in reviewing the Minister's approval of the road on the ground that it was in breach of her duty under subsection 8(2), the Court must ask whether, on the basis of both the factors that the Minister had to consider and the material before her, it was patently unreasonable to have concluded that the road proposal was incompatible with maintaining as the first priority the ecological integrity of the Park through the protection of natural resources and natural processes.

[79] I should also note that counsel for the respondents argued that, on the basis of the ordinary principles of appellate review set out in *Housen v. Nikolaisen*, [2002]

lorsqu'elles portent principalement sur des intérêts individuels.

[76] Troisièmement, les processus décisionnels utilisés dans le cadre de l'examen du projet de construction de la route et de l'autorisation accordée par la ministre rendent la décision transparente, en ce sens que les fondements de la décision et les arguments à l'effet contraire sont de notoriété publique. Ce facteur contribue aussi à rehausser l'imputabilité ministérielle par l'entremise du processus politique.

[77] Finalement, l'examen de l'aspect raisonnable de l'exercice par la ministre de son pouvoir discrétionnaire au vu du critère juridique applicable est jusqu'à un certain point tributaire des faits. Donc, dans la mesure où la présente demande de contrôle judiciaire porte sur les conclusions de fait de la ministre au sujet des effets environnementaux de la construction de la route, la norme de contrôle est celle qui se trouve à l'alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. De plus, la jurisprudence a établi que le fait de déterminer si le décideur est arrivé à une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose, équivaut en pratique à répondre à la question de savoir si cette conclusion était manifestement déraisonnable: *Assoc. canadienne des fabricants de pâtes alimentaires c. Aurora Importing & Distributing Ltd.* (1997), 208 N.R. 329 (C.A.F.); *Ordre des architectes de l'Ontario c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, [2003] 1 C.F. 331 (C.A.), au paragraphe 31.

[78] Par conséquent, en contrôlant l'approbation donnée par la ministre pour la construction de la route au motif qu'elle aurait enfreint les devoirs qui lui sont imposés par le paragraphe 8(2), la Cour doit se demander si, au vu des facteurs que la ministre devait examiner et des éléments dont elle disposait, il était manifestement déraisonnable d'arriver à la conclusion que le projet de route était incompatible avec le maintien comme première priorité de l'intégrité écologique du parc par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques.

[79] Je dois aussi faire remarquer que les avocats des intimés ont soutenu qu'en se fondant sur les règles ordinaires applicables au contrôle judiciaire en appel,

2 S.C.R. 235, this Court should only disturb Gibson J.'s decision if satisfied that, in determining that the Minister's approval of the road was consistent with her duty under subsection 8(2), the Judge committed a palpable and overriding error.

[80] The Supreme Court of Canada has recently held that, in an appeal from the decision of a judge who has decided either an application for judicial review or an appeal of a decision of an administrative tribunal, the appellate court must apply "the normal rules of appellate review of lower courts as articulated in *Housen*": *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43. Accordingly, the Court held that the intermediate appellate court should have asked whether the judge below had applied the correct test for reviewing the decision of the administrative tribunal. Since this is a question of law, the intermediate appellate court should have determined it on a standard of correctness.

[81] In the present appeal, however, Gibson J. made no clear finding of the standard of review applicable to reviewing whether the Minister's approval of the road was consistent with her duty to afford the first priority to the maintenance or restoration of the ecological integrity of the Park. Hence, it is the role of this Court on appeal to determine, not only the appropriate standard of review to be applied to the Minister's decision, but also, on the facts of this case at least, the correct application of that standard.

Failure to consider a relevant consideration

[82] Counsel for CPAWS submitted that, in exercising her discretion, the Minister failed to take into account a relevant consideration. The reasons for decision do not state that, in deciding whether to approve the road, the Minister had as her first priority the restoration or maintenance of the ecological integrity of the Park. The only reference in the Minister's decision to a statutory standard is in the penultimate paragraph, which states:

telles qu'énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, la présente Cour ne devrait intervenir dans la décision du juge Gibson que si elle est convaincue qu'en arrivant à la conclusion que l'autorisation de la ministre de construire la route était compatible avec les devoirs qui lui sont imposés en vertu du paragraphe 8(2), le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante.

[80] La Cour suprême du Canada a récemment conclu que, dans un appel portant sur la décision d'un juge qui tranchait soit une demande de contrôle judiciaire, soit l'appel d'une décision d'un tribunal administratif, une cour d'appel doit utiliser «des règles usuelles applicables au contrôle en appel d'une décision judiciaire énoncées dans *Housen*»: *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43. En conséquence, la Cour a conclu que la cour d'appel aurait dû se poser la question de savoir si le juge de première instance avait utilisé le critère approprié en contrôlant la décision du tribunal administratif. Comme il s'agit là d'une question de droit, la cour d'appel aurait dû la trancher au vu de la norme de la décision correcte.

[81] Toutefois, le juge Gibson n'est arrivé en l'espèce à aucune conclusion précise quant à la norme de contrôle applicable pour décider si l'autorisation accordée par la ministre de construire la route était cohérente avec son devoir d'accorder la première priorité à la préservation ou au rétablissement de l'intégrité écologique dans le Parc. Par conséquent, notre Cour doit déterminer non seulement quelle est la norme appropriée de contrôle de la décision de la ministre, mais aussi, du moins au vu des faits en l'espèce, quelle est l'application correcte de cette norme.

Le défaut de tenir compte d'un élément pertinent

[82] L'avocat de la SPPSNC soutient que la ministre, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, n'a pas tenu compte d'un élément pertinent. Ses motifs de décision n'indiquent pas qu'en se penchant sur l'approbation requise pour la construction de la route, la ministre a adopté comme première priorité le rétablissement ou la préservation de l'intégrité écologique du Parc. La seule référence dans la décision de la ministre à une norme législative se trouve dans l'avant-dernier paragraphe, qui est rédigé comme suit:

It is determined that, taking into account the implementation of the Thebacha Road Society's mitigation measures, the project (construction, maintenance and operation of a winter snow road) is not likely to cause significant adverse environmental effects.

[83] CPAWS says that "significant adverse environmental effects" is the test contained in paragraph 20(1)(a) of the CEEA, and is not the same as that prescribed in subsection 8(2) of the CNPA. I agree that the Minister ought to have referred explicitly to the "ecological integrity" test, which had become applicable to decisions made under subsection 8(1) only three months before the date of the decision, and after the preparation of the environmental screening assessment report on which the decision relied.

[84] The failure of a decision-maker to consider a factor that she or he was required in law to consider in the exercise of discretion is an indication that the decision was patently unreasonable: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 37-38. However, I am not persuaded that the Minister committed a reviewable error when she failed to refer specifically to the need to ensure that the maintenance of ecological integrity was the first priority when exercising her power to approve the road under subsection 8(1).

[85] That a decision-maker does not expressly mention a relevant consideration in the reasons for decision does not necessarily mean that it was not in fact considered. For example, in *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 222 D.L.R. (4th) 265 (F.C.A.), Dé Cary J.A. said (at paragraph 3):

... to insist as a matter of law that an immigration officer spell out expressly that she had considered the best interests of the child before examining the degree of hardship to which the child would be subject, is to elevate form above substance.

[86] In the present case, it is difficult to believe that both the Minister and Parks Canada had overlooked the very recent and much heralded enactment of the expanded duty to ensure as the first priority in all aspects of decision-making relating to national parks the restora-

Il est donc établi que, compte tenu des mesures d'atténuation prévues par la Thebacha Road Society, le projet (la construction, l'entretien et l'exploitation d'une route de neige) n'est pas susceptible d'avoir d'effets négatifs importants sur l'environnement.

[83] La SPPSNC soutient que le critère des «effets négatifs importants sur l'environnement» est celui de l'alinéa 20(1)a) de la LCEE, et qu'il n'est pas le même que celui prescrit par le paragraphe 8(2) de la LPNC. Je suis d'accord que la ministre aurait dû mentionner explicitement le critère de «l'intégrité écologique», qui ne s'appliquait aux décisions prises en vertu du paragraphe 8(1) que trois mois avant la date de la décision, et après la préparation du rapport d'examen environnemental préalable sur lequel elle s'appuyait.

[84] Le fait qu'un décideur n'a pas pris en considération un facteur que la législation lui impose dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire tend à indiquer que la décision était manifestement déraisonnable: *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 37 et 38. Toutefois, je ne suis pas convaincu que la ministre a commis une erreur ouvrant droit à révision lorsqu'elle n'a pas précisé le besoin d'assurer que la première priorité soit accordée à la préservation de l'intégrité écologique dans l'exercice de son pouvoir d'autoriser la construction de la route en vertu du paragraphe 8(1).

[85] Le fait qu'un décideur n'a pas mentionné expressément un élément pertinent dans ses motifs de décision ne veut pas nécessairement dire qu'il n'en a pas tenu compte. Par exemple, voici ce que déclare à ce sujet le juge Dé Cary, J.C.A., dans l'arrêt *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2002), 222 D.L.R. (4th) 265 (C.A.F.), au paragraphe 3:

[...] insister en droit qu'une agente d'immigration indique expressément qu'elle a tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant avant de se pencher sur le degré de difficultés auquel l'enfant serait exposé revient à privilégier la forme au détriment du fond.

[86] En l'espèce, il est difficile de croire que la ministre et Parcs Canada auraient tous deux fait défaut de tenir compte de l'apparition très récente et très publique du devoir d'assurer que, dans tous les aspects du processus décisionnel visant les parcs nationaux, la

tion or maintenance of the ecological integrity of the Park.

[87] Indeed, the environmental assessment report, on which the Minister relied in making her decision, quoted as follows from the report of the Panel on Ecological Integrity:

The overriding objective behind every recommendation in our report is to firmly and unequivocally establish ecological integrity as the core of Parks Canada's mandate.

The environmental assessment report went on to observe:

... although it is not yet clear how, and to what extent, Parks Canada will implement the panel's recommendation, it is likely that the panel's findings will significantly influence Parks Canada's approach to future human development within the national parks.

[88] In addition, the Minister acknowledged the receipt of a letter from the Chair of the Panel raising the issue of ecological integrity prior to the screening process. By the time that the Minister made her decision, of course, the Panel's recommendation respecting the pre-eminence of the principle of ecological integrity in decision-making had received the enthusiastic support of the Minister and had become law. And, even before subsection 8(2) was added to the legislation, paragraph 3.1.2 of *Parks Canada Guiding Principles and Operational Policies* stated:

3.1.2.

Human activities within a national park that threatens the integrity of park ecosystems will not be permitted.

[89] Moreover, counsel for CPAWS was unable to identify items that would be pertinent to the restoration or maintenance of ecological integrity through the protection of natural resources and natural processes that were not considered in the Minister's reasons for decision or in the environmental screening assessment report prepared by independent consultants that the Minister had before her when deciding to approve the road. Rather, his argument was that the "restoration or maintenance of ecological integrity" was a higher standard than "significant adverse environmental effects". However,

première priorité soit le rétablissement ou la préservation de l'intégrité écologique des parcs.

[87] En fait, le rapport d'examen environnemental préalable, sur lequel la ministre s'est appuyée pour prendre sa décision, tire la citation suivante du rapport de la Commission sur l'intégrité écologique:

L'objectif prépondérant visé par chacune des recommandations présentées dans notre rapport est d'établir, résolument et sans équivoque, que l'intégrité écologique se trouve au cœur même du mandat de Parcs Canada.

Le rapport d'examen environnemental préalable ajoute ensuite ceci:

[TRADUCTION] [. . .] bien qu'il ne soit pas clair comment, et jusqu'où, Parcs Canada mettra en œuvre cette recommandation de la Commission, il est probable que les conclusions de la Commission vont grandement influencer sur l'approche de Parcs Canada à toute activité humaine dans les parcs nationaux à l'avenir.

[88] De plus, la ministre reconnaît avoir reçu, avant l'examen préalable, une lettre du président de la Commission au sujet de l'intégrité écologique. Bien sûr, au moment où la ministre a pris sa décision, la recommandation de la Commission au sujet de la priorité à accorder au principe de l'intégrité écologique dans le processus décisionnel avait reçu l'appui enthousiaste de la ministre et était inscrite dans la Loi. Même avant que le paragraphe 8(2) ne soit introduit dans la législation, on trouvait ceci au paragraphe 3.1.2 des *Principes directeurs et politiques de gestion de Parcs Canada*:

3.1.2.

Parcs Canada interdit dans un parc national toutes les activités humaines qui menacent l'intégrité des écosystèmes du parc.

[89] De plus, l'avocat de la SPPSNC n'a pu préciser quels aspects relatifs au rétablissement et à la préservation de l'intégrité écologique par la protection des ressources naturelles et des processus écologiques n'avaient pas été pris en compte dans les motifs de décision de la ministre ou dans le rapport d'examen environnemental préalable préparé par les consultants indépendants et dont la ministre disposait lorsqu'elle a pris sa décision d'autoriser la construction de la route. Il fondait son argument sur le fait que le «rétablissement ou la préservation de l'intégrité écologique» constituait

he could not explain in what respects, or by how much, the standard was higher.

[90] Since, in this case, the same facts are relevant to both statutory standards, and the standards seem to not call for very different kinds of assessment, the Court can review the Minister's exercise of discretion by asking whether the material before her was sufficient in law to support her decision. On the basis of the statutory definition in subsection 2(1) of the CNPA, failure to maintain the "ecological integrity" of a park seems to be simply a subset of "significant adverse environmental effects", but one to which first priority must be given in the making of decisions.

[91] Moreover, as explained below, I am satisfied that, on the material before her, the Minister's carefully considered and fully reasoned decision was not patently unreasonable. Indeed, in my opinion it would also survive review on the more demanding standard of reasonableness *simpliciter*.

Was the Minister's decision patently unreasonable on the material before her?

[92] Counsel for CPAWS submits that the decision to approve the road is patently unreasonable in view of the Minister's duty to afford the first priority to ecological integrity and to ensure that the Park is "made use of so as to leave it unimpaired for the enjoyment of future generations" as required by subsection 4(1) of the CNPA.

[93] CPAWS' argument on this issue has two elements: the irrelevance of the road to the purposes of the Park and the damage that it will cause to the ecological integrity of the Park. I shall deal with each in turn.

(i) Park purposes

[94] CPAWS submits that national parks are created for the "benefit, education and enjoyment" of the people of Canada (subsection 4(1) of the CNPA) and that the

une norme plus exigeante que celle des «effets négatifs importants sur l'environnement». Il ne pouvait toutefois expliquer de quelle façon et jusqu'où cette norme était plus exigeante.

[90] Comme en l'espèce les mêmes faits sont pertinents quant aux deux normes fixées par la loi, normes qui ne semblent pas exiger un processus d'évaluation très différent, la Cour peut examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la ministre en se posant la question de savoir si les éléments dont elle disposait étaient suffisants en droit pour appuyer sa décision. Au vu de la définition que l'on trouve au paragraphe 2(1) de la LPNC, le défaut de ne pas préserver «l'intégrité écologique» d'un parc semble ne représenter qu'une catégorie «d'effets négatifs importants sur l'environnement», mais à qui il faut accorder la première priorité dans l'élaboration des décisions.

[91] De plus, comme je l'ai expliqué plus tôt, je suis convaincu qu'au vu des éléments dont elle disposait, la décision bien sentie et justifiée de la ministre n'était pas manifestement déraisonnable. En fait, selon moi, elle serait aussi justifiée si le contrôle judiciaire était fondé sur la norme plus exigeante de la décision raisonnable *simpliciter*.

La décision de la ministre était-elle manifestement déraisonnable au vu des éléments dont elle disposait?

[92] L'avocat de la SPPSNC soutient que la décision d'autoriser la construction de la route est manifestement déraisonnable au vu du devoir de la ministre d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique et d'assurer que les parcs sont «utilisés [. . .] de façon à rester intacts pour les générations futures», comme l'exige le paragraphe 4(1) de la LPNC.

[93] L'argument de la SPPSNC à ce sujet comporte deux volets: le fait que la route n'est pas requise pour l'atteinte des objectifs du Parc et le dommage qu'elle va causer à l'intégrité écologique du Parc. Je vais examiner chacun de ces volets.

(i) Les objectifs de gestion du Parc

[94] La SPPSNC soutient que les parcs nationaux sont créés «à l'intention du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances» (para-

satisfaction of local and regional transportation needs is irrelevant to the attainment of these statutory objects. Hence, since the road proposed for Wood Buffalo National Park is intended to provide improved road transportation for people living in and adjacent to the Park, it does not further the purposes that subsection 4(1) declares that national parks serve. There was thus no competing priority against which the Minister could legitimately balance the restoration and maintenance of ecological integrity.

[95] Despite the attractiveness with which counsel advanced this position, I am not persuaded that it is correct. In my opinion, subsection 4(1) does not provide a comprehensive statement of the purposes for which the Minister may exercise her powers of management of national parks, including the administration of public lands situated within them. This would be unduly restricting. Indeed, subsection 4(1) is not worded as a statutory objects or purposes clause: it merely states for what purposes parks are created. It is not necessary that every action taken by the Minister advances one or more of the purposes for which parks were established, namely, “the benefit, education and enjoyment” of the people of Canada.

[96] More significant in this regard, however, is the legislative directive in subsection 4(1) that “parks shall be maintained and made use of so as to leave them unimpaired for the enjoyment of future generations.” This is an important limitation on the exercise of the Minister’s powers. CPAWS did not argue that the construction of the road and the duty to leave the Park unimpaired for the enjoyment of future generations were necessarily incompatible. This depends on the evidence of the likely environmental impact of the road, which I consider later.

[97] In my opinion, the relevant question is whether the Minister’s approval of the road pursuant to subsection 8(1) is justifiable as a decision made pursuant to her responsibility for the administration, management and control of the Park, including the administration of public lands within it. For reasons already given when considering Issue 1, I have concluded that it is.

graphe 4(1) de la LPNC), et que le fait de satisfaire à des besoins de transports locaux ou régionaux n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit d’atteindre les objectifs de la Loi. Par conséquent, comme la route proposée dans le Parc national Wood Buffalo a pour objectif d’améliorer le transport routier à l’usage de personnes vivant dans le Parc ou à proximité de celui-ci, elle n’est pas liée à l’objectif fixé aux parcs nationaux par le paragraphe 4(1). Il n’existait donc pas de priorité conflictuelle que la ministre pouvait pondérer avec le rétablissement et la préservation de l’intégrité écologique.

[95] Malgré la façon habile avec laquelle l’avocat a présenté son point de vue, je ne suis pas convaincu qu’il soit correct. Selon moi, le paragraphe 4(1) ne constitue pas une déclaration complète des objectifs pour lesquels la ministre peut exercer son pouvoir de gestion des parcs nationaux, y compris des terres domaniales qui y sont situées. Une telle interprétation serait indûment restrictive. En fait, le paragraphe 4(1) n’est pas une disposition énonçant les objectifs de la Loi: il ne fait que déclarer à quelles fins les parcs sont créés. Il n’est pas nécessaire que tous les gestes de la ministre visent l’un ou plusieurs des objectifs pour lesquels on a créé les parcs, savoir l’agrément et l’enrichissement des connaissances du peuple canadien.

[96] Il y a toutefois plus significatif à cet égard, savoir la directive que l’on trouve au paragraphe 4(1) que les parcs «doivent être entretenus et utilisés [. . .] de façon à rester intacts pour les générations futures». Cette directive vient qualifier de façon importante l’exercice des pouvoirs de la ministre. La SPPSNC n’a pas soutenu que la construction de la route était nécessairement incompatible avec le devoir de garder intact le Parc pour les générations futures. Cela dépend de la preuve portant sur les effets environnementaux probables de la route, que j’examinerai plus loin.

[97] Selon moi, la question pertinente consiste à savoir si l’autorisation de la construction de la route par la ministre en vertu du paragraphe 8(1) est justifiable en tant que décision prise dans l’exercice de ses responsabilités pour la gestion des parcs, y compris des terres domaniales qui y sont situées. Pour les motifs que j’ai déjà énoncés dans le cadre de la réponse à la question n° 1, j’arrive à la conclusion que c’est le cas.

[98] Accordingly, in principle the Minister could approve the road proposal, even though it was not required for the operation of the Park or for the benefit, education and enjoyment of the people of Canada as a whole. Hence, it was not patently unreasonable for the Minister to approve a scheme designed principally to alleviate the isolation of the members of the mainly Aboriginal communities living in the Park, even though it does not advance any of the reasons for which national parks are created as set out in subsection 4(1).

[99] Having concluded that it was open to the Minister to consider the road proposal by having regard to the social and economic needs of the communities living in the Park, it is not the role of a reviewing court to consider whether, given the Minister's statutory duty to afford the first priority to ecological integrity, she assigned too much weight to the social and economic factors and too little to the ecological. Reviewing the exercise of discretion for unreasonableness, patent or simple, does not entitle the court to reweigh the factors considered by the decision-maker: *Suresh, supra*, at paragraphs 37-38.

[100] However, on judicial review the Court is required to examine the reasons for the Minister's decision and the material before her in order to ensure that she was "alert, alive and sensitive" to the maintenance of ecological integrity and was not dismissive of it (*Hawthorne, supra*, at paragraph 10), and that her decision had support in the evidence (*Suresh, supra*, at paragraph 39). It is to the evidence and the reasons for decision that I now turn.

(ii) Damage to the Park's ecological integrity

[101] CPAWS' argument is that the material before the Minister identified a variety of environmental harms that the construction of the road might cause and that, given her duty under subsection 8(2), her approval of the road was unreasonable. In my opinion, however, there was a rational basis for the Minister's conclusion that, when combined with mitigative measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects, any adverse environmental

[98] En conséquence, la ministre pouvait en principe autoriser le projet de construction de la route, même si elle n'était ni nécessaire aux fins de gestion du Parc, ni conçue à l'intention de l'ensemble du peuple canadien pour son agrément et l'enrichissement de ses connaissances. Donc, il n'était pas manifestement déraisonnable pour la ministre d'autoriser un projet dont l'objectif principal était de réduire l'isolement des membres des communautés habitant dans le Parc, principalement des Autochtones, même si ce projet ne pouvait être rattaché à aucun des motifs de création des parcs nationaux énoncés au paragraphe 4(1).

[99] Puis que la ministre pouvait examiner la proposition de construction de la route en tenant compte des besoins sociaux et économiques des communautés établies dans le Parc, le rôle de la cour chargée du contrôle judiciaire n'est pas d'examiner la question de savoir si, par rapport au devoir qu'impose la loi à la ministre d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique, elle a accordé trop de poids aux facteurs économiques et sociaux et trop peu aux facteurs écologiques. Le contrôle judiciaire de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il est manifestement ou simplement déraisonnable, n'autorise pas la cour à réévaluer les facteurs examinés par le décideur: *Suresh*, précité, aux paragraphes 37 et 38.

[100] Toutefois, à l'occasion d'un contrôle judiciaire, la Cour doit examiner les motifs de la décision de la ministre ainsi que les éléments dont elle disposait pour s'assurer qu'elle était «réceptive, attentive et sensible» à la préservation de l'intégrité écologique et qu'elle n'en a pas fait abstraction (*Hawthorne*, précité, au paragraphe 10), et que sa décision était étayée par la preuve (*Suresh*, précité, au paragraphe 39). Je vais donc maintenant examiner la preuve et les motifs de décision.

(ii) Les dommages à l'intégrité écologique du Parc

[101] La SPPSNC soutient que les éléments dont la ministre disposait faisaient état de divers dommages environnementaux que la construction de la route pourrait causer et qu'étant donné l'obligation que lui impose le paragraphe 8(2), l'autorisation qu'elle a accordée de construire la route était déraisonnable. Selon moi, toutefois, la conclusion de la ministre voulant qu'avec une combinaison des mesures d'atténuation et des stratégies de gestion adaptative pour identifier les

effects were unlikely to be significant. Indeed, the evidence was such that the Minister's decision would withstand the somewhat probing examination required by the simple unreasonableness standard of review, even when her duty to give the first priority to ecological integrity is factored in.

[102] The weakness of this part of CPAWS' case is indicated by the fact that its memorandum of fact and law does not specify in what respects the ecological integrity of the Park would be degraded if the road were built. In oral argument, however, counsel relied, among other things, on the following items of possible damage.

[103] He referred the Court to a reference to the proposed road in the report of the Panel on Ecological Integrity. However, the report only mentions the "forthcoming winter road" in a catalogue of ecological stressors identified by the Panel in the parks that its members visited. This does not seem to me to advance CPAWS' case to any appreciable degree.

[104] Counsel also drew the Court's attention to particular adverse environmental effects that the road may cause, including possible harm to bison, caribou and fur-bearing animals, as well as the infestation of weeds and the destruction of trees. He also noted knowledge gaps in connection with several of these issues.

[105] I do not find it necessary to address these items in detail here. Suffice it to say that, for the most part, the environmental screening assessment report ranked each of the risks as low, with the exception of the weed problem, although the report also noted that information was somewhat sparse. These concerns are nearly all addressed in the Minister's decision. In addition, the construction and maintenance agreement between the Parks Canada Agency and Thebacha provides for extensive mitigation measures and adaptive management techniques, together with enforcement provisions. Similar conditions will also be attached to the various permits and permissions that the agreement requires Thebacha to obtain. Finally, the project has a high degree of reversibility in the event that unforeseen events

effets imprévus et trouver des solutions, les effets négatifs sur l'environnement ne seraient probablement pas importants avait un fondement rationnel. En fait, la preuve démontre que la décision de la ministre pourrait résister à l'examen plus approfondi exigé par la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter*, même si l'on tient compte de son devoir d'accorder la première priorité à l'intégrité écologique.

[102] La faiblesse de l'argument de la SPPSNC à ce sujet ressort du fait que son mémoire des faits et du droit ne donne aucune précision quant à la dégradation de l'intégrité écologique du Parc qui serait causée par la construction de la route. Toutefois, dans sa plaidoirie, leur avocat a notamment fait état des dommages possibles suivants.

[103] Il a renvoyé la Cour à une mention de la route proposée dans le rapport de la Commission sur l'intégrité écologique. Toutefois, on ne trouve dans ce rapport qu'une mention de la route d'hiver proposée dans une liste d'éléments de pression sur l'écologie établie par la Commission dans certains parcs visités par ses membres. Il ne me semble pas que cela fasse avancer beaucoup la cause de la SPPSNC.

[104] L'avocat a aussi attiré l'attention de la Cour sur les effets négatifs particuliers qui pourraient être causés par la route, y compris des dommages possibles aux bisons, aux caribous et aux animaux à fourrure, ainsi que l'envahissement des mauvaises herbes et la destruction des arbres. Il a aussi souligné le manque de connaissances au sujet de plusieurs de ces questions.

[105] Il ne me semble pas utile de traiter ces questions en détail. Il suffit de dire que, pour l'essentiel, l'examen environnemental préalable indique que le niveau de risque est peu élevé, à l'exception du problème des mauvaises herbes. Toutefois, le rapport souligne aussi que l'information est fragmentaire. Ces préoccupations sont presque toutes examinées dans la décision de la ministre. De plus, l'entente de construction et d'entretien entre l'Agence Parcs Canada et Thebacha prévoit des mesures importantes d'atténuation ainsi qu'une gestion adaptative, le tout étant assorti de dispositions assurant le respect de l'entente. Des conditions semblables seront aussi rattachées aux divers permis que Thebacha doit obtenir selon l'entente. Enfin, les effets du projet pourraient être annulés en grande partie au cas où des événe-

were to trigger the closure of the road by the Minister.

[106] In conclusion, even though the Minister did not specifically state that she had applied her mind to the concept of ecological integrity itself and to her duty to afford it the first priority, the material before her, and the analysis of it in the reasons for decision, amply demonstrate that the Minister's approval of the road was not unreasonable, either patently or simply. She cannot be said to have been dismissive of ecological integrity, nor to have treated the evidence pertaining to it in a summary manner.

[107] In other words, a person who had given the first priority to the ecological integrity of the Park could reasonably have found that whatever possible environmental harm might result from the road was likely to be of limited significance and would be adequately controlled by the measures put in place to mitigate it, particularly when the high degree of reversibility of the project is borne in mind. These measures will also enable any other problems that may arise to be identified and controlled. The fact that some have expressed the view that the road would impair the ecological integrity of the Park does not demonstrate the unreasonableness of the decision.

Issue 3 Is the road being established “for purposes of Park management” so as to authorize the issue of permits to destroy flora pursuant to subsection 12(1) of the Regulations?

[108] The clearance of the bush that will be needed for the construction of the road will inevitably involve the destruction of flora in the Park. Water will also be drawn from streams to help freeze the snow from which the road will be made. Subsection 11(1) of the Regulations enables the director-general to issue a permit authorizing a person to “take flora or natural objects for scientific purposes from a Park or to remove natural objects for construction purposes.” Subsection 12(1) enables the superintendent to issue a permit “to remove, deface, damage or destroy any flora or natural objects in a Park for purposes of Park management.” Without a permit issued under either of these provisions, the destruction of

ments imprévus devaient entraîner la fermeture de la route par la ministre.

[106] En conclusion, même si la ministre n'a pas déclaré spécifiquement qu'elle avait à l'esprit le concept de l'intégrité écologique et son devoir de lui accorder la première priorité, les éléments dont elle disposait et l'analyse qui en est faite dans les motifs de décision démontrent amplement que l'autorisation de la ministre accordée pour la construction de la route n'était ni manifestement ni simplement déraisonnable. On ne peut dire qu'elle a fait abstraction de l'intégrité écologique, non plus qu'elle a traité la preuve pertinente de façon superficielle.

[107] En d'autres mots, une personne qui aurait donné la première priorité à l'intégrité écologique du Parc pouvait raisonnablement conclure que les dommages environnementaux qui pourraient résulter de la route seraient vraisemblablement de nature limitée et qu'on pouvait y faire face en utilisant les mesures prévues d'atténuation, surtout lorsqu'on tient compte du fait que les effets du projet pourraient facilement être annulés. Ces mesures permettent aussi d'identifier et de contrôler tout autre problème qui pourrait se produire à l'avenir. Le fait que d'aucuns ont exprimé l'avis que la route mettrait en danger l'intégrité écologique du Parc ne vient pas démontrer que la décision était déraisonnable.

Question n° 3 La route est-elle mise en place «aux fins de la gestion du Parc», justifiant ainsi la délivrance de permis pour la destruction de la flore en vertu du paragraphe 12(1) du Règlement?

[108] La déforestation essentielle à la construction de la route conduira inévitablement à la destruction de la flore dans le Parc. On prendra aussi de l'eau des ruisseaux du Parc pour faire geler la neige et construire la route. Le paragraphe 11(1) du Règlement autorise le directeur général à délivrer un permis pour «l'enlèvement de la flore ou des matières naturelles à des fins scientifiques et pour l'utilisation de matières naturelles à des fins de construction». Le paragraphe 12(1) autorise le directeur du parc à délivrer un permis «pour l'enlèvement, la mutilation, l'endommagement ou la destruction de la flore et de matières naturelles aux fins de la gestion du parc». En l'absence d'un permis délivré en vertu de

flora is forbidden: section 10 of the Regulations.

[109] In my opinion, subsection 11(1) does not apply to our case. It only authorizes the destruction of flora or natural objects for scientific purposes, which do not include the construction of a road. Natural objects can be removed for construction purposes, but the definition of “natural objects” in section 2 excludes flora. Nonetheless, to the extent that the use of water to help freeze the snow constitutes “removal”, a permit may be granted under this provision for that purpose.

[110] CPAWS argues that subsection 12(1) does not apply either, because the construction of the road is not for the purposes of Park management, but to facilitate winter travel for people living in and adjacent to the Park for purposes that have nothing to do with the management of the Park. Consequently, the Minister has no power to issue permits for the destruction of flora in the course of constructing the road. “Flora” is defined very broadly in section 2 to mean “any plant matter, living or dead”.

[111] Gibson J. held (at paragraph 56) that, while the road was not for the purposes of Park management, once a decision was taken to approve the road pursuant to the powers implied in the Minister’s statutory responsibility for the administration, management and control of national parks in subsection 8(1), Park management purposes are expanded by the decision itself so as to include whatever is necessary to implement that decision.

[112] I agree with Gibson J.’s conclusion on this issue for the following two reasons. First, “park management” is a broad concept; it is broader than, for example, “park operations”. I see no reason why it cannot include the provision of the means of transportation for those living in the remote and isolated communities in Wood Buffalo National Park. Second, if, as I have held, subsection 8(1) enables the Minister to approve the road, the terms on which permits are granted constitute part of the legal structure regulating its construction by mitigating any possible adverse environmental effects. In this sense, the permits are issued for the purposes of “park management”.

l’une ou l’autre de ces dispositions, l’article 10 du Règlement interdit la destruction de la flore.

[109] Selon moi, le paragraphe 11(1) ne s’applique pas en l’espèce. Il ne fait qu’autoriser la destruction de la flore ou des matières naturelles à des fins scientifiques, ce qui ne peut comprendre la construction d’une route. On peut enlever les matières naturelles à des fins de construction, mais la définition de «matières naturelles» à l’article 2 exclut la flore. Néanmoins, dans la mesure où l’utilisation d’eau pour transformer la neige en glace peut être qualifiée «d’enlèvement», on peut accorder un permis à cette fin.

[110] La SPPSNC soutient que le paragraphe 12(1) ne s’applique pas non plus, parce que la construction de la route n’est pas entreprise aux fins de la gestion du parc, mais bien pour faciliter les déplacements en hiver des personnes qui vivent dans le Parc ou à proximité de celui-ci à des fins qui n’ont rien à voir avec la gestion du parc. Par conséquent, la ministre n’a aucun pouvoir de délivrer des permis pour la destruction de la flore dans le cadre de la construction de la route. L’article 2 définit de façon très large le mot flore, déclarant qu’il s’agit de «toute plante, vivante ou morte».

[111] Le juge Gibson a conclu (au paragraphe 56) que, bien que la route ne soit pas construite aux fins de la gestion du Parc, une fois prise la décision d’autoriser la construction de la route en vertu des pouvoirs implicites du ministre dans le cadre de sa responsabilité pour la gestion des parcs, prévue au paragraphe 8(1), les besoins de gestion du Parc s’étendent par suite de la décision pour englober ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la décision.

[112] Je me range à la conclusion du juge Gibson à ce sujet pour les deux motifs suivants. Premièrement, la «gestion des parcs» est un concept large, plus large par exemple que celui «d’activités des parcs». Je ne vois pas pourquoi on ne pourrait y inclure la fourniture de moyens de transport pour les personnes vivant dans les communautés isolées et lointaines du Parc national Wood Buffalo. Deuxièmement, si comme je l’ai décidé, le paragraphe 8(1) octroie à la ministre le pouvoir d’autoriser la construction de la route, les conditions rattachées au permis constituent un élément de la structure juridique qui entoure sa construction en prévoyant les mesures d’atténuation de tout effet environnemental

négatif possible. C'est en ce sens que les permis sont délivrés aux fins de la «gestion du parc».

F. CONCLUSION

[113] For these reasons, I would dismiss the appeal and award the Thebacha Road Society its costs as against CPAWS. The Minister did not seek costs and none are awarded.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

F. CONCLUSION

[113] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'appel doit être rejeté et que la Thebacha Road Society peut réclamer ses dépens à la SPPSNC. La ministre n'ayant pas réclamé de dépens, je ne lui en accorderai pas.

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

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

DIGESTS

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 decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fct>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

ACCESS TO INFORMATION

Motion for order striking out application for judicial review of Information Commissioner for Canada's (ICC) decision related to refusal of applicant's access request—In response to ICC's refusal, applicant brought application for judicial review under Access to Information Act, s. 41—In order to apply for judicial review pursuant to Act, s. 41 someone has to refuse access request—If applicant not refused access to record requested under Act, should applicant's notice of application for judicial review be struck for lack of Court's jurisdiction—For applications made under authority of Act, s. 41, requirement regarding applicant subject to refusal of access—Without refusal under terms of Act, Court without jurisdiction to entertain application—Applicant presented no concrete evidence to counter findings of ICC Health Canada did not have record in possession—Applicant's allegations based on suspicion without requisite supporting evidence—Applicant did not show requests for information refused as required by Act, s. 41—Motion granted and application for judicial review struck—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 41.

CLANCY V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-1224-02, 2002 FCT 1331, Blanchard J., order dated 31/12/02, 10 pp.)

Appeal from Trial Division decision ((2001), 14 C.P.R. (4th) 1) dismissing application for judicial review of Minister's refusal to give access to parts of Health Canada review on safety of calcium channel blockers—Appellant makes three arguments—First relating to confidentiality of research study of Professor Josefsson—Appellant's argument not supported by provisions of Access to Information Act—Nothing in Act specifying third party must assert confidentiality in order to maintain confidentiality—Nothing in record suggesting failure to respond to subsequent communication meant study not treated consistently in confidential manner, as required by Act, s. 20(1)(b)—Second argument that Minister obliged to independently verify whether third party claims of confidentiality valid—Trial Judge entitled to considerable deference with respect to

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

findings of mixed fact and law, absent an extricable legal error—However, no palpable or overriding error in present case in Trial Judge relying on evidence submitted by Minister and concluding no further evidence required—Third argument that exercise of discretion to disclose confidential information in public interest under Act, s. 20(6) must be done objectively—No authority for such interpretation of s. 20(6)—Appeal dismissed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20(1)(b), (6).

RUBIN V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (A-575-01, 2003 FCA 37, Rothstein J.A., order dated 23/1/03, 5 pp.)

ADMINISTRATIVE LAW

JUDICIAL REVIEW

Injunctions

Application for interlocutory injunction enjoining Minister from approving 4Vn winter cod fishery pending judicial review of purported approval—North of Smokey Fishermen's Association (NOSFA) seeking to quash decision and to prohibit Minister from making such decision on basis would exceed Minister's authority, constituting abuse of Minister's discretion—General principle applying to injunction against Minister stated in *Esquimalt Anglers' Assn. v. Canada* (1988), 21 F.T.R. 304 (F.C.T.D.)—Court does not have power to issue injunction against Crown or Minister of Crown where Minister acting as servant of Crown and Minister's functions lawfully authorized—Further, as stated in *Glenview Corp. v. Canada* (1990), 34 F.T.R. 304 (F.C.T.D.), Minister acting within powers granted by law not subject to injunction—Specific ministerial powers delineated in Oceans Act, s. 43 and specifically stated to be subject to Department of Fisheries and Oceans Act, s. 4—Thus, Minister acted within powers granted by law—Applicant has not presented any serious challenge to legal capacity of Minister to open V4n cod winter fishery—Appropriate test for granting of interlocutory injunction set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110: serious issue

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

to tried; irreparable harm; balance of convenience—Court unable to conclude issue serious as difference of opinion, without more, does not constitute legal issue—Court found no allegation of harm to applicant directly—Harm must be demonstrated when private applicant alleging public interest at risk—Consideration of balance of convenience and public interest does not assist applicant to claim given government authority does not represent public interest—In present case, NOSFA seeking to have court manage or police fishery—Not function of court—Moreover, review of ministerial decision cannot be accomplished by interlocutory relief—NOSFA failed to satisfy requisite elements of test for interlocutory injunctive relief—Motion dismissed—Oceans Act, 1996, c. 31, s. 43—Department of Fisheries and Oceans Act, R.S.C., 1985, c. F-15, s. 4 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 4).

NORTH OF SMOKEY FISHERMEN'S ASSN. V. CANADA
(ATTORNEY GENERAL) (T-2172-02, 2003 FCT 33,
Layden-Stevenson J., order dated 15/1/03, 11 pp.)

CHARITIES

Appeal under Income Tax Act, s. 172(3) from MNR notification proposing to revoke appellant's registration as charitable organization—Appellant incorporated as corporation without share capital—Stated corporate object to donate emergency medical supplies and ambulances directly to people of Israel—Two grounds stated as justification for revocation—First ground referring to gifting of resources to Magen David Adom (MDA); second ground relating to activities of appellant in contravention of Canadian public policy—Discussion of first and second grounds indicating Minister's real concern related to relationship between appellant and MDA, in particular appellant's failure to control and monitor use of ambulances and related equipment provided to MDA—Concerning contravention of Canadian public policy, Court found record in appeal fell far short of establishing definite, officially declared, implemented policy prohibiting Canadian charitable organization from operating in occupied territories—In absence of such legislation or some equally compelling public pronouncement, M.N.R. cannot justify revocation of registration of appellant solely on basis MDA operating in occupied territories—Minister's fundamental concern related to appellant not taking appropriate steps to ensure ambulances and related equipment provided to MDA would be used for charitable purposes—Charitable organization having obligation to carry on charitable activities itself—Charitable organization wishing to operate in location without any officers or employees must somehow act through person living at location in question—However, charitable organization must establish acts taken by charitable organization effectively authorized, controlled, monitored by charity—M.N.R. entitled to insist on credible evidence regarding activities of charitable organization to make sure activities carried on by charitable organization

CHARITIES—Concluded

itself—Remaining issue concerning whether Minister erred in finding charitable goods policy not applying to appellant's provision of ambulances and related equipment to MDA—Court unable to find in record evidence supporting reasonable expectation establishing use of ambulances and related equipment provided to MDA only for charitable purposes—Therefore Court concluded M.N.R. did not err in finding charitable goods policy not applying to ambulances, related goods provided to MDA by appellant—Appellant argued on existence of agency relationship between appellant and MDA—Court unable to find evidence supporting agency relationship between appellant and MDA or any evidence concerning appellant taking any steps to control or monitor use by MDA of ambulances and related equipment provided to MDA—Therefore, revocation of appellant's registration as charity justified—Preceding reasons sufficient to dismiss appeal, except for appellant's argument concerning breach of requirement of procedural fairness—M.N.R. may have taken into account three factual allegations without giving opportunity to appellant to comment—Even if three factual allegations disclosed in advance to appellant and refuted, revocation of appellant's registration still justified—Appeal dismissed—*Per* Rothstein J.A. (dissenting): Minister's decision flawed for two reasons—One based on irrelevant considerations and second based on breaches of procedural fairness during proceedings—Regarding irrelevant considerations, record indicating Minister did not consider gifting issue as independent ground for revocation—Gifting issue outstanding for some 15 years, suggesting gifting issue not of pressing importance for Minister—Regarding breach of procedural fairness, M.N.R. relied on evidence without giving appellant opportunity to comment in relation to evidence—Evidence related to use of ambulances in occupied territories for transportation of armed personnel, ammunition and other Armed Forces activities not consisting in charitable activities—Evidence prejudicial to appellant, therefore appellant should have had opportunity to comment—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 172(3) (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 141; 1998, c. 19, s. 46).

CANADIAN MAGEN DAVID ADOM FOR ISRAEL V. M.N.R.
(A-433-01, 2002 FCA 323, Sharlow J.A., Rothstein J.A.
(dissenting), judgment dated 13/09/02, 51 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**EXCLUSION AND REMOVAL***Immigration Inquiry Process*

Judicial review of visa officer's refusal of application for permanent residence as independent applicant after refusing to assess applicant as member of assisted relative class—Applied for permanent resident visa as member of assisted relative class on basis maternal aunt Canadian citizen residing in Toronto—As requested, applicant provided copy of aunt's

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

birth certificate—At second interview, applicant was told aunt's birth certificate fraudulent—Visa officer concluded applicant knew birth certificate false—Applicant not advised of purpose of second interview until arriving at interview—For this reason, clear applicant not given full opportunity to respond to visa officer's concerns about authenticity of aunt's birth certificate—Not established applicant had prior knowledge about fraudulent quality of birth certificate—Consequently, visa officer breached duty of fairness by not giving applicant ample opportunity to respond to specific problem applicant faced—Judicial review allowed.

JOHN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-62-02, 2003 FCT 257, Linden J.A., *ex officio*, order dated 28/2/03, 7 pp.)

Judicial review of Minister's delegate decision applicant danger to public in Canada pursuant to Immigration Act, ss. 70(5) and 53(1) (convicted of repeated offences involving theft, fraud, conspiracy to commit fraud)—In reaching decision, Minister's delegate adopted reasoning in Ministerial Opinion Report (MOR) and Request for Minister's Opinion (RMO)—Danger opinion procedure adopted by Minister suggesting need for higher standard of fairness than decisions made pursuant to Act, s. 114(2)—In present case, Minister's delegate did adopt MOR and RMO—Sufficient to constitute provision of reasons—However, reasons inadequate, given specific circumstances—Minister's delegate's reasons do not directly address issue of inhuman treatment—Minister's reasons must weigh risk of harm to society if applicant remains in Canada against risk applicant will be subjected to cruel or unusual treatment upon return to country of origin—Applicant established removal to Romania would expose him to risk of inhuman treatment as Roma—Minister's delegate's report not adequately responsive to evidence of risk—When danger opinion formed, Minister's delegate must take into account all humanitarian and compassionate considerations—Minister's delegate indicates in decision taking into account all humanitarian considerations which could exist in case—However, did not expand on statement, and no mention of humanitarian and compassionate considerations in RMO or MOR—Because of failure to provide adequate reasons for decision to deport applicant despite existence of risk to personal safety upon return to Rumania, and because of failure to address adequately humanitarian and compassionate grounds raised by applicant, application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 53(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 43), 70(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 13), 114(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 102).

DINITA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-402-02, 2003 FCT 184, Pinard J., order dated 20/2/03, 31 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued*Inadmissible Persons*

Judicial review of visa officer's refusal of application for student authorization to enter Canada—Decision to issue visa administrative, involving exercise of discretion—Visa officer entitled to rely on information gathered by assistant—No evidence visa officer's assistant did anything more than obtain information from applicant—Actual decision made by visa officer who was justified in relying on facts obtained in interview and recorded—Regarding lack of procedural fairness resulting from failure of respondent to provide applicant with opportunity to resolve concerns about applicant's application, visa officer not interviewing applicant, so clearly not raising any concern with applicant—Visa officer imported extraneous element into decision-making process in considering "tendency of young persons" wishing to leave Iran permanently to enrol in "lower" educational programs in Canada to gain entry more easily, and limited employment opportunities in Iran "even for university graduates" in reaching conclusion applicant unlikely to return to Iran after completion of studies in Canada—Reliance on extraneous consideration giving rise to reviewable error—Visa officer cannot stereotype applicant based on experience—Application for judicial review allowed.

MIRZAI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5822-01, 2003 FCT 164, Heneghan J., order dated 13/2/03, 5 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Appeal by Minister of Citizenship and Immigration from Citizenship Judge's decision approving respondent's application for citizenship—Applicant required to accumulate more than three years' residence within four years preceding date of application—Respondent not meeting residency requirements—Citizenship Judge approving application—Minister seeking to set decision aside on grounds that Citizenship Judge erred in fact, considered irrelevant facts, ignored material evidence, or otherwise erred in law in determining respondent met residency requirements—Residency requirement subject to conflicting interpretation by this Court—Physical presence mandatory in view of some judges, others consider justifiable absences may not count against accumulation of residence time—Citizenship Judge applying test in *Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.)—Physical presence required—Not considering whether respondent had become established in Canada prior to first absence and whether absences recent and occurred immediately before filing of application for citizenship—Error fatal—Respondent's absences significant—Recent cases favouring conservative approach, greater emphasis on physical presence

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

—Citizenship Judge not addressing whether respondent's absences caused by temporary situation—Multiple reasons for absences—Reasons casting doubt on extent, accuracy of Citizenship Judge's findings—Citizenship Judge not applying case law correctly—Court cases emphasizing need for substantial physical presence, and need to demonstrate meaningful connection to Canada prior to leaving for temporary purpose—Respondent arguing test should be relaxed because respondent is student—Respondent not full-time student and giving other reasons for absences—"Student cases" tending to show residency must first be established and then maintained: *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 270; [2002] F.C.J. No. 376 (T.D.) (QL)—Respondent only present in Canada five days before departure to China—Reasons by Citizenship Judge not demonstrating understanding of *Koo* test, and not accurate—Not enough evidence to establish constructive residency—Appeal allowed—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. XU (T-107-02, 2002 FCT 1111, Martineau J., order dated 24/10/02, 13 pp.)

Convention Refugees

Judicial review of Convention Refugee Determination Division (CRDD) of the Immigration and Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Whether CRDD breached principle of natural justice by not giving applicant and her counsel sufficient time to familiarize themselves with Report on Algeria and by attempting to limit scope of testimony of both applicant and her brother-in-law—Procedural fairness requiring disclosure be made to applicant within reasonable period of time prior to hearing to allow counsel to be well informed about allegations against applicant and to make full answer and defence—In cases dealing with late disclosure of documents to applicant, absence of any objection on that point would not compromise smooth conduct of hearing—Not necessary to object at hearing to late disclosure of document for injured party to plead breach of principles of natural justice—Each case will have to be assessed in accordance with its own particular circumstances—Applicant had no prior knowledge of report and nothing seems to indicate that it would have been otherwise available to her—Applicant and her lawyer did not have enough time to carefully read 33-page document, assimilate its contents, adequately respond to it and prepare their witnesses accordingly in time given to them—In this case, impossible for applicant to respond to allegations in Report on Algeria as report only given to her at beginning of hearing—Therefore, Court of view that applicant did not have just and fair hearing—Reviewable error, failure to disclose

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

document to applicant within reasonable time before hearing, procedural error having decisive impact on outcome of application—Fact that disclosure of document in question did not occur until beginning of hearing clearly showing not done in timely manner, constituting denial of right to fair hearing, rendering CRDD decision invalid—Application for judicial review allowed, matter remitted for reconsideration by differently constituted panel.

CHALAL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5419-01, 2003 FCT 345, Blanchard J., order dated 26/3/03, 18 pp.)

Permanent Residents

Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of Immigration Officer's decision denying application for exemption from requirement of Immigration Act, s. 9(1)—Applicants entered Canada in 1988—Refugee claims denied by MCI—Applicants made two applications on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, one in 1990 and another in 1992—On August 1, 2001, applicants again applied to Immigration Canada for exemption from immigrant visa requirement based on humanitarian and compassionate grounds—Whether Immigration Officer violated rules of fairness and natural justice by failing to disclose extrinsic information pertaining to 1990 and 1992 H&C applications and failed to allow meaningful participation to applicants—Extrinsic information appears drawn from source applicants led to believe no longer existed—Indeed, immigration officer told applicants paper file regarding previous case had been destroyed—Had they known paper file actually existed, applicants would have reviewed its contents and made submissions to clarify and correct Immigration Officer's erroneous interpretation regarding information contradicted by applicants' assertions—Not given opportunity to do so, situation led to allegedly unfair decision, based on erroneous information resulting in mistake of fact—In *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.), leading authority on issue of use of extrinsic evidence, Court stated if immigration officer relies on extrinsic evidence, not brought forward by applicant, immigration officer must give applicant chance to respond to extrinsic evidence—Relevant point whether applicant had knowledge of information and therefore had opportunity to correct prejudicial misunderstandings or misstatements—In present case, applicants at all times led to believe paper file no longer existed, which put them in difficult position of having to prove by other means truth of their claim—Court concluding information contained in applicants' backlog file pertaining to previous H&C applications extrinsic evidence, not brought forward by applicant for purposes of present

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

application and applicants never had opportunity to deal with evidence in question—Whether Immigration Officer subsequently relied on extrinsic information—No clear evidence officer did not draw negative credibility assessment—Evidence clearly shows Immigration Officer had some serious concerns about credibility of applicant's claim—Mere mention by Immigration Officer in notes that did not consider paper file to be extrinsic information requiring response from client clearly insufficient—Non-disclosure of relevant information leading to perception of unfairness and breach of duty—Further, breach of natural justice appreciably affected final decision—Therefore, application allowed and matter referred back for redetermination to different immigration officer—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 9(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 4).

ARDILES V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3-02, 2002 FCT 1323, Rouleau J., order dated 10/12/02, 16 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision dismissing applicant's appeal against Board of Referees' (Board) decision—Respondent claimed benefits after leaving employment after employer discussed laying respondent off, closing business—Found opportunity to get better job, provided first attended training institute—Board, Umpire misapplied test (whether leaving employment with just cause) applicable to facts of present case—In determining whether just cause to leave employment, Board required to determine whether no reasonable alternative to leaving, having regard to all circumstances—Undue pressure by employer to leave only relevant consideration herein—Therefore, pressure had to be such that respondent left with no reasonable alternative but to leave—Obviously, Board failed to ask proper question—As for Umpire, did not canvass at all Board's consideration of "undue pressure" as consideration for just cause—Umpire also confused good cause with just cause and did not question absence of discussion of reasonable alternative to leaving employment—Instead, Umpire addressed whether respondent had reasonable assurance of another employment in immediate future—Board and Umpire could not have found just cause to leave employment if applied proper test—Nothing in evidence suggests respondent could not have stayed in employment until termination while at same time looking for another job—Leaving employment voluntarily to take training course not authorized by Commission not "just cause"—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LAUGHLAND (A-76-02, 2003 FCA 129, Létourneau J.A., judgment dated 11/3/03, 6 pp.)

ENERGY

Judicial review of Minister's refusal, failure to appoint Arbitration Committee or Committees to deal with notices of arbitration served on Minister by applicants with respect to right of entry orders issued to Alliance Pipeline Ltd. by National Energy Board and Minister's request asking Arbitration Committees not to consider issue of controlled area—In order for negotiation and arbitration to apply to determination of compensation in respect of controlled area created by National Energy Board Act, s. 112, controlled area must be characterized as damage caused by pipeline company directly related to either: (i) acquisition of lands for a pipeline; (ii) construction of a pipeline; (iii) inspection, maintenance or repair of pipeline—Adverb "directly", as found in Act, s. 84, not defined in Act—Modern approach to statutory interpretation consisting of reading words in entire context and in grammatical and ordinary sense harmoniously with scheme, object of Act and intention of Parliament—Dictionary definition considered—In light of definition, use of word "directly" in Act, s. 84 requiring immediate participation of pipeline company—Controlled area established pursuant to Act, s. 112 not related in any direct manner to acquisition of pipeline right-of-way itself—Claim for compensation for acquisition of lands by Alliance Pipeline Ltd. in relation to controlled area too remote to satisfy direct connection prescribed by Act, s. 84—S. 84 specifically requiring negotiation, arbitration procedures will apply to claims against company arising out of activities of company, if activities in question directly related to acquisition of lands for pipeline—Alliance Pipeline Ltd. did not acquire lands in controlled area—Damages alleged by applicants with regard to controlled area result from statutory requirement—Damages claimed not directly related to activities of Alliance—Application for judicial review dismissed—National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 84 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 103), 112 (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 28; 1994, c. 10, s. 26; 1999, c. 31, s. 167).

BALISKY V. CANADA (MINISTER OF NATURAL RESOURCES) (T-54-01, 2002 FCT 976, Tremblay-Lamer J., order dated 13/9/02, 15 pp.)

FEDERAL COURT JURISDICTION**TRIAL DIVISION**

Preliminary motion objecting to Court's jurisdiction—Issues on motion include whether alleged use of copyright yacht designs might sound *in rem*—Defendant contended no applicable *in rem* jurisdiction in Court in copyright or otherwise and therefore asked for release of vessel *Amity*—For challenge to succeed, want of jurisdiction must be plain and obvious in order to justify striking out proceeding—Support by affidavit evidence allowed in challenging

FEDERAL COURT JURISDICTION—Concluded

jurisdiction—Court relied on statement of claim, affidavit evidence to decide jurisdiction question—Plaintiffs argued present dispute ought to sound *in rem* either by reason of Federal Court Act, s. 22(1) or s. 22(2)(m) or (n)—Plaintiffs submitted jurisdiction under Copyright Act ought to extend to include *in rem* jurisdiction—While Federal Court has jurisdiction under Federal Court Act, s. 20 to deal with matters of copyright, that jurisdiction must be founded upon applicable federal law and not on basis of action in tort or contract, incidental to copyright law—In present case, Copyright Act regarded as source of federal law—Court should interpret Act, s. 22(1), broadly—Difficulty in finding jurisdiction within Act, s. 22(1) because copyright claim involved plans supplied for ship neither built nor in existence—Court must be satisfied jurisdictional facts or allegations of such facts supporting attribution of jurisdiction—Regarding argument of s. 22(2)(m) as possible route to attribution of jurisdiction, Court found clear limitations in s. 22(2)(m)—First, goods, materials or services must be for “operation or maintenance” of ship—In present case, plans are for non-existing ship—Second, s. 22(2)(m) referring to operation or maintenance of “ship”—Drawings supplied for ship existing only as possibility—S. 22(2)(m) not basis for jurisdiction, for not only drawings not needed for operation or maintenance of ship, but also such drawings neither incidental to nor complementary to non-existent ship—Regarding argument of s. 22(2)(n) as possible route to attribution of jurisdiction on ground of claim arising out of contract, plaintiffs established existence of contract to enter into contract—S. 22(2)(n) must clearly relate to construction contract between ship builder, owner—Not case in present instance—Subject-matter of action not coming within Canadian maritime law or within general provision providing jurisdiction under heading of Navigation and Shipping, s. 22(1) of Act, or within included maritime jurisdiction specifically set out in s. 22(2)—*In rem* claim struck out, release of *Amity* from arrest ordered—Federal Court Act, R.S.C., 1985 c. F-7, ss. 20 (as am. by S.C. 1990, c. 37, s. 34), 22(1), (2)(m), (n).

TRAWLERCAT MARINE INC. v. *AMITY* (THE) (T-1508-02, 2002 FCT 1181, Hargrave P., order dated 13/11/02, 15 pp.)

INCOME TAX**INCOME CALCULATION***Deductions*

Source of income—Judicial review of decision of Tax Court dismissing appeals from reassessments for 1996, 1997 taxation years—Applicant seeking to deduct rental losses—Tax Court’s decision rendered prior to release of judgment of Supreme Court of Canada in *Stewart v. Canada*, [2002] 2

INCOME TAX—Continued

S.C.R. 645—In *Stewart*, Supreme Court modified test set out in *Moldowan v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 480—*Stewart* holding issue of whether or not taxpayer has source of income to be determined by looking at commerciality of activity in question—Whether sufficient degree of commerciality determined by considering factors set out in *Moldowan*, such as profit and loss experience in past years, taxpayer’s training, taxpayer’s intended course of action, capabilities of venture to show profit, reasonable expectation of profit—Therefore proper for Tax Court Judge to consider whether applicant had reasonable expectation of profit, along with other factors mentioned in *Moldowan*—Analysis of Tax Court Judge consistent with reasoning in decisions in *Stewart* and *Moldowan*—No reversible error in Tax Court Judge’s assessment of evidence or analysis of appropriate factors in determining whether or not applicant carrying on business—Application dismissed.

JARQUIO V. CANADA (A-477-01, 2003 FCA 80, Sexton J.A., judgment dated 13/2/03, 5 pp.)

PARTNERSHIPS

Reassessment—Appeal and cross-appeal in Court file A-208-02 from judgment of Tax Court allowing in part appellant’s appeal from reassessments of 1993, 1994, 1995, 1996 taxation years—Appeal and cross-appeal in Court file A-311-02 from order of Tax Court awarding costs to respondent but excluding costs in respect of two expert witnesses—Two issues concerning appeal—(1) Whether CEG Partnership and American Softworks Corporation (ASC) dealt with each other at arm’s length at relevant time—Relevant time for determination of arm’s length question December 31, 1993—Income Tax Act, s. 69(1)(a) providing when taxpayer has acquired anything from person with whom taxpayer not dealing at arm’s length at amount in excess of fair market value at time of acquisition, taxpayer deemed to have acquired it at fair market value—Parties not considered to be dealing with each other at arm’s length if one person dictates terms of bargain on both sides of transaction—No evidence appellant had any influence on transaction already negotiated between ASC and CEG Partnership when not dealing with each other at arm’s length—As result, conclusion of Tax Court Judge (T.C.J.) should not be disturbed—(2) Regarding valuation, question of valuation matter of assessment of expert and other evidence and should not be interfered with by Court unless palpable, overriding error—Appellant not showing palpable, overriding error on part of T.C.J. in respect of valuation issue—In respect of arm’s length and valuation issues, appeal dismissed—Regarding cross-appeal, Minister urging T.C.J. erred by finding only US\$6,000 per unit represented by assumption of acquisition note not at risk—Minister arguing T.C.J. should have also found appellant’s US\$4,000 per unit

INCOME TAX—Concluded

cash payment not at risk—As result, Minister says appellant should not be entitled to any deduction in respect of losses of CEG Partnership because none of appellant's partnership contribution at risk—General partner deemed to be limited partner for purposes of "At-Risk" rules if general partner entitled to receive benefit reducing impact of any losses because partner member of partnership—To determine if "At-Risk" rules apply to appellant, must first determine whether appellant deemed to be limited partner pursuant to s. 96(2.4)(b)—If so, s. 96(2.4)(d) applying to determine taxpayer's "At-Risk" amount—Dealing first with question of whether appellant properly deemed to be limited partner, s. 96(2.4) referring to taxpayer being member of partnership "at a particular time" and "at that time"—For purposes of present case, "time" any time within appellant's taxation years 1993 and 1994—Entitlement to benefit must arise within three years after December 31, 1993 or December 31, 1994—December 31, 1995, partnership agreement and amending agreement 3 came into existence within 3-year period after appellant sought to deduct partnership losses—Accordingly, agreements relevant to determination of appellant's "At-Risk" amount in CEG Partnership—Regarding effect of agreements on appellant's "At-Risk" amount in respect of contribution to CEG Partnership—From consideration of partnership amending agreement and amending agreement 3, difficult to see why entire cash component of cost of partnership units at risk—No doubt shares intended to be in addition to US\$8,000 per unit entitlement—Certainly no way to know what market capitalization of ASC would be on December 31, 2003, when shares made available to CEG Partnership—Upon evidence, value of shares simply not ascertainable—Evidence demonstrating share benefit simply too vague to ascribe value to it—Based on evidence, Minister's assumed value of share benefit displaced because value not ascertainable—Appellant's amount at risk US\$2,000 per unit—Regarding costs in Tax Court, both appellant and respondent appeal T.C.J.'s disposition with respect to costs—Costs within discretion of T.C.J. and barring finding such discretion not exercised in accordance with law, Court will not interfere with award—No basis for interfering with costs award—In conclusion, appeal dismissed—Cross-appeal allowed, but only to reduce appellant's "At-Risk" amount to US\$2,000 per unit—In all other respects, cross-appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 69(1)(a), 96(2.4) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 123).

BROWN V. CANADA (A-208-02, A-311-02, 2003 FCA 192, Rothstein J.A., judgment dated 24/4/03, 26 pp.)

INTERNAL TRADE

Judicial review of decision of Canadian International Trade Tribunal (CITT) holding Public Works and Government

INTERNAL TRADE—Continued

Services Canada (PWGSC) had improperly awarded contract to Seprotech Systems Inc. and recommending termination of contract—Contract in question for supply of services to overhaul, repair and maintain equipment installed on Canadian Forces' vessels for converting sea water into fresh water for use on board ship—After Seprotech awarded contract, respondent Zenon Environmental Inc. complained PWGSC breached Agreement on Internal Trade, Art. 506(6), requiring tender documents to clearly identify requirements of procurement—Zenon alleged Seprotech not complying with mandatory provision in request for proposal (RFP) requiring bidders to establish that, if awarded contract, would have access to components required to perform it—Seprotech not including written statement from one of original equipment manufacturers of important component of contract—Seprotech's tender referred to verbal assurance from supplier—CITT holding "firm indication that all components required to perform the required work are accessible to the bidder" contemplating some form of written evidence components available to bidder—Whether CITT's interpretation of "firm indication" requirement patently unreasonable—CITT stated written assurance of availability not required with respect to components either available commercially "off-the-shelf" or manufactured by bidder—This interpretation clearly shows CITT very alive to need to interpret requirement in manner consistent with purpose—Also reasonable for CITT not to regard letter from supplier to Seprotech as fulfilling "firm indication" requirement—Non-compliant bid could not be retroactively revived by letter—Seprotech not providing any satisfactory explanation of why letter not included with tender documents—Accordingly, given both wording and purpose of badly drafted "firm indication" requirement, CITT's interpretation not patently unreasonable—Allegation denial of procedural fairness unfounded—Seprotech arguing denied fair hearing when CITT refused to accept Seprotech's reply to Zenon's response—Seprotech had reasonable opportunity to participate in CITT's decision-making process—(1) Seprotech intervenor in complaint against PWGSC—Intervenors do not generally have right to reply to submissions of party made in response to intervenor—(2) Time important in contract procurement, and CITT must complete task within fairly tight schedule—(3) Seprotech had already made two submissions to CITT and did not suggest third intended submission rebutted new evidence or arguments adduced by ZENON in reply—CITT recommended termination of contract and re-evaluation of remaining bids—By providing no explanation of choice of remedy, CITT failed to give adequate reasons for decision—Omission effectively denied applicants right to judicial review of remedial aspect of CITT's decision—Hence, this part of decision should be set aside—Act lists four factors CITT must consider when fashioning remedy—Without reasons, Court cannot ensure CITT discharged statutory duty—Following considerations led Court to believe

INTERNAL TRADE—Concluded

termination of contract not only possible remedy CITT could have awarded: extent of Seprotech's non-compliance with ambiguous provision in RFP, evidence of supplier's willingness to supply equipment, possibility other bids will not be found to be compliant, and uncertainty surrounding precisely which components specified in hundreds of technical pages accompanying RFP subject to written assurance of availability—Hence, CITT must redetermine appropriate remedy—Application granted in part—CITT's decision recommending termination of contract and limited re-evaluation of remaining bids set aside—Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995), Art. 506(6).

SEPROTECH SYSTEMS INC. V. PEACOCK INC. (A-612-02, A-632-02, 2003 FCA 71, Evans J.A., judgment dated 11/2/03, 18 pp.)

MARITIME LAW**INSURANCE**

Action for damages to plaintiffs' pleasure craft as result of explosion of defendant's ship, motor vessel *Kyhita*—Counsel for defendant urged award of damages to plaintiffs for decrease in value of *Constant Craving* that is not reduced by amount recovered by plaintiffs from own insurers in respect of repair of ship would amount to unjustified collateral benefit to plaintiffs—Issue arising from relatively unusual set of circumstances—Normally, plaintiffs' insurer would have been subrogated to rights of plaintiffs as against defendant to extent of loss suffered by plaintiffs recoverable against defendant and for which insurer has indemnified plaintiffs cost of repairs of *Constant Craving*, cost recovered by plaintiff from insurer—In present case, plaintiffs' insurer indemnified plaintiffs for cost of repairs—Plaintiffs sued insurer—Litigation discontinued and insurer surrendered subrogation rights against defendant in favour of plaintiffs—Thus, plaintiffs' insurer would not recover amount indemnifying plaintiffs if amount recovered from defendant—In effect, plaintiffs would have recovered cost of repairs to *Constant Craving* from insurer and would again recover same cost of repairs from defendant—Issue of double recovery or collateral benefit addressed by Supreme Court of Canada in *Cunningham v. Wheeler*; *Cooper v. Miller*; *Shanks v. McNee*, [1994] 1 S.C.R. 359—Double recovery not permitted—Exception to general principles called private insurance exception—Insurance arrangements at issue here between plaintiffs and insurer with respect to *Constant Craving* falling within private insurance exception—In conclusion, no modification made regarding appropriate damages payable by defendant to plaintiffs for decrease in value of vessel because plaintiffs will experience a degree of double recovery—As between double recovery to plaintiffs and windfall benefit to

MARITIME LAW—Continued

defendant by reason of prudence of plaintiffs in maintaining insurance on *Constant Craving*, result should favour plaintiffs—Judgment in favour of plaintiffs for sum of repair costs in respect of *Constant Craving* for total of \$55,812.70—No adjustment to award made because portion related to repair costs might be seen as collateral benefit to plaintiffs—Simplified action by plaintiffs allowed.

STRACHAN V. *CONSTANT CRAVING* (THE) (T-448-98, 2003 FCT 86, Gibson J., order dated 28/1/03, 35 pp.)

PRACTICE

Motion to set bail for release of vessel *All Risks*, presently under arrest for procedural reasons—Vessel also held by caveat of F.C. Yachts (defendant), builder and intended beneficiary of security—On December 2000, NHM International Inc. and F.C. Yachts Ltd. entered into letter agreement to execute building contract for construction and delivery of 76- by 20-foot yacht for US\$2,372,000—Inexplicably, while building contract signed on behalf of F.C. Yachts Ltd., plaintiff did not sign building contract—F.C. Yachts., as builder and owner of vessel, gave builder's mortgage to NHM International Inc., buyer and intended ultimate owner of vessel, to secure equity of NHM International Inc. in vessel—Plaintiff considered progress on vessel unsatisfactory—Work on vessel had apparently come to a standstill—Thus, on November 6, 2002, over one year after vessel ought to have been delivered, plaintiff went into possession of vessel as mortgagee in possession and plaintiff had sheriff arrest vessel—Plaintiff's final statement of account amounted to C\$5,030,846 including some US\$805,000 over price as set out in building contract plus extras—Bail defined as substitution of personal, in sense of cash or guarantee security, for *in rem* asset security—*In rem* claimant arresting vessel entitled to security for principal, interest and costs, to represent claimant's reasonably best arguable case—Court setting bail must be satisfied as to sufficiency of bail and must not pre-judge case—In present case, party seeking security in position of strength and must not abuse position—General rule that amount of bail to be provided in order to release properly arrested vessel should be equal to claimant's reasonably best arguable case, together with interest and costs, with upper limit being value of arrested vessel—First, reasonably arguable case expressing notion or concept of measure of security that ought to be provided, not absolute figure or importation of absolute figure—Second, while Court has jurisdiction and discretion to determine value of reasonably arguable best case, in setting bail Court ought not to pre-judge case—NHM International Inc. offered security in amount of US\$71,100 as contractual holdback and bail bond of about US\$122,000—Thus, total security sought by F.C. Yachts in order of US\$1,980,000—Regarding price of vessel, in absence

MARITIME LAW—Continued

of formally executed contract, contract may be found in actions of parties—In present case, one party signed and delivered contract to other—Actions of other party showed acceptance of contractual terms—Enforceable contract between parties, although one of parties did not formally execute contract—F.C. Yachts Ltd. clearly accepted progress payments specified under December 14 contract and also accepted payment for billings for extras—Unreasonable, inconceivable, extravagant to argue bail ought to reflect contract to construct vessel on cost plus basis—Whether claim in *quantum valebant* or in *quantum meruit*, same test for application of principle: contract must have been rescinded or discharged, with mutual obligations ceasing to exist, in order to claim on that basis—Claim in *quantum valebant* involving goods sold and delivered; claim in *quantum meruit* involving services—Just as full performance of contract excluding *quantum meruit* claims, in present case completion by and or final statement of account from F.C. Yachts Ltd. excluding claim for *quantum valebant*—No evidence suggesting defendant comes within elements of test set out in *Morrison-Knudsen Co., Inc. et al. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1978), 85 D.L.R. (3d) 186 (B.C.C.A.)—Defendant made no election to bring contract to end, but decided to continue to carry on with contract even in absence of execution by plaintiff—Actual *quantum valebant* claim only advanced after defendant said all work completed, and after introduction of present litigation and after vessel delivered by Court order to plaintiff—To allow matter to proceed, with security on basis of cost plus construction of vessel, ignoring conduct of parties over many months and documents generated, would be to allow abuse—Defendant believing issue of security to be potential tax liability—Contract of December 14, 2002 providing for offshore delivery—Common provision in case of exported Canadian-built vessel—Legitimate technique to avoid payment of Provincial Sales Tax (PST) and Federal Goods and Services Tax (GST)—Defendant submitting plaintiff having gone into possession as mortgagee in possession and having arrested vessel has somehow taken delivery—Neither going into possession as mortgagee in possession, nor arresting vessel, constitute delivery of vessel—Uncontradicted affidavit evidence of US Virgin Islands' lawyer instructed by plaintiff to represent company in registration of vessel in Virgin Islands that registration process commenced but incomplete—According to material presented, inconceivable, extravagant, unreasonable position to argue for substantial additional bail on basis vessel transferred while still within Canada and in ownership of defendant—No reasonably arguable case for securing of defendant for PST, GST liability—Court satisfied claim of defendant for price of vessel on cost plus basis will not succeed to extent of \$1,980,000 security sought—To require security for claim of defendant would be clearly unreasonable, indeed excessive, oppressive, abusive—F.C.

MARITIME LAW—Concluded

Yachts Ltd. will have sufficient security if order set at US\$125,000, being bailbond for C\$190,552 and additional security of US\$3,000, together with sum of US\$71,000 paid into Court to constitute holdback on price of *All Risks*.

NHM INTERNATIONAL INC. v. *ALL RISKS* (THE)
(T-1865-02, 2003 FCT 53, Hargrave P., order dated 21/1/03, 25 pp.)

NATIVE PEOPLES

Judicial review of Squamish Indian Band Council (Council) decision no funds owed by Council to applicant—Applicant's mother unable to provide care for applicant—From age of three until majority, applicant lived with grandmother—As applicant's caregiver, grandmother collected Guardian Financial Assistance (GFA) funds to assist with maintenance and upbringing of applicant—Whether Council's decision declining applicant's request for payment of sum of money equal to amount paid to grandmother while applicant minor reasonable—Whether Council had fiduciary trust responsibility and/or trust duty to applicant including putting all of applicant's monies into trust account until reaching age of majority—Court found respondent had fiduciary responsibility towards applicant as minor to make decisions regarding expenditure of distribution monies in applicant's best interest—Applying criteria set out in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99 respondent clearly holding all power over distribution of monies belonging to minor members of Squamish Nation—Whether respondent's failure to place applicant's distribution funds in interest-bearing trust account until applicant reached age of majority constituting a breach of fiduciary obligations—Evidence clearly showed respondent acted in good faith and in best interest of applicant by releasing distribution monies to grandmother—Respondent had no duty over and above obligation to make decisions regarding distribution of applicant's funds in best interest of applicant—Respondent's decision to release funds to applicant's grandmother for maintenance and upbringing not only valid exercise of discretion in applicant's best interest, but entirely appropriate course of action—Thus, respondent's refusal to pay applicant's distribution monies second time reasonable and correct—No evidence showing respondent failed to make decision in applicant's best interests—Application failed to disclose reasonable cause of action—Applicant completely omitted to plead any prejudice or damage suffered resulting from respondent's decision not to pay funds—Omission clearly showing applicant having no arguable case—Applicant decided nevertheless to bring present application for judicial review in attempt to benefit twice at expense of other members of Squamish Nation Band and retained services of counsel—Applicant's course of

NATIVE PEOPLES—Concluded

conduct wasted Court's time and resources and clearly results in abuse of process—Application dismissed with costs.

WILLIAMS V. SQUAMISH INDIAN BAND COUNCIL
(T-1060-02, 2003 FCT 50, Rouleau J., order dated 20/1/03, 21 pp.)

PATENTS

Applicants seeking order pursuant to s. 6(1) of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations prohibiting respondent Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to respondent Apotex Inc. in connection with version of drug sertraline until after expiration of Canadian Letters Patent No. 2029065 ('065 patent)—Pfizer Inc., owner of '065 patent, sells sertraline in Canada under trade-mark "Zolof" —Apotex Inc. Canadian manufacturer of generic products—On August 31, 1982, Canadian Letters Patent No. 1130815 ('815 patent) issued to Pfizer in relation to use of sertraline for treatment of depression—'065 patent discloses and claims new uses for sertraline for disorders distinct from depression—Upon expiration of '815 patent Apotex received NOC for apo-sertraline for treatment of depression only—Whether '065 invalid on grounds of obviousness, anticipation, insufficient specification or double patenting, ambiguity—Apotex served notice of allegation (NOA) to obtain NOC to enable it to see apo-sertraline with additional uses in connection with obsessive-compulsive disorder (OC) and panic disorder (PD)—Apotex alleged '065 patent invalid because not containing inventive subject-matter and not complying with Patent Act—Regarding burden of proof under Regulations, principle set out in *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2001] 4 F.C. 518 (T.D.)—Burden on Pfizer only to disprove allegations in notice of allegation, not to justify declarations of validity and infringement or conversely to negative claims for declarations of invalidity and non-infringement—Apotex not obliged to put in issue validity of claims contained in '065 Patent irrelevant to authorized use of sertraline to treat PD and OCD—Obligation of generic manufacturer seeking NOC and comparing drug to another to establish bioequivalence set out in s. 5(1) of Regulations—S. 5(1) providing generic's obligation triggered by filing submission for NOC in circumstances where comparison between generic's drug and another drug already marketed in Canada pursuant to NOC—Interpretation of legislation having regard to purpose of legislation, intention of Parliament—Purpose of Regulations to prevent infringement—Purpose not served by requiring generic manufacturer in proceedings under Regulations to invalidate patent claims that are irrelevant to proposed use by generic and irrelevant to comparison triggering application of s. 5 of Regulations—Under purposive interpretation of Regulations, if innovator unable to disprove allegation use claim invalid, purpose of Regulations served by issuance of

PATENTS—Continued

NOC in connection with that use in question—Here relevant allegation in substance relates to use of sertraline for PD and OCD, together with broader related claims, and does not relate to uses of sertraline not authorized in Canada—Regarding allegation of invalidity on ground of obviousness, test for obviousness whether alleged invention required exercise of inventive ingenuity—No inventiveness in following obvious, well-charted route using known techniques and processes involving known compositions unless inventor encounters difficulties not reasonably expected by person versed in art or overcome by application of ordinary skill—Patent directed to skilled psychiatrist or someone knowledgeable in treatment of anxiety-related disorders—No inventive step or undue experimentation required in circumstances for notional skilled psychiatrist to prescribe sertraline for PD and OCD—On totality of evidence Pfizer failed to meet burden to establish on balance of probabilities allegation of obviousness not justified—Regarding argument of invalidity of '065 patent on ground of anticipation, legal test for anticipation set out in *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024: whether specific piece of prior art contains sufficient information to enable person of ordinary skill and knowledge in field to understand nature of invention and carry it into practical use without aid of inventive genius but purely by mechanical skill, without access to patent—Pfizer not discharging burden to establish allegation of invalidity of claims not justified on ground of anticipation—Application for order of prohibition dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, rr. 5 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 2), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 43(2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42).

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-2096-00, 2002 FCT 1138, Dawson J., order dated 5/11/02, 54 pp.)

INFRINGEMENT

Patent infringement action by Westaim Corporation alleging claims 2, 4 and 6 of patent No. 1198073 ('073 patent) infringed by Royal Canadian Mint (RCM) at coin blank manufacturing operation in Winnipeg, Manitoba—RCM denying allegations and seeking declarations of non-infringement and invalidity of patent '073—'073 patent, process for producing coin blanks, issued December 17, 1985 to Sherritt Gordon Mines Limited (Sherritt)—In 1970, Sherritt's Director of Coinage Marketing challenging employees, to develop new coinage product having all properties of nickel but cheaper—Employees' subsequent work resulted in development of Sherritt's nickel-bonded-steel (NBS) coinage product for which a number of US, Canadian and U.K. patents issued—Employees' work on solution to problem of formation of blisters on surface of plated core

PATENTS—Continued

during post-plate anneal resulted in patent at issue in proceedings—'073 patent relating to production of coin blanks suitable for minting into coins—Only claims 2, 4 and 6 of patent at issue—As '073 patent issued before October 1, 1989, provisions of Patent Act apply to proceeding—Westaim submits comparison of RCM process and claims 2, 4 and 6 of '073 patent clearly demonstrating RCM has used every step of each of relevant claims in process—RCM maintaining process not infringing any of claims at issue—Central issue on infringement whether two or three electroplated layers used by RCM in process within scope of any of claims 2, 4, or 6—RCM alleging '073 patent invalid because claimed invention anticipated, obvious at date invention made, lacks utility, broader than any inventions made by inventors, broader than any invention disclosed in patent, claim ambiguous and because patent's specification insufficient to enable skilled person to practice claimed invention—As stated in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, before considering issues of infringement and validity, relevant claims of patent at issue must be construed—Court's task to identify how patentee has used various terms in claims and to determine meaning of terms in claims—Understanding of meaning of terms derived from context of patent specification as whole with assistance of person skilled in art relating to patent—Informed and knowledgeable reading of claims will enable Court to identify particular words or phrases in claims describing elements inventor considered essential elements of invention—In present case, reading of '073 patent making clear '073 patent addressed to person or team knowledgeable in minting metallurgy and electroplating—Key difference between parties' positions regarding construction of claims at issue arising from meaning of words "placing the container into an electroplating bath, electroplating a metallic cladding onto the cores while moving the container angularly about a horizontal axis, until a plating thickness of at least about 0.01 mm has been deposited"—Court's task in construing claims to identify essential and non-essential elements of claims—In *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, Binnie J.'s reasons examined—Evidence not establishing on a purposive construction electroplating details found in language at issue not intended to be essential elements of claims—No clear language inventors did not intend first plated layer to have a minimum thickness of 0.01 mm—Nothing in language of claims indicating inventors did not clearly intend first layer 0.01 mm as a non-essential element—Regarding obviousness to skilled worker at date of publication of patent that cladding having multiple layers could be substituted for cladding having single layer without affecting working of invention—Cladding consisting of multiple metallic layers would obtain substantially same result as cladding consisting of a single metallic layer—Cladding consisting of one or multiple layers would not make material functional difference to claimed

PATENTS—Continued

process—Regarding validity of patent, Act, s. 45 providing patent presumed valid in absence of evidence to contrary—Onus on party challenging validity of patent to prove alleged invalidity on balance of probabilities—In *Beloit Canada Ltd./Ltée v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), Hugessen J.A. stated, regarding challenge to validity of patent on basis of anticipation and obviousness, issue of obviousness should be considered first—Relevant date to assess obviousness date of invention, presumed to be filing date of application for patent—Plaintiff failed to prove claimed date of invention—On evidence March 1981 earliest possible date of invention—Whether sequence of steps in process disclosed in '073 patent new—Patent '803, published January 9, 1980, as one of Westaim's NBS patents—Court found '803 patent rendering claimed invention in '073 patent obvious—Patent '803 providing relevant information regarding process—Only question left regarding whether skilled person reading '803 patent, in absence of any direction in patent annealing step may occur before electroplating step, would be led directly and without difficulty to conclude annealing step must be carried out before electroplating—Skilled person reading '803 patent and equipped with common general knowledge would have been led directly and without difficulty to process claimed in '073 patent—Therefore, patent invalid—Patent infringement action dismissed—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 45 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42).

WESTAIM CORP. V. ROYAL CANADIAN MINT (T-453-98,
2002 FCT 1217, Hansen J., order dated 22/11/02, 58 pp.)

PRACTICE

Judicial review of Minister of Health's decision removing Canadian Patent 1245983 ('983 patent) from Patent Register relative to "Duragesic" fentanyl patch formulation—'983 patent entitled "Transdermal Administration of Fentanyl and Device Therefor"—Applicant manufacturer of pharmaceutical products—Whether "Duragesic" patches medicine—Definition of "medicine" including compositions of active and inactive ingredients—In particular, release membrane, drug reservoir and backing cannot be considered "medicine" according to *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (F.C.T.D.)—Patch not medicine—Whether words of patent indicating "Duragesic" patches medicine—Person skilled in art would identify '983 patent as describing patch, but does not mean such patch falling within definition of "medicine" for purposes of Regulations—None of 65 claims in '983 patent for medicine fentanyl itself or for use of fentanyl—Consequently, patent not falling within Regulations, s. 4(2)(b), providing patent list submitted in respect of drug must set out any Canadian Patent containing claim for medicine itself or claim for use of within medicine—As "Duragesic" patches not falling within definition of medicine and since '983 patent not

PATENTS—Concluded

making any claims to fentanyl or use of fentanyl, '983 patent not eligible to be included in patent list—Not appropriate to stretch definition of “medicine” as provided in Regulations in order to comply with policy document having no bearing on interpretation of '983 patent—In conclusion, '983 patent not medicine within meaning of Regulations—'983 patent does not meet requirements for inclusion on register, having regard to definition in ss. 2, 4(2)(b)—Whether or not respondent erred in using term “device” to refer to patch not determinative in case at bar—Consequently, decision to delist patent not offending principles of patent law—'983 patent remaining valid and enforceable throughout its life notwithstanding decision to delist, as do patents related to drug fentanyl itself—Judicial review dismissed—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/193-133 (as am. by SOR/98-66) ss. 2 (as am. by SOR/99-379, s. 1), 3, 4(2)(b) (as am. by SOR/98-166, s. 3).

JANSSEN-ORTHO INC. V. CANADA (MINISTER OF HEALTH)
(T-2216-00, 2003 FCT 286, Heneghan J., order dated 7/3/03, 15 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of decision of Commissioner of Correctional Service of Canada (Commissioner) denying grievance of applicant at third and final level of grievance process prescribed under Corrections and Conditional Release Act and Corrections and Conditional Release Regulations—Grievance arose out of applicant's pay while in administrative segregation while at Bowden Institution—Prior to being in segregation, applicant worked in Corcan Cabinet program for which paid \$5.80 per day—Upon placement in segregation, applicant given no pay—Situation later corrected to \$2.50 per day for entire period applicant in administrative segregation—Applicant submitted although Programming staff verbally informed him pay would be reduced from \$5.80 to \$2.50, Program Board not providing written notification of reduction of pay within five working days of rendering decision contrary to Commissioner's Directive 730 (Inmate Program Assignment and Payments), s. 28—S. 28 not applicable when inmate's pay reduced as result of being placed in administrative segregation—Applicant placed in administrative segregation and paid \$2.50 per day pursuant to Commissioner's Directive 730, s. 18—Standard procedure and not discretionary—As such, decision to lower applicant's pay not arbitrary or contrary to law—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620—Commissioner's Directive 730, ss. 18, 28.

ROSS V. BOWDEN INSTITUTION No. 2 (T-2063-01, 2003 FCT 331, Tremblay-Lamer J., order dated 20/3/03, 5 pp.)

PENSIONS

Judicial review of Canada Pension Appeals Board decision—Applicant's mother died in 1998 never having applied for pension benefits—Applicant, in capacity as executrix of her mother's estate, applied for pension benefits shortly after her mother's death—Canada Pension Plan, s. 67(3) applying to application for pension benefits made by estates; limitation of twelve month's retroactivity of benefits applicable in present case—Reference to French version makes it clear that s. 67(3) applying to broader category of applicants as defined in s. 2(1), to estates as well as to living persons—Interpretation of s. 67(3) as including applications by estates avoiding absurd result—To read legislation as conferring on survivors or beneficiaries of estate access to greater benefits than living contributors would be patently absurd—Application dismissed—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 2(1) “applicant” (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 1), 67(3) (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 32).

MEYER V. CANADA (A-51-02, 2003 FCA 107, Rothstein J.A., order dated 28/2/03, 4 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Production of Documents*

Request for material in possession of tribunal pursuant to r. 317 of Federal Court Rules, 1998—Tribunal convened by Correctional Service of Canada to make final grievance determination arising out of disciplinary action against applicant for apparent injury to fellow employee of Correctional Service—Crown objecting to production of two documents—Request denied—Some documents requested simply not existing—Two existing documents, Workers' Compensation Board report, and material dealing with rehabilitation, not before tribunal at time decision made—Only documents before decision-maker when decision made need be produced: *1185740 Ontario Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue-M.N.R.)* (1999), 247 N.R. 287 (F.C.T.D.); *Hiebert v. Canada (Correctional Service)* (1999), 182 F.T.R. 18 (F.C.T.D.)—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 317, 318.

FOURNIER V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-750-02, 2002 FCT 1253, Hargrave P., order dated 3/12/02, 8 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Reversal or Variation*

Appellants seek to set aside three orders made by Lutfy A.C.J.—First, appellants argue principal deficiency because affidavits upon which orders granted did not provide full and frank disclosure required in *ex parte* motions—*Ex parte*

PRACTICE—Continued

applications brought on urgent basis with little time to prepare supporting materials, therefore orders should not be set aside on account of mere imperfections in affidavits or because inconsequential facts not disclosed—Court decided conclusion amply supported by evidence, thus no basis for intervention by Federal Court of Appeal—Second, as to Charter argument, not necessary to decide in present case whether person charged with contempt of court for disobeying court order in civil matter entitled to protection of Charter—Court not persuaded present case appropriate case to consider Charter argument raised for first time on appeal—Appeal dismissed.

COCA-COLA LTD. V. MUSADIQ PARDHAN (A-93-00, 2003 FCA 11, Malone J.A., order dated 14/1/03, 13 pp.)

Trial Division ordering defendant City of Medicine Hat to pay plaintiffs \$621,412 for profits flowing from patent infringement—City paying \$638,859 in satisfaction of judgment, including pre- and post-judgment interest—Court of Appeal later setting aside decision of Trial Judge and dismissing claim with costs—Plaintiffs repaying \$638,859 but refusing to pay interest for period of time it had use of monies—Defendant bringing motion requiring order for payment of interest of \$24,071—Motion allowed—Motion treated as motion to vary Court order under r. 399(2) of Federal Court Rules, 1998 by reason of matter discovered subsequent to making of order—Judgment setting aside trial judgment removing any equitable claim plaintiffs had to money paid to them—Not unreasonable for defendants to assume plaintiffs would repay money with interest—Plaintiff's objection to payment of interest not apparent until after disposition of appeal—Parties should as far as possible be returned to position would have enjoyed had there been no trial judgment—Court ordering payment of pre- and post-judgment interest—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 399(2).

BAKER PETROLITE CORP. V. CANWELL ENVIRO-INDUSTRIES LTD. (A-483-01, 2002 FCA 481, Strayer J.A., order dated 3/12/02, 4 pp.)

PARTIES*Standing*

Judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' (Minister) decision to issue Marine Mammal Predator Control licence to Burdwood Island aquaculture site operated by respondent Heritage Salmon Limited, authorizing respondent to kill seals and sea lions destroying or attempting to destroy fish held or reared in sea cages belonging to respondent—Licence imposing no limit with respect to killing of seals and sea lions—Licence not requiring respondent to use killed mammals for food or for any other purpose—Applicant Tribes

PRACTICE—Concluded

oppose licence as allegedly affecting traditional seal hunting grounds—Whether applicant has standing to bring present application for judicial review—Two avenues by which applicant can establish standing in judicial review application—Federal Court Act, s. 18.1(1) allowing anyone directly affected by matter or anyone meeting test for public interest standing to bring application—Applicant did not adduce any evidence licence has had any detrimental impact on Tribes' ability to hunt for seals—Allegations by applicant regarding issues of Aboriginal rights and consultation not relevant to present case and have no bearing on question of whether applicant and Tribes' members directly affected by Minister's decision—Fact activity authorized by licence may be disrespectful to Tribes' way of life not sufficient to establish Tribes suffering direct, adverse impact from such activity such as to bring Tribes within scope of Act, s. 18.1(1)—No evidence demonstrating Tribe members directly affected by Minister's decision to issue licence—As to whether applicant has public interest standing, Court must weigh three factors set out in *Canada v. Harris*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.)—First, whether strong public interest issue raised before Court—Issue of public importance herein since Court's decision will not necessarily be limited to facts of present case—Issue relating to scope of Minister's constitutional fisheries power and how Minister exercises authority conferred by fisheries legislation—Second, whether applicant has genuine interest in issue or in outcome of litigation—In present case, applicant falling short of establishing reasonable cause of action or fairly arguable case—Third, whether absence of other reasonable and effective means of bringing issue forward for resolution—Applicant failed to establish serious issue warranting consideration and expenditure of resources of Court—Accordingly, public interest standing refused; application for judicial review dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

KWICKSUTAINNEUK/AH-KWA-MISH TRIBES V. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (T-173-02, 2003 FCT 30, Rouleau J., order dated 14/1/03, 16 pp.)

TRADE-MARKS**EXPUNGEMENT**

Applicant appealing decision of Registrar expunging trademark "Kid Cuisine" pursuant to s. 45 of Trade-marks Act—Registrar finding no evidence of use of mark in three years prior to date of s. 45 notice—Additional evidence filed in this appeal—Upon review of additional evidence filed on appeal respondent withdrawing objection to registration of trademark—Appeal allowed—Where additional evidence adduced in Trial Division that would have affected Registrar's decision, Trial Division Judge must come to own conclusions:

TRADE-MARKS—Continued

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145 (C.A.)—Acceptance of order prior to date of s. 45 notice, distribution of samples with view to developing market and transfer of sample products to merchants testing product constituting use within s. 4(1) of Act—Act not requiring extensive transfers of property or possession of wares—Court interpreting description of wares subject to trade-mark to include wares sold—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 4(1), 45 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 200).

CONAGRA FOODS, INC. v. FETHERSTONHAUGH & CO. (T-296-01, 2002 FCT 1257, MacKay J., order dated 4/12/02, 12 pp.)

INFRINGEMENT

Registration—Action for infringement of registered trade-marks, unfair competition and tort of passing-off—Alternatively, plaintiff asked defendants' marks be struck out—Trade-marks Act (Act), s. 20 providing right to exclusive use deemed to be infringed by person not entitled to such use under Act who sells, distributes or advertises wares in association with confusing trade-mark—To decide whether trade-marks create confusion Court must look at all circumstances of case, including those set out in Act, s. 6(5)—First, regarding inherent distinctiveness of trade-marks—Trade-mark with word in current use has inherently lower distinctiveness and degree of protection granted by Court limited—Trade mark made up of unique or invented word has inherently much greater distinctiveness and deserves more extensive protection—Court considered plaintiff's marks ("Veuve Clicquot" and "Clicquot") had significant inherent distinctiveness and deserved extensive protection—Word "Clicquot" invented and evidence showed, apart from defendants' marks, no similar mark on market in Canada—Then, as to length of use, mark used for long time deemed to have made certain impression on consumers—In case at bar, Court considered this criteria favoured plaintiff—Plaintiff's registration for mark "Veuve Clicquot" indicated claim of use of mark in Canada for champagnes since at least 1899—Defendants claimed much more recent use for marks "Clicquot" and "Clicquot 'Un monde à part'", namely use since 1995 in association with retailing of women's clothing—As to degree of resemblance between trade-marks, Court must assess impression those marks have made on public—It must look at mark as a whole, not dissect it and make detailed examination of it—Test for confusion between trade-marks must be considered from standpoint of consumer, who is not on his guard and who simply has imperfect memory of having seen or heard infringed mark—Fact defendant's mark written without letter "c" does nothing to eliminate risk of confusion so far as consumer with imperfect memory of trade-marks concerned—Great degree of resemblance exists between marks of plaintiff and those of defendants—As to nature of

TRADE-MARKS—Continued

wares, services or businesses and nature of trade, degree of resemblance between wares bearing those marks important factor in determining whether likelihood of confusion—evidence did not show plaintiff intended to exploit any other areas than that of champagne—If plaintiff really intended to extend its marks to fashion field, its strategic plans would have reflected that—For these reasons, no connection between plaintiff's activities and those of defendants—Key factor significant difference between plaintiff's wares and those of defendants—Plaintiff's activities and those of defendants so different no risk of confusion in consumers' minds—Defendants' marks "Clicquot" and "Clicquot 'Un monde à part'" do not create confusion with those of plaintiff—Consequently, use of those marks not infringement of plaintiff's marks within Act, s. 20—Plaintiff further argued use of mark by defendants breach of Act, s. 7(b) and (c)—In order to succeed in action for passing-off, plaintiff must have established three points: existence of goodwill, deceptive representation which has misled public and actual or potential damage to plaintiff—Evidence showed plaintiff's mark distinctive, possessing goodwill in connection with sale of champagne—However, evidence did not show mark had any goodwill in women's fashion industry—No connection between its wares and women's fashion industry—Evidence showed plaintiff's association with world of fashion limited to targeting female market as consumer of champagne products—Rule: risk of confusion arising when business uses name, trade-mark or packaging of product so as to create confusion in mind of consumer or impression its business that of another well-established business, subsidiary thereof or in some way related—Not likely consumer would think stores operated by defendants connected to plaintiff—Two parties' wares and distribution channels so different no risk of confusion—Consequently, use of trade-mark by defendants not breach of Act, s. 7(b)—In view of difference between plaintiff's wares and those of defendants, no breach of Act, s. 7(c)—Plaintiff further maintained use of trade-mark by defendants reduced value of goodwill attaching to its mark—Act, s. 22 providing no person shall use trade-mark registered by another person in manner likely to have effect of depreciating value of goodwill attaching thereto—Consumer has to be able to make connection between parties in order for there to be depreciation of goodwill attaching to trade-mark—Plaintiff's sole purpose sale of champagne, and not interested in getting into other areas—Consumer who saw word "Clicquot" used in defendants' stores would not make any link or connection to plaintiff—Consequently, no association between "Clicquot" luxury mark and defendants' "non-luxury" wares—Defendants' trade-mark did not depreciate value of goodwill attaching to trade-mark "Clicquot", no breach of Act, s. 22—Alternatively, plaintiff asked Court to strike out registrations—Act, ss. 12(1)(d), 18(1)(a) indicating registration of trade-mark invalid if mark creates confusion with registered trade-

TRADE-MARKS—Continued

mark—Since defendants' marks do not create confusion, its marks are valid—Defendants could register its marks because no confusion between its trade-marks and those of plaintiff—Nothing in evidence to support argument defendants' marks not distinctive—Plaintiff provided no valid evidence to indicate defendants' trade-marks had become non-distinctive—For these reasons, no valid basis for striking out defendants'

TRADE-MARKS—Concluded

trade-marks—Plaintiff's action dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 7(b),(c), 12(1)(d), 18(1)(a), 20, 22.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN V. BOUTIQUES CLIQUOT LTÉE (T-2080-98, 2003 FCT 103, Tremblay-Lamer J., order dated 30/1/03, 36 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions 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://décisions.fct-cf.gc.ca/cf> ou le commander au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg

ACCÈS À L'INFORMATION

Requête pour que soit rendue une ordonnance radiant la demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision du Commissaire à l'information du Canada (le CIC) de refuser la demande d'accès présentée par la demanderesse—En réponse au refus du CIC, la demanderesse a introduit une demande de contrôle judiciaire en application de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information—Pour qu'une demande soit introduite en application de l'art. 41 de la Loi, il faut qu'il y ait eu refus de communication—Si le demandeur ne s'est pas heurté au refus de communication d'un document demandé en vertu de la Loi, l'avis de demande de contrôle judiciaire présenté par le demandeur devrait-il être radié pour absence de compétence de la Cour?—Pour les demandes introduites en application de l'art. 41 de la Loi, il faut que le demandeur se soit heurté à un refus de communication—Sans un refus selon cet article, la Cour n'a pas compétence pour statuer sur la demande—La demanderesse n'a présenté aucun élément de preuve concret à l'encontre des conclusions du CIC selon lesquelles Santé Canada n'avait pas de documents en sa possession—Les affirmations de la demanderesse étaient fondées sur des suppositions qui n'étaient confirmées par aucune preuve—Elle n'a donc pas prouvé que ses demandes d'accès à l'information avaient été refusées comme le requiert l'art. 41 de la Loi—Requête accordée et demande de contrôle judiciaire radiée—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 41.

CLANCY C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(T-1224-02, 2002 CFPI 1331, juge Blanchard,
ordonnance en date du 31-12-02, 10 p.)

Appel de la décision de la Section de première instance ((2001), 14 C.P.R. (4th) 1) de rejeter la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre qui a refusé la communication de parties de l'étude de Santé Canada sur l'innocuité des inhibiteurs des canaux calciques—L'appelant avance trois arguments—Le premier a trait à la confidentialité d'un projet de recherche réalisé par le professeur Josefsson—La Loi sur l'accès à l'information n'appuie pas la position de l'appelant—Rien dans la Loi ne précise qu'un tiers doit faire valoir la confidentialité pour que celle-ci soit maintenue

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

—Rien dans le dossier ne donne à penser que l'omission de répondre à une communication subséquente signifiait que l'étude n'était pas traitée confidentiellement de façon constante, comme l'exige l'art. 20(1b) de la Loi—Le deuxième argument est que le ministre avait l'obligation de vérifier de manière indépendante que les demandes de confidentialité d'un tiers étaient valides—Le juge de première instance a droit à une grande retenue judiciaire en ce qui a trait aux conclusions sur des questions de fait et de droit, en l'absence d'une erreur de droit identifiable—Cependant, il n'y avait aucune erreur manifeste et dominante dans le fait que, en l'espèce, le juge de première instance s'est appuyé sur la preuve soumise par le ministre et a conclu qu'aucune preuve supplémentaire n'était requise—Le troisième argument est que le pouvoir discrétionnaire de divulguer une information confidentielle pour des raisons d'intérêt public en vertu de l'art. 20(6) de la Loi doit être exercé de manière objective—Aucune règle ni aucune jurisprudence n'autorise une telle interprétation de l'art. 20(6)—Appel rejeté—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1b), (6).

RUBIN C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ)
(A-575-01, 2003 CAF 37, juge Rothstein, J.C.A.,
ordonnance en date du 23-1-03, 5 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre rejetant l'appel du demandeur d'une décision du Conseil arbitral (le Conseil)—L'intimé a réclamé des prestations après avoir quitté son emploi suite à une indication de son employeur au sujet de la mise à pied de l'intimé et de la fermeture de l'entreprise—Il a trouvé une possibilité d'avoir un meilleur emploi, à condition qu'il participe à un programme de formation—Le Conseil et le juge-arbitre ont tous deux mal appliqué le critère (un motif valable pour quitter son emploi) applicable aux fins de la présente affaire—Afin de déterminer si l'intimé avait un motif valable pour quitter son emploi, le Conseil devait déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances, le départ constituait la seule solution raisonnable—Le seul élément pertinent en l'espèce est la

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

pression induite de la part de l'employeur—Par conséquent, la pression devait être telle que le départ de l'intimé était la seule solution raisonnable—Il est évident que le Conseil ne s'est pas posé la bonne question—Quant au juge-arbitre, il n'a pas du tout examiné la conclusion du Conseil voulant que la «pression induite» constitue un motif valable—Le juge-arbitre a aussi mélangé les concepts de bon motif et de motif valable et ne s'est pas non plus interrogé sur l'absence de discussion quant à une autre solution raisonnable que celle de quitter l'emploi—Le juge-arbitre s'est plutôt arrêté à la question de savoir si l'intimé avait une assurance raisonnable d'un autre emploi dans un avenir immédiat—Le Conseil et le juge-arbitre n'auraient pu conclure que l'intimé avait un motif valable de quitter son emploi s'ils avaient utilisé le critère approprié—Rien dans la preuve ne démontre que l'intimé n'aurait pu conserver son emploi jusqu'à ce qu'on y mette fin tout en en cherchant un autre—Le fait de quitter volontairement son emploi pour suivre un cours de formation qui n'est pas autorisé par la Commission ne constitue pas un «motif valable»—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. LAUGHLAND (A-76-02, 2003 CAF 129, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 11-3-03, 6 p.)

BREVETS

Les demandresses sollicitent une ordonnance, en vertu de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), interdisant au ministre de la Santé défendeur de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. au sujet de sa version de la sertraline tant que ne sera pas expiré le brevet canadien n° 2029065 (brevet '065)—Pfizer Inc. est propriétaire du brevet '065 et Pfizer Canada Inc. vend la sertraline au Canada sous la marque de commerce «Zoloft»—Apotex est un fabricant canadien de produits génériques—Les lettres patentes canadiennes n° 1130815 (brevet '815) ont été délivrées à Pfizer le 31 août 1982 à l'égard de l'utilisation de la sertraline pour le traitement de la dépression—Le brevet '065 divulgue et revendique de nouvelles utilisations pour la sertraline dans le traitement de troubles autres que la dépression—À l'expiration du brevet '815, Apotex a reçu un avis de conformité (ADC) pour Apo-Sertraline mais uniquement pour le traitement de la dépression—Le brevet '065 est-il invalide pour cause d'évidence, d'antériorité, de spécification insuffisante ou de double brevet, ainsi que d'ambiguïté?—Apotex a signifié un avis d'allégation en vue d'obtenir un avis de conformité l'autorisant à vendre Apo-Sertraline pour d'autres usages liés au Trouble obsessionnel-compulsif (TOC) et au trouble panique—Apotex allègue que le brevet '065 n'est pas valide parce qu'il n'a pas de contenu inventif et qu'il ne respecte pas la Loi sur les brevets—La décision *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*,

BREVETS—Suite

[2001] 4 C.F. 518 (1^{re} inst.) énonce le principe applicable au fardeau de présentation de la preuve en vertu du Règlement—Il incombe uniquement à Pfizer de réfuter les allégations contenues dans l'avis d'allégation, et non pas de justifier des déclarations de validité et de contrefaçon, ou réciproquement de réfuter les prétentions formulées à l'égard des allégations d'invalidité et d'absence de contrefaçon—Apotex n'est pas tenue de mettre en cause la validité des revendications énoncées dans le brevet '065 qui ne sont pas pertinentes par rapport aux utilisations autorisées de la sertraline dans le traitement du trouble panique et du TOC—L'obligation du fabricant de médicaments génériques qui demande un ADC et qui compare son médicament à un autre pour en établir la bioéquivalence est énoncée à l'art. 5(1) du Règlement—Conformément à l'art. 5(1), l'obligation du fabricant de médicaments génériques découle du dépôt d'une demande d'ADC dans des cas où l'on établit une comparaison entre le médicament de ce fabricant et un autre médicament commercialisé au Canada conformément à un ADC—Il faut interpréter la loi selon son objet et selon l'intention du Parlement—L'objet du Règlement est de prévenir la contrefaçon—Il serait vain, dans le cadre d'une procédure intentée aux termes du Règlement, d'exiger qu'un fabricant de médicaments génériques invalide des revendications de brevet qui n'ont aucun rapport avec l'utilisation proposée de son médicament ni avec la comparaison qui entraîne l'application de l'art. 5 du Règlement—Si l'on interprète le Règlement selon son objet, on conclut que si l'innovateur est incapable de réfuter une allégation portant qu'une revendication liée à l'utilisation n'est pas valide, la délivrance d'un ADC portant sur cette utilisation est conforme à l'objet du Règlement—L'allégation pertinente et les autres revendications plus larges ont trait à l'utilisation de la sertraline pour le traitement du trouble panique et du TOC et non à des utilisations de la sertraline non autorisées au Canada—Quant à l'allégation d'invalidité pour cause d'évidence, le critère de l'évidence consiste à déterminer si l'invention alléguée exigeait une activité inventive—Il n'y a pas d'activité inventive à suivre un cheminement évident et bien défini, en utilisant des techniques et des procédés connus sur des compositions connues, à moins que l'inventeur ne rencontre des difficultés qui n'auraient pas pu raisonnablement être prévues par une personne versée dans l'art ou être surmontées par l'application d'une compétence ordinaire—Le brevet s'adresse au psychiatre versé dans son art ou à une personne qui connaît bien le traitement des troubles anxieux—Le psychiatre compétent et versé dans son art n'a pas à faire preuve d'esprit inventif ou à mener des expérimentations excessives pour prescrire de la sertraline pour le TOC ou le trouble panique—Au vu de l'ensemble de la preuve, Pfizer ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités,

BREVETS—Suite

que l'allégation d'évidence n'est pas justifiée—Examen de l'argument d'invalidité du brevet '065 pour cause d'antériorité—Le critère juridique de l'antériorité est énoncé dans l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024: il s'agit de déterminer si un élément particulier portant sur l'état antérieur de la technique contenait assez d'information pour permettre à une personne possédant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre, sans consulter le brevet, la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique—Pfizer n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau d'établir que l'allégation d'invalidité des revendications pour cause d'antériorité n'était pas justifiée—Demande d'ordonnance d'interdiction rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 2), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 43(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42).

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-2096-00, 2002 CFPI 1138, juge Dawson, ordonnance en date du 5-11-02, 57 p.)

CONTREFAÇON

Action en contrefaçon de brevet intentée par Westaim Corporation, qui prétend que les revendications 2, 4 et 6 de son brevet n° 1198073 (brevet '073) ont été contrefaites par la Monnaie royale canadienne (MRC) à son installation de fabrication d'ébauches de pièces de monnaie, à Winnipeg (Manitoba)—La MRC nie les allégations et réclame un jugement déclaratoire reconnaissant l'absence de contrefaçon et l'invalidité du brevet '073—Le brevet '073, «Méthode de production d'ébauches de pièces de monnaie», a été délivré le 17 décembre 1985 à Sherritt Gordon Mines Limited (Sherritt)—En 1970, le directeur du marketing pour la monnaie chez Sherritt a demandé à des employés de mettre au point un nouveau produit qui aurait toutes les propriétés du nickel, mais qui coûterait moins cher—Les travaux des employés pour Sherritt ont permis la mise au point d'un produit à base d'acier nickelé convenant pour la frappe de pièces de monnaie (NBS pour *nickel-bonded-steel*), pour lequel des brevets ont été accordés aux États-Unis, au Canada et au Royaume-Uni—La recherche par les employés d'une solution au problème de formation de cloques à la surface des disques cuivrés ou nickelés lors du recuit effectué après le revêtement a donné lieu au brevet faisant l'objet du présent litige—Le brevet '073 porte sur la production d'ébauches convenant à la frappe de pièces de monnaie—Seules les revendications 2, 4 et 6 du brevet sont en litige—Comme le brevet '073 a été accordé avant le 1^{er} octobre 1989, les dispositions de la Loi sur les

BREVETS—Suite

brevets s'appliquent à la présente instance—Selon Westaim, une comparaison de la méthode de la MRC avec les revendications 2, 4 et 6 du brevet '073 montre clairement que la MRC a utilisé toutes les étapes de chacune des revendications pertinentes dans sa méthode—La MRC soutient que sa méthode ne contrefait aucune des revendications en cause—La question centrale aux fins de la contrefaçon consiste à savoir si les deux ou trois couches appliquées par électrodéposition dans la méthode de la MRC sont visées par l'une ou l'autre des revendications 2, 4 et 6—La MRC soutient que le brevet '073 est invalide au motif que l'invention revendiquée se heurte à une antériorité, qu'elle était évidente à la date où elle a été faite, qu'elle est inutile, qu'elle est plus large que toute invention faite par les inventeurs, qu'elle est plus large que toute invention divulguée dans le brevet, qu'elle est ambiguë et que le mémoire descriptif du brevet ne permet pas à une personne versée dans l'art d'appliquer l'invention revendiquée—Comme il est dit dans *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, l'interprétation des revendications pertinentes doit précéder l'examen des questions de validité et de contrefaçon—Il incombe à la Cour de cerner comment le breveté a utilisé divers termes contenus dans les revendications et la signification de ces termes—La signification des termes doit être éclaircie dans le contexte de l'ensemble du mémoire descriptif du brevet, avec l'aide de la personne versée dans l'art dont relève le brevet—Une lecture éclairée des revendications permettra à la Cour de déterminer les mots ou expressions particuliers qui y sont utilisés pour décrire ce qui, selon l'inventeur, constituait les éléments essentiels de son invention—Dans le présent cas, il est clair à la lecture du brevet '073 que celui-ci s'adresse à une personne ou à une équipe de personnes bien informées en matière de frappe, de métallurgie et d'électrodéposition—La principale différence entre les positions des parties concernant l'interprétation des revendications en litige porte sur le sens des mots «placer le contenant dans un bain électrolytique, appliquer un revêtement métallique sur les âmes par électrodéposition, l'opération se pratiquant en déplaçant le contenant angulairement par rapport à un axe horizontal jusqu'à ce que l'épaisseur du métal déposé atteigne au moins 0,01 mm environ»—La tâche de la Cour dans l'interprétation des revendications est de cerner les éléments essentiels et non essentiels des revendications—Examen des motifs exposés par le juge Binnie dans l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024—La preuve n'a pas établi, suivant une interprétation téléologique, que les précisions sur l'électrodéposition contenues dans le texte n'étaient pas considérées comme des éléments essentiels des revendications—Rien dans le libellé n'indique clairement que les inventeurs ne voulaient pas que la première couche déposée ait une épaisseur minimale de 0,01 mm—Rien dans le libellé des

BREVETS—Suite

revendications n'indique que les inventeurs ne tenaient clairement pas à une première couche de 0,01 mm, que c'était un élément non essentiel—Il s'agit ensuite de savoir s'il aurait été évident pour un travailleur versé dans l'art, à la date de publication du brevet, qu'on pouvait remplacer un revêtement monocouche par un revêtement multicouche sans conséquence pour le fonctionnement de l'invention—On obtiendrait substantiellement le même résultat, que le revêtement comporte une ou plusieurs couches métalliques—Le nombre de couches ne modifierait pas substantiellement le fonctionnement de la méthode brevetée—Quant à la validité du brevet, l'art. 45 de la Loi prévoit qu'un brevet est présumé valide sauf preuve contraire—Il incombe à la partie contestant la validité du brevet de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'invalidité alléguée—Dans l'arrêt *Beloit Canada Ltd./Ltée c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), le juge Hugessen a fait observer que lorsque la validité d'un brevet était contestée pour motif d'antériorité et d'évidence, la question de l'évidence devait être considérée en premier—La date pertinente pour évaluer l'évidence est la date d'invention que l'on présume être la date du dépôt de la demande de brevet—La demanderesse n'a pas prouvé la date revendiquée de l'invention—Selon la preuve, mars 1981 est la date la plus ancienne possible de l'invention—La question clé est de savoir si la séquence des étapes de la méthode divulguée dans le brevet '073 était nouvelle—Le brevet '803, publié le 9 janvier 1980, est l'un des brevets NBS de Westaim—La Cour estime que le brevet '803 rend évidente l'invention revendiquée dans le brevet '073—Le brevet '803 fournit l'information pertinente au sujet de la méthode—La seule question qui reste est de savoir si une personne versée dans l'art lisant le brevet '803, n'y trouvant aucune indication que l'étape de recuit peut précéder celle du revêtement par électrodéposition, arriverait directement et facilement à la conclusion que l'étape du recuit doit précéder l'électrodéposition—Une personne versée dans l'art lisant le brevet '803 et possédant les connaissances générales courantes serait arrivée directement et facilement à la méthode revendiquée dans le brevet '073—Le brevet '073 est donc invalide—Action en contrefaçon de brevet rejetée—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 45 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42).

WESTAIM CORP. C. MONNAIE ROYALE CANADIENNE (T-453-98, 2002 CFPI 1217, juge Hansen, ordonnance en date du 22-11-02, 63 p.)

PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Santé a radié du registre des brevets le brevet canadien 1245983 (le brevet '983) relatif à la formulation des timbres

BREVETS—Fin

de fentanyl «Duragesic»—Le brevet '983 a pour titre «Administration transcutanée de fentanyl, et dispositif pour ce faire»—La demanderesse est un fabricant de produits pharmaceutiques—Il s'agit de savoir si les timbres «Duragesic» sont des médicaments—La définition de «médicament» comprenait les compositions contenant des ingrédients actifs et inactifs—En particulier, la membrane qui contrôle la libération de la substance, le réservoir renfermant le médicament et la garniture protectrice détachable ne sauraient être considérés comme des «médicaments» selon *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58 (C.F. 1^{re} inst.)—Le timbre n'est pas un médicament—Il s'agit de savoir si les mots employés dans le brevet indiquent que les timbres «Duragesic» sont des médicaments—Une personne versée dans l'art dont relève l'invention saurait que le brevet '983 décrit un timbre, mais cela ne veut pas dire que, pour l'application du Règlement, un tel timbre est couvert par la définition de «médicament»—Aucune des 65 revendications du brevet '983 ne vise le médicament fentanyl en soi ou son utilisation—Par conséquent, le brevet n'est pas couvert par l'art. 4(2)b) du Règlement qui prévoit qu'une liste soumise au sujet d'une drogue doit contenir tout brevet canadien qui comporte une revendication pour le médicament en soi ou une revendication pour l'utilisation du médicament—Puisque les timbres «Duragesic» ne sont pas couverts par la définition de médicament et que le brevet '983 ne contient aucune revendication pour le fentanyl ou son utilisation, le brevet '983 ne peut être inclus dans la liste de brevets—Il n'est cependant pas approprié d'élargir la définition de «médicament» donnée au Règlement pour qu'elle soit conforme à un document de politique qui n'a rien à voir avec l'interprétation du brevet '983—En conclusion, le brevet '983 n'est pas un médicament au sens du Règlement—Il ne satisfait pas aux conditions d'inscription au registre compte tenu de la définition des art. 2 et 4(2)b)—La question de savoir si le défendeur a commis ou non une erreur en utilisant le terme «dispositif» pour désigner le timbre n'est pas déterminante en l'espèce—Par conséquent, la décision de retirer le brevet de la liste ne contrevient pas aux principes du droit des brevets—À l'instar des brevets relatifs à la drogue fentanyl en soi, le brevet '983 reste valide et exécutoire jusqu'à son expiration, malgré la décision de le radier du registre—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/193-133 (mod. par DORS/98-66), art. 2 (mod. par DORS/99-379, art. 1), 3, 4(2)b) (mod. par DORS/98-166, art. 3).

JANSSEN-ORTHO INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-2216-00, 2003 CFPI 286, juge Heneghan, ordonnance en date du 7-3-03, 15 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de refuser la demande d'autorisation d'étude du demandeur en vue d'une admission au Canada—La décision de délivrer un visa est administrative et fait intervenir l'exercice du pouvoir discrétionnaire—L'agent des visas était habilité à se fonder sur les renseignements colligés par une assistante—Il n'y a aucune preuve que l'assistante de l'agent a fait autre chose que d'obtenir des renseignements du demandeur—La véritable décision a été prise par l'agent des visas qui pouvait à bon droit se fonder sur les faits obtenus au cours de l'entrevue et versés dans les notes du STIDI—En ce qui concerne l'absence d'équité procédurale consécutive à l'omission du défendeur de donner au demandeur la possibilité de dissiper les inquiétudes relatives à sa demande, l'agent des visas n'a pas reçu le demandeur en entrevue; il est donc évident qu'il n'a soulevé aucune inquiétude relativement au demandeur—L'agent des visas a introduit un élément étranger dans son processus décisionnel lorsqu'il a tenu compte d'une «tendance des jeunes gens», qui souhaitent s'exiler de l'Iran, à s'inscrire à des programmes d'études de niveau «inférieur» au Canada pour y être admis plus facilement et des possibilités d'emploi très limitées en Iran «même pour des diplômés universitaires», pour tirer sa conclusion que le demandeur ne voudrait probablement pas retourner dans son pays après avoir terminé ses études au Canada—Le fait de se fonder sur des considérations étrangères a fait naître une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Il ne faut pas qu'un agent des visas applique un stéréotype à un demandeur en se fondant sur l'expérience—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

MIRZAI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5822-01, 2003 CFPI 164, juge Heneghan, ordonnance en date du 13-2-03, 6 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent des visas refusant la demande de résidence permanente en tant que demandeur indépendant après avoir refusé d'apprécier le demandeur en tant que membre de la catégorie des parents aidés—Demande de visa de résident permanent en tant que membre de la catégorie des parents aidés basée sur le fait que sa tante maternelle est une citoyenne canadienne résidant à Toronto—Comme on le lui avait demandé, le demandeur a fourni une copie du certificat de naissance de sa tante—Lors d'une deuxième entrevue, on a dit au demandeur que le certificat de naissance de sa tante était frauduleux—L'agent des visas a conclu que le demandeur savait que le certificat de naissance était faux—Le demandeur n'a pas été avisé de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'objet de la deuxième entrevue avant de s'y présenter—Pour ce motif, il est clair qu'on n'a pas fourni au demandeur la pleine possibilité de répondre aux doutes de l'agent des visas concernant l'authenticité du certificat de naissance de la tante—Il n'a pas été établi que le demandeur connaissait déjà l'aspect frauduleux du certificat de naissance—Par conséquent, l'agent des visas a contrevenu à l'obligation d'équité en n'accordant pas au demandeur une possibilité suffisante d'offrir une réponse au problème particulier auquel il faisait face—Demande de contrôle judiciaire accueillie.

JOHN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-62-02, 2003 CFPI 257, juge Linden, J.C.A., *ex officio*, ordonnance en date du 28-2-03, 7 p.)

Contrôle judiciaire de la décision prise par la déléguée du ministre, qui porte que le demandeur est un danger pour le public au Canada en vertu des art. 70(5) et 53(1) de la Loi sur l'immigration (il a été trouvé coupable d'infractions répétées, notamment vols, fraudes et complots en vue de commettre une fraude)—En arrivant à sa décision, la déléguée du ministre a adopté le raisonnement que l'on trouve dans le Rapport sur l'avis du ministre (le RAM) ainsi que dans la Demande de l'avis du ministre (la DAM)—La procédure de l'avis de danger adoptée par le ministre laisse voir la nécessité d'une norme d'équité plus exigeante que la norme applicable aux décisions prises aux termes de l'art. 114(2) de la Loi—En l'instance, la déléguée du ministre a effectivement adopté le RAM et la DAM—Cela satisfait à l'exigence de motifs adéquats—Toutefois, dans les circonstances particulières de la présente affaire, ces motifs ne sont pas suffisants—Les motifs de la déléguée du ministre ne traitent pas directement de la question des traitements inhumains—Les motifs du ministre doivent pondérer le risque d'un préjudice sérieux causé à la société si le demandeur reste au Canada, face au risque qu'il subira un traitement cruel ou inusité s'il est renvoyé dans son pays d'origine—Le demandeur a démontré que s'il est renvoyé en Roumanie il fera face à un risque de traitement inhumain étant donné qu'il est Rom—Le rapport de la déléguée du ministre ne tient pas adéquatement compte de la preuve au sujet de ce risque—Lorsqu'il s'agit d'examiner un avis de danger, le délégué du ministre doit tenir compte de tous les motifs d'ordre humanitaire—Dans sa décision, la déléguée du ministre indique qu'elle a examiné toutes les considérations humanitaires qui pourraient exister dans ce cas—Toutefois, elle n'ajoute rien à cette déclaration et les motifs d'ordre humanitaire ne sont mentionnés nulle part dans la DAM ou dans le RAM—Étant donné que la déléguée du ministre n'a pas présenté de motifs adéquats pour appuyer sa décision d'expulser le demandeur nonobstant le risque existant pour lui s'il était renvoyé en Roumanie, et qu'elle n'a pas adéquatement traité des motifs d'ordre

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

humanitaire soulevés par le demandeur, la demande est accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 53(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 43), 70(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 13), 114(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 102).

DINITA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-402-02, 2003 CFPI 184, juge Pinard, ordonnance en date du 20-2-03, 6 p.)

STATUT AU CANADA*Citoyens*

Appel du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à l'encontre d'une décision d'un juge de la citoyenneté qui avait approuvé la demande de citoyenneté de l'intimé—Un demandeur de citoyenneté doit avoir résidé au Canada durant au moins trois ans au cours des quatre années qui précèdent la date de sa demande—L'intimé ne répondait pas aux conditions de résidence—Le juge de la citoyenneté a approuvé la demande—Le ministre voudrait que soit annulée la décision, en affirmant que le juge de la citoyenneté a commis une erreur de fait, a tenu compte d'éléments hors de propos, a ignoré des preuves essentielles ou a d'une autre manière commis une erreur de droit en décidant que l'intimé avait rempli les conditions de résidence—La Cour fédérale a adopté des points de vue divergents sur les conditions de résidence—Pour certains juges, une présence physique est obligatoire, tandis que pour d'autres, des absences justifiables n'ont pas pour effet d'interrompre le délai requis de résidence—Le juge de la citoyenneté a appliqué le critère exposé dans l'affaire *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1^{re} inst.)—Présence physique requise—Le juge de la citoyenneté ne s'est pas demandé si l'intimé avait fixé son domicile au Canada avant son premier départ ou si ses absences étaient récentes et avaient eu lieu juste avant le dépôt de sa demande de citoyenneté—Erreur fatale—L'étendue des absences de l'intimé était considérable—La jurisprudence récente privilégie une démarche conservatrice, qui met l'accent sur la présence physique—Le juge de la citoyenneté ne s'est pas demandé si les absences de l'intimé étaient imputables à des situations temporaires—Une foule de raisons expliquait les absences—Les raisons des absences suscitent des doutes sur le sérieux de l'analyse et sur l'exactitude des conclusions du juge de la citoyenneté—Le juge de la citoyenneté n'a pas appliqué correctement la jurisprudence—La Cour fédérale a toujours souligné la nécessité d'une réelle présence physique, et la nécessité de démontrer de réelles attaches avec le Canada avant que des absences temporaires ne soient admissibles—L'intimé a fait valoir que le critère devrait être assoupli parce qu'il est un étudiant—L'intimé n'était pas un étudiant à temps plein et il a donné d'autres raisons pour ses absences—Les affaires relatives aux étudiants tendent à montrer qu'il faut d'abord

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

établir la preuve de résidence, et établir ensuite que la résidence a été maintenue: *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 270; [2002] A.C.F. n° 376 (1^{re} inst.) (QL)—L'intimé n'avait été présent au Canada que cinq jours avant de partir pour la Chine—Les motifs exposés par le juge de la citoyenneté n'indiquent pas une bonne compréhension du critère de l'affaire *Koo*, et ils manquent de précision—La preuve était insuffisante pour qu'on puisse conclure à une résidence présumée—Appel accueilli—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. XU (T-107-02, 2002 CFPI 1111, juge Martineau, ordonnance en date du 24-10-02, 13 p.)

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (SRR), selon laquelle la demanderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention—Il s'agit de déterminer si la SRR a violé un principe de justice naturelle en ne donnant pas suffisamment de temps à la demanderesse et à son procureur pour prendre connaissance du Rapport sur l'Algérie et en tentant de limiter la portée du témoignage de la demanderesse ainsi que celle de son beau-frère—L'équité procédurale exige que la divulgation de documents à la partie demanderesse soit faite dans un délai raisonnable avant le début de l'audience pour permettre à son procureur d'être bien informé des allégations formulées contre elle et de préparer une défense pleine et entière—Dans des cas portant sur la divulgation tardive de documents au demandeur, l'absence de toute objection à cet égard ne compromettrait pas le bon déroulement de l'audience—Il n'est pas nécessaire de s'objecter à l'audience à la production tardive de document pour que la partie lésée puisse invoquer une violation des principes de justice naturelle—Chaque cas devra s'apprécier en fonction des circonstances particulières de l'espèce—La demanderesse n'avait préalablement aucune connaissance de l'existence de ce rapport et rien ne semble indiquer que ledit document aurait pu lui être autrement accessible—La demanderesse et son procureur ne disposèrent pas de suffisamment de temps pour lire attentivement un document de 33 pages afin d'en assimiler le contenu et pour y répondre adéquatement et préparer leurs témoins en conséquence dans le délai qui leur était imparti—En l'espèce, la demanderesse fut dans l'impossibilité de répondre aux allégations contenues dans le Rapport sur l'Algérie puisque ce rapport ne lui fut remis qu'au début de l'audience—Par conséquent, la Cour est d'avis que la demanderesse n'a pu bénéficier d'une audience juste et équitable—L'erreur susceptible de contrôle judiciaire, le défaut de divulguer le document dans un délai raisonnable

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

avant l'audience à la partie demanderesse, est une erreur procédurale ayant un impact décisif quant à l'issue de la demande—Le fait qu'en l'espèce la communication du document en question n'ait eu lieu qu'au début de l'audience démontre clairement qu'elle n'a pas été effectuée en temps utiles—Ceci constitue une négation du droit à une audience équitable et rend la décision de la SRR invalide—Demande de contrôle judiciaire accueillie et le dossier et renvoyé pour réexamen par un nouveau tribunal différemment constitué.

CHALAL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-5419-01, 2003 CFPI 345, juge Blanchard, ordonnance en date du 26-3-03, 18 p.)

Résidents permanents

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de l'agente d'immigration, qui avait refusé une demande de dispense d'application des exigences de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration—Les demandeurs étaient entrés au Canada en 1988—Le statut de réfugiés leur a été refusé par le MCI—Les demandeurs ont présenté deux demandes fondées sur des considérations humanitaires, l'une en 1990, et l'autre en 1992—Le 1^{er} août 2001, les demandeurs priaient Immigration Canada de les dispenser, pour des raisons d'ordre humanitaire, de l'obligation d'obtenir des visas d'immigrant—L'agente d'immigration a-t-elle contrevenu aux règles de l'équité et de la justice naturelle en négligeant de divulguer l'information extrinsèque se rapportant aux demandes de 1990 et 1992 fondées sur des considérations humanitaires et en ne permettant pas aux demandeurs d'intervenir utilement—L'information extrinsèque semblait avoir été tirée d'une source dont les demandeurs eux-mêmes avaient été conduits à croire qu'elle n'existait plus—Un agent d'immigration leur avait même dit que le dossier papier concernant leur cas antérieur avait été détruit—Si les demandeurs avaient su qu'un dossier papier existait effectivement, ils auraient examiné son contenu et produit des conclusions afin d'éclaircir et de corriger l'interprétation erronée de l'agente d'immigration pour qui l'information contredisait les affirmations des demandeurs—Les demandeurs n'ont pas eu cette possibilité, et il en a résulté une décision qui serait injuste, fondée sur une information erronée, entraînant une erreur de fait—Dans l'arrêt *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.), l'arrêt de principe sur la question de l'utilisation d'une preuve extrinsèque, la Cour a dit que, si un agent d'immigration se fonde sur des éléments de preuve extrinsèques qui ne lui sont pas fournis par le requérant, il doit donner au requérant la possibilité d'y réagir—La question qu'il faut se poser est celle de savoir si le requérant a eu connaissance des renseignements de façon à pouvoir corriger les malentendus ou les

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

déclarations inexactes susceptibles de nuire à sa cause—Dans la présente affaire, les demandeurs avaient toujours été amenés à croire que le dossier papier n'existait plus, ce qui les mettait dans la position difficile de devoir prouver par d'autres moyens la véracité de leur revendication—La Cour se devait de conclure que l'information contenue dans le dossier d'arriéré des demandeurs et se rapportant aux demandes antérieures fondées sur des considérations humanitaires constituait des éléments de preuve extrinsèques qui n'avaient pas été fournis par les demandeurs, et que les demandeurs n'avaient jamais eu l'occasion d'y réagir—La Cour devait ensuite se demander si l'agente d'immigration s'était fondée plus tard sur cette information—Aucune preuve montrant que l'agente n'avait pas conclu à l'absence de crédibilité des demandeurs—La preuve montrait clairement que l'agente d'immigration entretenait de sérieux doutes sur la crédibilité de la revendication des demandeurs—La simple mention, dans les notes de l'agente d'immigration, selon laquelle elle ne croyait pas qu'il s'agissait là d'une information extrinsèque appelant une réaction du client ne suffisait pas—La non-divulgation de cette information pertinente donnait l'impression qu'il y avait eu injustice et manquement—Le manquement aux principes de justice naturelle a d'une manière appréciable influé sur la décision finale—Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire a été accueillie, et l'affaire a été renvoyée pour nouvelle décision à un autre agent d'immigration—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 9(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 4).

ARDILES C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DEL'IMMIGRATION) (IMM-3-02, 2002 CFPI 1323, juge Rouleau, ordonnance en date du 10-12-02, 16 p.)

COMMERCE INTÉRIEUR

Demande de contrôle judiciaire en vue d'infirmier une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) disant que TPSGC avait adjugé irrégulièrement un contrat à Seprotect Systems Inc. et recommandant que le contrat soit résilié—Le contrat en question concernait la fourniture de services pour réviser, réparer et entretenir de l'équipement installé sur des navires des Forces canadiennes pour convertir l'eau de mer en eau douce en vue d'une utilisation à bord—Après que le contrat eut été adjugé à Seprotect, la défenderesse Zenon Environmental Inc. a porté plainte en alléguant que TPSGC avait enfreint l'art. 506(6) de l'Accord sur le commerce intérieur, selon lequel les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public—Zenon a allégué que Seprotect ne s'était pas conformée à une disposition obligatoire de la demande de proposition (DP) qui exige que les soumissionnaires établissent que, si le contrat leur était adjugé, ils auraient accès aux composants nécessaires pour

COMMERCE INTÉRIEUR—Suite

l'exécuter—Seprotech n'a pas inclus une déclaration écrite de l'un des fabricants d'équipement d'origine d'un composant important—La soumission de Seprotech indiquait qu'elle avait reçu l'assurance verbale du fournisseur—Selon le TCCE, «une indication claire que tous les composants requis pour effectuer le travail peuvent être obtenus par le soumissionnaire» prévoit une preuve écrite sous une forme ou une autre confirmant que les composants pouvaient être obtenus par le soumissionnaire—Il s'agit de savoir si l'interprétation par le TCCE de l'exigence d'une «indication claire» est manifestement déraisonnable—Le TCCE a déclaré qu'une assurance écrite de la disponibilité n'était pas nécessaire en ce qui a trait aux composants que l'on peut acheter du commerce ou que le soumissionnaire fabriquait—Cette interprétation montre clairement que le TCCE était tout à fait sensible au besoin d'interpréter l'exigence d'une manière conforme à son but—Il était aussi raisonnable pour le TCCE de ne pas considérer la lettre du fournisseur à Seprotech comme répondant à l'exigence d'«indication claire»—La soumission non conforme ne pourrait être remise en vigueur rétroactivement sur la base de cette lettre—Seprotech n'a pas donné d'explication satisfaisante de la raison pour laquelle cette lettre n'avait pas été incluse dans le dossier de la soumission—En conséquence, étant donné la formulation et le but de l'exigence mal rédigée d'«indication claire», l'interprétation du TCCE n'était pas manifestement déraisonnable—L'allégation concernant le manquement à l'équité de la procédure n'est pas fondée—Seprotech soutient qu'elle n'a pas eu droit à une audience équitable lorsque le TCCE a refusé de tenir compte de la réplique de Seprotech aux réponses de Zenon—Seprotech a eu une possibilité raisonnable de participer au processus décisionnel du TCCE—1) Seprotech était un intervenant dans la plainte déposée contre TPSGC—Généralement, les intervenants n'ont pas le droit de répliquer aux observations d'une partie faites en réponse à l'intervenant—2) Le temps est un facteur important dans la passation de marché et le TCCE doit terminer sa tâche en respectant un calendrier assez serré—3) Seprotech avait déjà présenté deux observations devant le TCCE et n'a pas suggéré que la troisième réfutait une nouvelle preuve ou de nouveaux arguments avancés par Zenon dans sa réponse—Le TCCE a recommandé de résilier le contrat et de réévaluer les soumissions restantes—En ne donnant aucune explication de son choix de mesure corrective, le TCCE n'a pas donné les motifs adéquats de sa décision—L'omission refuse effectivement aux demandeurs le droit à un contrôle judiciaire de l'aspect concernant les mesures correctives de la décision du TCCE—Cette partie de la décision devrait donc être annulée—La Loi donne une liste de quatre facteurs dont le TCCE doit tenir compte, en déterminant une mesure corrective appropriée—En l'absence de motifs, la Cour ne peut s'assurer que le TCCE s'est acquitté de ses obligations prévues par la Loi—Les considérations qui suivent ont amené

COMMERCE INTÉRIEUR—Fin

la Cour à penser que la résiliation du contrat ne représente pas la seule mesure corrective possible que le TCCE aurait pu accorder: l'importance de la non-conformité de Seprotech à une disposition ambiguë de la DP, la preuve selon laquelle le fournisseur était disposé à fournir l'équipement à Seprotech, la possibilité que les autres soumissions ne soient pas estimées conformes et l'incertitude relative à la question de savoir précisément quels composants, parmi ceux spécifiés dans les centaines de pages techniques accompagnant la DP, faisaient l'objet d'une assurance écrite de disponibilité—Le TCCE doit donc déterminer à nouveau la mesure corrective appropriée—La demande de contrôle judiciaire est accueillie en partie—La décision du TCCE de recommander la résiliation du contrat et une réévaluation limitée des soumissions restantes est annulée—Accord sur le commerce intérieur, *Gazette du Canada*, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995), art. 506(6).

SEPROTECH SYSTEMS INC. C. PEACOCK INC. (A-612-02, A-632-02, 2003 CAF 71, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 11-2-03, 18 p.)

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**SECTION DE PREMIÈRE INSTANCE**

Requête préliminaire contestant la compétence de la Cour—Il s'agissait dans cette requête de savoir notamment si la présumée utilisation de plans d'un yacht protégés par droit d'auteur pouvait justifier l'introduction d'une action réelle—Les défendeurs affirmaient que la Cour était dépourvue de toute compétence *in rem* (ou réelle) en matière de droit d'auteur ou autrement, et que par conséquent il devait y avoir mainlevée de la saisie du navire *Amity*—Pour qu'une exception d'incompétence soit recevable, le défaut de compétence doit être clair et évident avant que soit justifiée la radiation d'un acte de procédure—Une contestation de la compétence peut être appuyée d'une preuve par affidavit—La Cour s'en est remis à la déclaration et à la preuve par affidavit pour statuer sur l'exception d'incompétence—Les demandeurs faisaient valoir que le présent litige autorisait une action réelle, en raison de l'art. 22(1) ou de l'art. 22(2)*m*) ou *n*) de la Loi sur la Cour fédérale—Les demandeurs affirmaient que la compétence prévue par la Loi sur le droit d'auteur devait être étendue pour englober une compétence réelle—Bien que la Cour fédérale ait compétence, selon l'art. 20 de la Loi sur la Cour fédérale, pour statuer sur les questions de droit d'auteur cette compétence doit être fondée sur le droit fédéral applicable et non sur une action quasi délictuelle ou contractuelle, accessoire aux règles du droit d'auteur—En l'espèce, la source du droit fédéral serait la Loi sur le droit d'auteur—La Cour devrait interpréter d'une manière libérale l'art. 22(1) de la Loi—Il est difficile de déceler une compétence selon l'art. 22(1) de la Loi, parce que

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

la revendication d'un droit d'auteur concernait des plans fournis pour un navire qui n'était pas construit et qui n'existait pas—La Cour doit être pour que des faits juridictionnels ou des allégations de tels faits soutiennent une attribution de compétence—S'agissant de l'argument de l'art. 22(2)m) comme voie possible d'attribution d'une compétence, la Cour a estimé que cette disposition comportait manifestement des limites—D'abord, les marchandises, matériels ou services doivent être pour le «fonctionnement ou l'entretien» du navire—En l'espèce, les plans étaient destinés à un navire qui n'existait pas encore—Deuxièmement, l'art. 22(2)m) parle du fonctionnement ou de l'entretien du «navire»—Les croquis ont été remis pour un navire qui n'existait que comme possibilité—L'art. 22(2)m) n'est pas un fondement possible de compétence, car non seulement les croquis ne sont-ils pas nécessaires pour le fonctionnement ou l'entretien du navire, mais encore ces croquis ne sont ni accessoires ni complémentaires à un navire inexistant—S'agissant de l'argument de l'art. 22(2)n) comme voie possible d'une attribution de compétence au titre d'une demande fondée sur un contrat, les demandeurs ont établi l'existence d'un engagement de conclure un contrat—L'art. 22(2)n) doit clairement se rapporter à un contrat de construction entre un constructeur de navire et un propriétaire—Ce n'était pas le cas ici—L'objet de l'action ne relevait pas du droit maritime canadien ni de la disposition générale conférant une compétence au titre de la navigation et des bâtiments ou navires, ni de l'art. 22(1) de la Loi, ni de la compétence en matière maritime qui est plus précisément énoncée dans l'art. 22(2)—L'action personnelle a été radiée et la mainlevée de la saisie de l'*Amity* a été ordonnée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20 (mod. par L.C. 1990, ch. 37, art. 34), 22(1), (2)m), n).

TRAWLERCAT MARINE INC. C. *AMITY* (L') (T-1508-02, 2002 CFPI 1181, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-11-02, 15 p.)

DROIT ADMINISTRATIF**CONTRÔLE JUDICIAIRE***Injonctions*

Demande d'injonction interlocutoire interdisant au ministre, en attendant le contrôle judiciaire de sa décision rendue à cet égard, d'approuver une pêche d'hiver à la morue dans la zone 4Vn—La North of Smokey Fishermen's Association (NOSFA) demande l'annulation de la décision et qu'il soit interdit au ministre de décider d'ouvrir une telle pêche pour le motif que cela excéderait le pouvoir du ministre et constituerait un abus du pouvoir discrétionnaire conféré à celui-ci—Le principe général qui s'applique à une injonction contre le ministre est énoncé dans la décision *Esquimalt Anglers' Assn. c. Canada* (1988), 21 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.)—La Cour n'a

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

pas le pouvoir de prononcer une injonction contre la Couronne ou contre les ministres de la Couronne lorsqu'ils agissent comme préposés de la Couronne et que leurs fonctions sont prévues par la loi—De plus, selon ce qui a été énoncé dans la décision *Glenview Corp. c. Canada* (1990), 34 F.T.R. 304 (C.F. 1^{re} inst.), un ministre qui agit dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi n'est pas assujéti à une injonction—Les attributions ministérielles précises sont définies à l'art. 43 de la Loi sur les océans et il est expressément prévu qu'elles sont assujétiées à l'art. 4 de la Loi sur le ministère des Pêches et des Océans—Par conséquent, le ministre a agi dans les limites des attributions qui lui sont conférées par la loi—La demanderesse n'a pas contesté sérieusement, au moyen de sa preuve ou dans son argumentation, la capacité juridique du ministre d'ouvrir la pêche d'hiver à la morue dans la zone 4Vn—Le critère qu'il convient d'appliquer à l'octroi d'une injonction interlocutoire est énoncé dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110: question sérieuse à trancher, préjudice irréparable, prépondérance des inconvénients—La Cour n'a pas pu conclure qu'il y avait une question sérieuse à trancher étant donné qu'une divergence d'opinions, sans plus, ne constitue pas une question de droit—La Cour a conclu qu'il n'avait pas été allégué que la demanderesse subirait directement un préjudice—Lorsqu'un particulier allègue que l'intérêt public est en danger, le préjudice doit être démontré—Lorsque la prépondérance des inconvénients et l'intérêt public sont appréciés, cela n'aide pas le demandeur d'affirmer qu'une autorité gouvernementale donnée ne représente pas l'intérêt public—En l'espèce, la NOSFA demande à la Cour de gérer ou de diriger la pêche—Telle n'est pas la fonction de la Cour—En outre, l'examen d'une décision ministérielle ne peut pas être accompli au moyen d'une réparation interlocutoire—Puisqu'elle n'a pas satisfait aux éléments nécessaires du critère qui s'applique aux injonctions interlocutoires, la NOSFA ne peut pas avoir gain de cause—Requête rejetée—Loi sur les océans, L.C. 1996, ch. 31, art. 43—Loi sur le ministère des Pêches et des Océans, L.R.C. (1985), ch. F-15, art. 4 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 4).

NORTH OF SMOKEY FISHERMEN'S ASSN. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2172-02, 2003 CFPI 33, juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 15-1-03, 14 p.)

DROIT MARITIME**ASSURANCE**

Action pour les dommages causés au bateau de plaisance des demandeurs par l'explosion du navire à moteur du défendeur, le *Kyhita*—L'avocat du défendeur a soutenu que le fait d'accorder aux demandeurs des dommages-intérêts fondés sur une diminution de la valeur du *Constant Craving*

DROIT MARITIME—Suite

sans en déduire le montant que les demandeurs ont obtenu de leurs propres assureurs à l'égard de la réparation du *Constant Craving* équivaldrait à accorder aux demandeurs un bénéfice accessoire qui ne peut pas être justifié—La question se pose à cause de ce qui constitue un ensemble relativement inhabituel de circonstances—Normalement, l'assureur des demandeurs aurait été subrogé dans les droits que ceux-ci peuvent faire valoir contre le défendeur dans la mesure où ils ont subi une perte dont ils peuvent être dédommagés par le défendeur et dont l'assureur les a indemnisés, c'est-à-dire le coût des réparations du *Constant Craving* que l'assureur a remboursé—Dans la présente affaire, l'assureur des demandeurs les a dédommagés pour le coût des réparations—Les demandeurs ont engagé des poursuites contre leur assureur—Ce litige a été abandonné et l'assureur a renoncé, en faveur des demandeurs, aux droits de subrogation qu'il possédait à l'encontre du défendeur—Par conséquent, ce n'est pas l'assureur des demandeurs qui recouvrerait le montant qu'il a versé aux demandeurs à titre d'indemnité si ce montant était obtenu du défendeur—En effet, les demandeurs auraient obtenu de leur assureur le coût des réparations effectuées sur le *Constant Craving* et seraient en outre dédommagés de ce coût par le défendeur—La question de la double indemnisation ou du bénéfice accessoire a été examinée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cunningham c. Wheeler; Cooper c. Miller; Shanks c. McNee*, [1994] 1 R.C.S. 359—La double indemnisation n'est pas permise—Il existe une exception aux principes généraux, à savoir l'exception visant les assurances privées—Les dispositions qui ont été prises entre les demandeurs et leur assureur à l'égard du *Constant Craving* font partie de l'exception visant les assurances privées—Pour conclure, aucune modification ne sera apportée à la conclusion tirée au sujet des dommages-intérêts que le défendeur devrait verser aux demandeurs pour la diminution de la valeur du *Constant Craving* en raison du fait que les demandeurs bénéficieraient dans une certaine mesure d'une double indemnisation—Entre la double indemnisation aux demandeurs et le bénéfice inattendu qui en découlerait pour le défendeur du fait que les demandeurs ont été suffisamment prudents pour assurer le *Constant Craving*, le résultat devrait favoriser les demandeurs—Un jugement sera prononcé en faveur des demandeurs pour un montant total de 55 812,70 \$ pour les frais de réparation du *Constant Craving*—Le montant ci-dessus accordé ne sera pas rajusté en raison du fait que la portion liée au coût des réparations pourrait être considérée comme un bénéfice accessoire pour les demandeurs—L'action simplifiée des demandeurs est accueillie.

STRACHAN C. *CONSTANT CRAVING* (LE) (T-448-98, 2003 CFPI 86, juge Gibson, ordonnance en date du 28-1-03, 41 p.)

DROIT MARITIME—Suite

PRATIQUE

Requête en fixation d'un cautionnement pour la libération du navire *All Risks*, à l'époque sous le coup d'une saisie pour des raisons de procédure—Le navire était également l'objet d'un *caveat* de F.C. Yachts Ltd. (défenderesse), le constructeur et bénéficiaire prévu de la sûreté—En décembre 2000, NHM International Inc. et F.C. Yachts Ltd. s'entendaient par lettre pour signer un contrat prévoyant la construction et la livraison d'un yacht de 76 pieds par 20 pieds, pour la somme de 2 372 000 \$ US—Inexplicablement, le contrat de construction avait été signé au nom de F.C. Yachts Ltd., mais la demanderesse ne l'avait pas signé—F.C. Yachts, constructeur et propriétaire du navire, avait consenti à NHM International Inc., l'acheteur et futur propriétaire du navire, une hypothèque de constructeur garantissant l'avoir de NHM International Inc. dans le navire—De l'avis de la demanderesse, la construction du navire n'avancait pas—Les travaux avaient semble-t-il été arrêtés—Ainsi, le 6 novembre 2002, plus d'un an après que le navire aurait dû être livré, la demanderesse avait pris possession du navire à titre de créancier hypothécaire et avait fait saisir le navire par le shérif—Le relevé de compte final de la demanderesse se chiffrait à 5 030 846 \$ CAN., soit quelque 805 000 \$ US au-dessus du prix indiqué dans le contrat de construction, sans compter les suppléments—Un cautionnement consiste à remplacer une sûreté réelle par une sûreté personnelle, c'est-à-dire une garantie en espèces—Un demandeur, dans une action réelle, qui a saisi un navire a droit à une sûreté pour le principal, les intérêts et les dépens, sûreté qui correspond à la meilleure indemnité raisonnablement possible—Le tribunal à qui il est demandé de fixer un cautionnement doit être convaincu du caractère adéquat du cautionnement, et il ne doit pas préjuger l'affaire—En l'espèce, la partie qui demandait une sûreté était en position de force et ne devait pas abuser de cette position—Il existe une règle générale que le montant du cautionnement à déposer pour obtenir mainlevée d'un navire valablement saisi doit équivaloir à la meilleure indemnité raisonnablement possible du demandeur, ce à quoi il faut ajouter les intérêts et les frais, la limite supérieure étant la valeur du navire saisi lui-même—D'abord, l'expression «meilleure indemnité raisonnablement possible» donne une idée de la mesure de la sûreté à fournir, qui n'est pas un chiffre absolu ni ne signifie un chiffre absolu—Deuxièmement, bien que le tribunal soit habilité et compétent pour déterminer la valeur de la meilleure indemnité raisonnablement possible, il ne doit pas, lorsqu'il fixe le cautionnement, préjuger l'affaire—NHM International Inc. avait offert une sûreté au montant de 71 100 \$ US à titre de retenue contractuelle, et un cautionnement d'environ 122 000 \$ US—La sûreté totale demandée par F.C. Yachts se chiffrait à 1 980 000 \$ US—S'agissant du prix du navire, un

DROIT MARITIME—Suite

contrat peut, en l'absence d'un document signé en bonne et due forme, être déduit de la conduite des parties—Dans la présente affaire, une partie a signé le contrat et l'a remis à l'autre partie—La conduite de l'autre partie avait révélé une acceptation des clauses du contrat—Il peut exister un contrat exécutoire entre des parties, même si l'une d'elles ne l'a pas formellement signé—F.C. Yachts Ltd. avait clairement accepté les acomptes prévus dans le contrat du 14 décembre 2000 et elle avait aussi accepté paiement de ses factures pour suppléments—Il est excessif, voire inconcevable et extravagant, de soutenir que le cautionnement devait refléter un engagement de construire le navire sur la base du prix de revient majoré—Que la réclamation s'appuie sur le principe *quantum meruit* ou sur le principe *quantum valebant*, le critère d'application du principe est le même: pour qu'une réclamation sur cette base soit recevable, le contrat doit avoir été annulé ou éteint, les obligations réciproques cessant dès lors d'exister—Une réclamation *quantum valebant* concerne des marchandises vendues et livrées; une réclamation *quantum meruit* concerne des services—Tout comme l'exécution intégrale d'un contrat exclut toute réclamation *quantum meruit*, ici l'exécution par F.C. Yachts Ltd. et/ou le relevé de compte final de F.C. Yachts Ltd. exclut toute réclamation *quantum valebant*—Aucune preuve donnant le moins à entendre qu'elle répond au critère exposé dans l'arrêt *Morrison-Knudsen Co., Inc. et al. v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1978), 85 D.L.R. (3d) 186 (C.A.C.-B.)—La défenderesse n'a jamais songé à résilier le contrat, mais a plutôt décidé de continuer de l'appliquer, malgré l'absence de signature de la demanderesse—La réclamation effective *quantum valebant* n'a eu lieu qu'après que la défenderesse eut dit que tous les travaux avaient été exécutés, et qu'après que le présent litige eut été commencé et le navire livré à la demanderesse par ordonnance judiciaire—Permettre à la présente affaire d'aller de l'avant, assortie d'une garantie fondée sur la formule du prix de revient majoré, en ignorant la conduite affichée par les parties au cours de nombreux mois ainsi que les documents générés par elles, ce serait autoriser un abus des procédures—La défenderesse croyait que la question de la garantie pouvait devenir une dette fiscale—Le contrat du 14 décembre 2002 prévoyait une livraison à l'étranger—C'est là une disposition courante dans le cas d'un navire de construction canadienne qui est exporté—C'est une technique légitime qui permet d'éviter le paiement de la taxe de vente provinciale et de la taxe fédérale sur les produits et services—La défenderesse affirme que la demanderesse, ayant été mise en possession à titre de créancier hypothécaire et ayant saisi le navire, a d'une certaine manière pris livraison—La saisie d'un navire, fût-elle le fait d'un créancier hypothécaire, ne fait pas du créancier hypothécaire un propriétaire ni ne constitue la preuve d'une livraison par le constructeur—Il n'y a pas livraison du navire simplement

DROIT MARITIME—Fin

parce qu'il y a eu prise de possession par le créancier hypothécaire ou parce que le navire a été saisi—Preuve par affidavit non contredite de l'avocate des îles Vierges américaines à qui la demanderesse avait demandé de la représenter pour l'immatriculation du navire dans les îles Vierges que le processus d'enregistrement a été commencé mais est demeuré incomplet—Se fondant sur les pièces produites, la Cour a jugé qu'il était inconcevable, extravagant et déraisonnable qu'on puisse demander un cautionnement additionnel substantiel parce que le navire avait été transféré alors qu'il se trouvait encore au Canada et qu'il était encore la propriété de la défenderesse—Il n'existait aucun argument raisonnablement défendable justifiant le versement d'une garantie à la défenderesse au titre de la TVP et de la TPS—La Cour était d'avis que la réclamation de la défenderesse pour le prix du navire selon la formule du prix de revient majoré n'atteindrait pas la garantie demandée de 1 980 000 \$—Demander une garantie pour la réclamation de la défenderesse serait manifestement déraisonnable, voire excessif, oppressif et abusif—F.C. Yachts Ltd. disposerait d'une garantie suffisante si cette garantie était fixée à 125 000 \$ US, soit un cautionnement de 190 552 \$ CAN et une garantie additionnelle de 3 000 \$ US, ainsi qu'une somme de 71 000 \$ US consignée au tribunal pour constituer la retenue sur le prix du *All Risks*.

NHM INTERNATIONAL INC. C. *ALL RISKS* (LE) (T-1865-02, 2003 CFPI 53, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-1-03, 25 p.)

ÉNERGIE

Contrôle judiciaire à l'encontre du refus du ministre de nommer un comité ou des comités d'arbitrage pour qu'ils examinent les avis d'arbitrage signifiés au ministre par les demandeurs et se rapportant à des ordonnances de droit d'accès délivrées à Alliance Pipeline Ltd. par l'Office national de l'énergie, et à l'encontre de la demande faite par le ministre aux comités d'arbitrage les invitant à ne pas examiner la question de la zone contrôlée—Pour que les dispositions relatives aux procédures de négociation et d'arbitrage soient applicables lorsqu'est déterminée l'indemnité se rapportant à la zone contrôlée établie par l'art. 112 de la Loi sur l'Office national de l'énergie, la zone contrôlée doit être qualifiée de dommage causé par la compagnie de pipeline et directement rattaché à l'une ou l'autre des opérations suivantes: (i) l'acquisition de terrains pour la construction du pipeline; (ii) la construction du pipeline; ou (iii) l'inspection, l'entretien ou la réparation du pipeline—L'adverbe «directement», qui apparaît à l'art. 84 de la Loi, n'est pas défini dans la Loi—L'approche moderne en matière d'interprétation des lois consiste à lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens

ÉNERGIE—Fin

ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi et l'intention du législateur—Examen de la définition dans un dictionnaire—Eu égard à ces définitions, le mot «directement», à l'art. 84 de la Loi, évoque la participation immédiate de la compagnie de pipeline—La zone contrôlée établie conformément à l'art. 112 de la Loi n'est pas directement rattachée à l'acquisition de la servitude elle-même constituée par le pipeline—La demande d'indemnité pour l'acquisition par Alliance de terrains devant constituer la zone contrôlée était trop éloignée pour répondre au lien direct exigé par l'art. 84 de la Loi—L'art. 84 prévoit expressément que les procédures de négociation et d'arbitrage s'appliqueront aux demandes relatives aux activités de la compagnie si lesdites activités sont directement rattachées à l'acquisition de terrains pour la construction d'un pipeline—Alliance n'a pas acquis de terrains dans la zone contrôlée—Les dommages allégués par les demandeurs au regard de la zone contrôlée résultaient d'une exigence du législateur—Les dommages allégués n'étaient pas directement rattachés aux activités d'Alliance—Demande de contrôle judiciaire rejetée—Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 84, 112 (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 28; 1994, ch. 10, art. 26; 1999, ch. 31, art. 167).

BALISKY C. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES NATURELLES) (T-54-01, 2002 CFPI 976, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 13-9-02, 15 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Source de revenu—Contrôle judiciaire d'une décision de la Cour de l'impôt qui a rejeté les appels contre les nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1996 et 1997—La décision de la Cour de l'impôt a été rendue avant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Stewart c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 645—Dans l'arrêt *Stewart*, la Cour suprême a modifié le critère énoncé dans *Moldowan c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 480—L'arrêt *Stewart* a dit que la question de savoir si le contribuable a ou non une source de revenu doit être tranchée en fonction de la commercialité de l'activité en cause—Pour décider de la question de savoir s'il y a un degré suffisant de commercialité, il faut tenir compte des facteurs énoncés dans *Moldowan*, tels que l'état des profits et des pertes pour les années antérieures, la formation du contribuable, la voie sur laquelle il entend s'engager, la capacité de l'entreprise de réaliser un profit et l'attente raisonnable de profit—Il convenait donc que le juge de la Cour de l'impôt examine si la demanderesse avait une attente raisonnable de profit, de même que les autres facteurs

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

mentionnés dans *Moldowan*—Son analyse est conforme au raisonnement mené dans les arrêts *Stewart* et *Moldowan*—Il n'y a aucune erreur susceptible de contrôle dans l'évaluation de la preuve qu'a faite le juge de la Cour de l'impôt ni dans son analyse des facteurs pertinents dont on doit tenir compte pour décider si la demanderesse exploitait une entreprise—Demande rejetée.

JARQUIO C. CANADA (A-477-01, 2003 CAF 80, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 13-2-03, 5 p.)

SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Nouvelle cotisation—L'appel et l'appel incident dans le dossier du greffe A-208-02 se rapportent à un jugement dans lequel la Cour de l'impôt a accueilli en partie l'appel interjeté par l'appelant à l'égard de nouvelles cotisations établies pour ses années d'imposition 1993, 1994, 1995 et 1996—L'appel et l'appel incident dans le dossier du greffe A-311-02 se rapportent à une ordonnance par laquelle la Cour de l'impôt a adjugé les dépens à l'intimée mais a exclu les dépens à l'égard de deux témoins experts—Deux questions sont visées en appel—1) L'une consiste à savoir s'il y avait absence de lien de dépendance entre la société de personnes CEG et l'American Softworks Corporation (ASC) au moment pertinent—Le 31 décembre 1993 était la date pertinente aux fins de la détermination de la question du lien de dépendance—L'art. 69(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu prévoit que le contribuable qui a acquis un bien auprès d'une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance pour une somme supérieure à la juste valeur marchande au moment de son acquisition est réputé l'avoir acquis pour une somme égale à cette juste valeur marchande—Les parties ne sont pas considérées comme n'ayant pas entre elles de lien de dépendance si une personne dicte les conditions du marché pour les deux parties—Rien ne montre que l'appelant ait eu quelque influence à l'égard de l'opération qui avait déjà été négociée entre ASC et la société de personnes CEG, à un moment où ces dernières avaient entre elles un lien de dépendance—Par conséquent, la conclusion du juge de la Cour de l'impôt (J.C.I.) ne devrait pas être modifiée—2) Quant à l'évaluation, il s'agit d'une question d'appréciation de la preuve présentée par les experts et d'autres éléments de preuve; en l'absence d'une erreur manifeste dominante, la présente Cour n'interviendra pas—L'appelant n'a pas démontré que le J.C.I. avait commis une erreur manifeste dominante au sujet de la question de l'évaluation—Sur les questions du lien de dépendance et de l'évaluation, l'appel est rejeté—S'agissant de l'appel incident, le ministre soutient que le J.C.I. a commis une erreur en concluant que seul le montant de 6 000 \$ US l'unité représenté par la prise en charge du billet d'acquisition n'était pas à risque—Il affirme que le J.C.I. aurait également dû conclure que le montant de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

4 000 \$ US l'unité que l'appelant avait payé en espèces n'était pas à risque—Le ministre affirme que l'appelant ne devrait donc pas avoir droit à une déduction à l'égard des pertes relatives à la société de personnes CEG parce que son apport à la société de personnes n'était pas une fraction à risque—Un commandité est réputé être un commanditaire pour l'application des dispositions concernant la fraction à risque si le commandité a le droit de recevoir un avantage qui supprime ou réduit l'effet d'une perte parce que le commandité est associé de la société de personnes—Pour déterminer si les dispositions concernant la fraction à risque s'appliquent à l'appelant, il faut d'abord déterminer si, conformément à l'art. 96(2.4)b), il est réputé être un commanditaire—Dans l'affirmative, l'art. 96(2.2)d) s'applique pour déterminer le montant à risque du contribuable—En ce qui concerne en premier lieu la question de savoir s'il était correct de présumer que l'appelant était un commanditaire, l'art. 96(2.4) parle du contribuable qui est associé d'une société de personnes «à un moment donné» et «à ce moment»—Aux fins qui nous occupent, le moment en question est n'importe quel moment dans les années d'imposition 1993 et 1994 de l'appelant—Le droit à l'avantage doit prendre naissance dans les trois ans suivant le 31 décembre 1993 ou le 31 décembre 1994—L'entente modifiant la société de personnes du 31 décembre 1995 et l'entente modificatrice n° 3 ont commencé à exister au cours de la période de trois ans qui a suivi le moment où l'appelant a cherché à déduire les pertes de la société de personnes—Cela est donc pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer le montant à risque de l'appelant dans la société de personnes CEG—S'agissant de l'effet des ententes sur le montant à risque de l'appelant à l'égard de son apport à la société de personnes CEG: l'examen de l'entente modifiant la société de personnes et de l'entente modificatrice n° 3 du 31 décembre 1995 permet difficilement de voir pourquoi l'élément versé en espèces au complet du coût des unités de la société de personnes était un montant à risque—Il est certain que l'on voulait que les actions viennent s'ajouter au droit au montant de 8 000 \$ US l'unité—Il n'y avait certes aucune façon de savoir quelle serait la capitalisation boursière d'ASC le 31 décembre 2003, date à laquelle les actions seraient mises à la disposition de la société de personnes CEG—D'après la preuve qui a été présentée au sujet de la valeur des actions, il n'est tout simplement pas possible d'en déterminer la valeur—La preuve soumise sur ce point démontre que l'avantage relatif aux actions est tout simplement trop vague pour qu'il soit possible de lui attribuer une valeur—Compte tenu de la preuve, la valeur de l'avantage sous forme d'actions que le ministre a présumée est exagérée puisque cette valeur n'est pas déterminable—Le montant à risque de l'appelant était de 2 000 \$ US l'unité—S'agissant des dépens adjugés par la Cour de l'impôt, l'appelant et l'intimée interjettent appel de la décision que le J.C.I. a rendue au sujet des dépens—Les dépens relèvent du pouvoir

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

discrétionnaire du J.C.I.; en l'absence d'une conclusion selon laquelle pareil pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé conformément au droit, la Cour ne modifiera pas la décision—Rien ne permet de modifier la décision relative aux dépens—En conclusion, l'appel est rejeté—L'appel incident est accueilli, mais uniquement afin de réduire le montant à risque de l'appelant à 2 000 \$ US l'unité—À tous les autres égards, l'appel incident est rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5^e suppl.), ch. 1, art. 69(1)a), 96(2.4) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 123).

BROWN C. CANADA (A-208-02, A-311-02, 2003 CAF 192, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 24-4-03, 26 p.)

MARQUES DE COMMERCE**CONTREFAÇON**

Enregistrement—Action en contrefaçon de marques de commerce enregistrées, en concurrence déloyale et en délit de substitution—Subsidiairement, la demanderesse demande la radiation des marques des défenderesses—L'art. 20 de la Loi sur les marques de commerces (la Loi) prévoit que le droit à l'emploi exclusif est réputé être violé par une personne non admise à l'employer selon la Loi et qui vend, distribue ou annonce des marchandises en liaison avec une marque de commerce créant de la confusion—Il n'est pas nécessaire que les marchandises soient de la même catégorie générale—L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque lorsque l'emploi des deux marques serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques sont fabriquées ou vendues par la même personne—Pour décider si des marques créent de la confusion, le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris celles qui sont énumérées à l'art. 6(5) de la Loi—Tout d'abord, en ce qui concerne le caractère distinctif inhérent des marques de commerces—Une marque de commerce avec un mot d'usage courant possède un caractère distinctif inhérent moindre et le degré de protection accordé par le tribunal est limité—Par contre, une marque composée d'un mot unique ou inventé a un caractère distinctif inhérent plus considérable, méritant une protection étendue—Le tribunal est d'avis que les marques de la demanderesse («Veuve Clicquot» et «clicquot») possèdent un caractère distinctif inhérent marqué et méritent une portée de protection étendue—Le mot «Clicquot» est inventé, et la preuve révèle que hormis les marques des défenderesses, il n'existe au Canada aucune marque semblable sur le marché—Ensuite, en ce qui concerne la période d'emploi, une marque qui est employée depuis longtemps est présumée avoir fait une certaine impression parmi les consommateurs—En l'espèce, le tribunal est d'avis que ce

MARQUES DE COMMERCE—Suite

critère favorise la demanderesse—L'enregistrement de la demanderesse pour la marque «Veuve Clicquot» indique une revendication d'emploi au Canada de la marque pour des vins de champagne depuis au moins 1899—Les défenderesses revendiquent un emploi beaucoup plus récent pour les marques «Clicquot» et «Clicquot “Un monde à part”», soit un emploi depuis 1995 en liaison avec la vente au détail de vêtements pour dames—En ce qui concerne le degré de ressemblance entre les marques de commerce, le tribunal doit évaluer l'impression que ces marques font sur le public—Il faut examiner la marque comme un tout, et non la disséquer pour en faire un examen détaillé—Le test de confusion doit être analysé du point de vue du consommateur qui n'est pas sur ses gardes et qui a simplement un souvenir imparfait d'avoir vu ou entendu la marque usurpée—Le fait que la marque des défenderesses s'écrive sans la lettre «c» ne fait rien pour éliminer le risque de confusion du point de vue du consommateur ayant un souvenir imparfait des marques de commerce—Il existe un grand degré de similarité entre les marques de la demanderesse et celles des défenderesses—En ce qui concerne le genre de marchandises, services ou entreprises ainsi que la nature du commerce, le degré de similitude entre les marchandises qui portent ces marques constitue un facteur important pour déterminer s'il existe vraisemblablement une confusion—La preuve n'établit pas que la demanderesse ait l'intention d'exploiter les secteurs autres que celui du champagne—Si la demanderesse voulait vraiment étendre ses marques à l'univers de la mode, ses plans de stratégie l'auraient reflété—Pour ces raisons, il n'y a aucune connexion entre les activités de la demanderesse et celles des défenderesses—Le facteur clef est la différence considérable entre les marchandises de la demanderesse et celles des défenderesses—Les activités de la demanderesse et des défenderesses sont tellement différentes qu'il n'y a aucun risque de confusion chez les consommateurs—Les marques «Clicquot» et «Clicquot “Un monde à part”» des défenderesses ne créent aucune confusion avec celles de la demanderesse—Par conséquent, l'utilisation de ces marques ne constitue pas une usurpation des marques de la demanderesse au sens de l'art. 20 de la Loi—La demanderesse prétend également que l'usage par les défenderesses de la marque constitue une infraction à l'art. 7(b) et (c) de la Loi—Afin de réussir une action en délit de substitution, la demanderesse doit établir trois éléments: l'existence d'un achalandage, la représentation trompeuse induisant le public en erreur, et des dommages actuels ou possibles pour la demanderesse—En l'espèce, la preuve révèle que la marque de la demanderesse est une marque notoire, possédant un achalandage relatif à la vente des vins de champagne—Cependant, la preuve ne démontre pas que cette marque possède un achalandage relatif à l'univers de la mode féminine—Il n'y a aucune connexion entre ses marchandises et l'univers de la mode féminine—La

MARQUES DE COMMERCE—Suite

preuve démontre que l'association de la demanderesse avec l'univers de la mode se limite à cibler le marché de la femme comme consommatrice de ses produits de champagne—Le principe est à l'effet qu'il y a un risque de confusion lorsqu'un commerçant utilise le nom, la marque de commerce ou encore l'emballage d'un produit de manière à créer chez le consommateur, l'impression que son commerce est celui d'un autre déjà bien établi, qu'il est une filiale ou encore, qu'il y est relié d'une façon quelconque—Il n'est pas vraisemblable qu'un consommateur croirait que les boutiques opérées par les défenderesses sont liées à la demanderesse—Les marchandises et les canaux de distribution des deux parties sont tellement différents qu'il n'y a aucun risque de confusion—Par conséquent, l'utilisation par les défenderesses de la marque de commerce ne constitue pas une infraction de l'art. 7(b) de la Loi—Étant donné la différence entre les marchandises de la demanderesse et celles des défenderesses, il n'y a aucune infraction à l'art. 7(c) de la Loi—La demanderesse soutient en outre que l'usage par les défenderesses de la marque de commerce diminue la valeur de l'achalandage attaché à sa marque—L'art. 22 de la Loi prévoit que nul ne peut employer une marque de commerce déposée par une autre personne d'une manière susceptible d'entraîner la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à cette marque de commerce—Il faut qu'un consommateur soit capable de faire une association entre les parties pour que la diminution de la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce ait lieu—La demanderesse a comme seul objectif la vente de champagne, et qu'elle n'est pas intéressée à exploiter d'autres secteurs—Un consommateur, ayant vu le mot «Clicquot» utilisé dans les boutiques des défenderesses, ne fera aucun lien de connexion avec la demanderesse—Par conséquent, aucune association entre la marque de luxe «Clicquot» et les marchandises «non-luxe» des défenderesses—Les marques de commerces des défenderesses ne diminuent pas la valeur de l'achalandage attaché à la marque de commerce «Clicquot», et qu'il n'y a aucune infraction à l'art. 22 de la Loi—Subsidiairement, la demanderesse demande la radiation des enregistrements—Les art. 18(1)a) et 12(1)d) de la Loi indiquent que l'enregistrement d'une marque de commerce est invalide si la marque crée de la confusion avec une marque de commerce déposée—Étant donné que les marques des défenderesses ne créent pas de confusion, ses marques sont valides—Les défenderesses pouvaient enregistrer leurs marques parce qu'il n'y a aucune confusion entre ses marques de commerce et celles de la demanderesse—Rien dans la preuve appuie la prétention que les marques de commerces des défenderesses sont non distinctives—La demanderesse n'a fourni aucune preuve valable indiquant comment les marques de commerce des défenderesses sont devenues non distinctives—Pour ces raisons, il n'y a aucun motif valable pour la radiation des marques de commerce des

MARQUES DE COMMERCE—Fin

défenderesses—L'action de la demanderesse est rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 6(5), 7b), c), 12(1)(d), 18(1)a), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22.

VEUVE CLICQUOT PONSARDIN C. BOUTIQUE CLIQUOT LTÉE (T-2080-98, 2003 CFPI 103, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 30-01-03, 36 p.)

RADIATION

La demanderesse interjette appel de la décision du registraire portant radiation de la marque de commerce «Kid Cuisine» en vertu de l'art. 45 de la Loi sur les marques de commerce—Le registraire a conclu à l'inexistence d'une preuve d'emploi de la marque au cours des trois années antérieures à la date de l'avis prévu à l'art. 45—Des éléments de preuve supplémentaires ont été déposés dans le présent appel—Après examen de ces éléments de preuve supplémentaires, la défenderesse a retiré toute opposition à l'enregistrement de la marque de commerce—Appel accueilli—Lorsqu'une preuve additionnelle est déposée devant la Section de première instance et que cette preuve aurait pu avoir une incidence sur la décision du registraire, le juge de première instance doit en venir à ses propres conclusions: *Molson Breweries, a Partnership c. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.)—L'acceptation de cette commande avant la date de l'avis prévu à l'art. 45, la distribution d'échantillons en vue de développer un marché et le transfert d'échantillons du produit aux commerçants qui en font l'essai constituent un emploi au sens de l'art. 4(1) de la Loi—La Loi n'exige pas qu'il y ait beaucoup de transferts de propriété ou de possession des marchandises—La Cour estime que la description des marchandises visées par la marque de commerce comprend les marchandises vendues—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 4(1), 45 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 200).

CONAGRA FOODS, INC. C. FETHERSTONHAUGH & CO. (T-296-01, 2002 CFPI 1257, juge MacKay, ordonnance en date du 4-12-02, 14 p.)

ORGANISMES DE BIENFAISANCE

Appel interjeté en vertu de l'art. 172(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu, à l'encontre d'un avis selon lequel le MRN se proposait de révoquer l'enregistrement de l'appelante comme œuvre de bienfaisance—L'appelante a été constituée comme corporation sans capital social—Ses objets consistaient à donner des fournitures médicales d'urgence et des ambulances directement au peuple d'Israël—Deux motifs étaient invoqués pour justifier la révocation—Le premier motif concernait le don de ressources au Magen David Adom (MDA); le

ORGANISMES DE BIENFAISANCE—Suite

deuxième concernait des activités de l'appelante qui contrevenaient à la politique officielle du Canada—Le débat portant sur le premier et le deuxième motifs montrait que la véritable préoccupation du ministre était la relation entre l'appelante et le MDA, et en particulier le fait que l'appelante n'exerçait ni autorité ni suivi sur l'utilisation des ambulances et des équipements apparentés fournis au MDA—S'agissant de la contravention à la politique officielle canadienne, la Cour a jugé que le dossier d'appel était loin d'établir l'existence d'une politique définie et officiellement déclarée et appliquée interdisant à un organisme canadien de bienfaisance d'œuvrer dans les Territoires occupés—En l'absence d'un texte semblable ou d'une position officielle ayant la même force, le M.R.N. ne pouvait justifier la révocation de l'enregistrement de l'appelante en se limitant à dire que l'appelante ou le MDA œuvrait dans les Territoires occupés—La préoccupation essentielle du ministre était que l'appelante n'avait pas pris les mesures nécessaires pour s'assurer que les ambulances et les équipements apparentés qu'elle fournissait au MDA serviraient à des fins de bienfaisance—Un organisme de bienfaisance est tenu d'exercer lui-même ses activités de bienfaisance—Une œuvre de bienfaisance qui souhaite travailler dans un endroit où elle n'a ni dirigeants ni employés doit de quelque façon agir par l'entremise d'une personne se trouvant à cet endroit—Cependant, un organisme de bienfaisance doit être en position d'établir que les actes qui censément sont des actes de l'organisme de bienfaisance sont effectivement autorisés, contrôlés et surveillés par l'organisme—Le M.R.N. a le droit d'insister sur la présentation d'une preuve crédible attestant que les activités d'un organisme de bienfaisance sont des activités exercées par l'organisme de bienfaisance lui-même—Il restait à savoir si le ministre avait commis une erreur en affirmant que la politique relative aux articles de bienfaisance ne s'appliquait pas aux ambulances et équipements connexes transférés par l'appelante au MDA—La Cour n'a pu trouver dans le dossier une preuve attestant un espoir raisonnable que les ambulances et les équipements connexes fournis au MDA par l'appelante étaient utilisés à des fins de bienfaisance seulement—Par conséquent, la Cour est arrivée à la conclusion que le M.R.N. n'avait pas commis d'erreur en affirmant que la politique relative aux articles de bienfaisance ne s'appliquait pas aux ambulances et articles connexes fournis par l'appelante au MDA—L'appelante a fait valoir qu'il existait une relation de mandat entre l'appelante et le MDA—La Cour n'a trouvé aucune preuve montrant l'existence d'une relation de mandat entre l'appelante et le MDA, ni aucune preuve attestant que l'appelante avait pris des mesures pour exercer une autorité ou une surveillance sur l'utilisation que faisait le MDA des ambulances et équipements connexes fournis par l'appelante au MDA—Par conséquent, la révocation de l'enregistrement de l'appelante en tant qu'organisme de bienfaisance était

ORGANISMES DE BIENFAISANCE—Fin

justifiée—Les motifs précédents suffisaient à rejeter l'appel, n'eût été l'argument de l'appelante selon lequel il y avait eu manquement à l'obligation d'équité procédurale—Le ministre avait sans doute pris en compte trois faits sans donner à l'appelante l'occasion de s'exprimer—Même si les trois faits en question avaient été révélés au préalable à l'appelante, puis réfutés, la révocation de l'enregistrement de l'appelante serait quand même justifiée—Appel rejeté—Le juge Rothstein, J.C.A., (dissident): La décision du ministre était viciée, pour deux raisons—L'une était qu'elle était fondée sur des considérations hors de propos, et l'autre est que la procédure suivie était entachée d'un manquement à l'équité procédurale—S'agissant des considérations hors de propos, le dossier révèle que le ministre ne considérait pas la question des dons comme un motif autonome de révocation—La question des dons s'était posée pendant quelque 15 ans, ce qui donnait à entendre que cette question n'était pas d'une importance primordiale pour le ministre—S'agissant du manquement à l'équité procédurale, le ministre s'est fondé sur des preuves sans donner à l'appelante l'occasion de s'exprimer sur lesdites preuves—Ces preuves se rapportaient à l'utilisation d'ambulances dans les Territoires occupés, pour le transport de troupes armées et de munitions et pour d'autres activités des Forces armées ne comprenant pas d'activités de bienfaisance—Les preuves étaient défavorables à l'appelante, et l'appelante aurait donc dû avoir l'occasion d'y réagir—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 172(3) (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 141; 1998, ch. 19, art. 46).

MAGEN DAVID ADOM CANADIEN POUR ISRAËL C. M.R.N. (A-433-01, 2002 CAF 323, juge Sharlow, J.C.A., juge Rothstein, J.C.A. (dissident), jugement en date du 13-9-02, 51 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire du Service correctionnel du Canada (le commissaire) a rejeté le grief du demandeur au troisième et dernier palier de la procédure de règlement des griefs prescrite par la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et par le Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition—Le grief se rapportait à la rémunération que le demandeur avait touchée pendant qu'il était en isolement préventif à l'établissement de Bowden—À l'heure actuelle, le demandeur est incarcéré au sein de l'unité à sécurité maximale de l'établissement de la Saskatchewan—Auparavant, il était incarcéré à l'établissement de Bowden—Avant d'être en isolement, le demandeur travaillait dans le cadre du programme Corcan Cabinet et touchait chaque jour 5,80 \$—Lorsqu'il a été placé en

PÉNITENCIERS—Fin

isolement, le demandeur a cessé de toucher sa rémunération—La situation a par la suite été corrigée, une somme quotidienne de 2,50 \$ étant accordée pour toute la période pendant laquelle le demandeur était en isolement préventif—Le demandeur a soutenu que, même si le personnel responsable des programmes l'avait verbalement informé que sa rémunération serait réduite de 5,80 à 2,50 \$, le Comité des programmes ne l'avait pas avisé par écrit de cette réduction dans les cinq jours ouvrables qui avaient suivi la date de la décision, en violation de l'art. 28 de la Directive 730 du commissaire (Affectation aux programmes et paiements aux détenus)—L'art. 28 ne s'applique pas lorsque la rémunération d'un détenu est réduite par suite de son placement en isolement préventif—Le demandeur a été placé en isolement préventif et a touché une indemnité quotidienne de 2,50 \$ conformément à l'art. 18 de la directive 730 du commissaire—Il s'agit de la procédure normale et cette procédure n'est pas discrétionnaire—Cela étant, la décision de réduire la rémunération du demandeur n'était pas arbitraire ou contraire au droit—Demande rejetée—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. C-20—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620—Directive 730 du commissaire en date du 20 août 1998, art. 18, 28.

ROSS C. ÉTABLISSEMENT DE BOWDEN N° 2 (T-2063-01, 2003 CFPI 331, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 20-3-03, 5 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions du Canada—La mère de la demanderesse est décédée en 1998 sans jamais avoir demandé de prestations—En sa qualité d'exécutrice testamentaire, la demanderesse a demandé des prestations peu de temps après le décès de sa mère—L'art. 67(3) du Régime de pensions du Canada s'applique aux demandes présentées par des ayants droit; la limite de 12 mois établie à l'égard de la rétroactivité des prestations s'applique en l'espèce—La lecture de la version française montre clairement que l'art. 67(3) s'applique à la catégorie plus générale des requérants au sens de l'art. 2(1), c'est-à-dire aux ayants droits ainsi qu'aux personnes vivantes—Une interprétation de l'art. 67(3) qui englobe les demandes présentées par des ayants droit évite un résultat absurde—Il serait manifestement absurde d'interpréter la législation comme accordant aux survivants ou aux bénéficiaires d'une succession des avantages plus généreux que ceux qui sont accordés aux cotisants vivants—Demande rejetée—Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 2(1) «requérant» (mod. par L.R.C. (1985) (2^e

PENSIONS—Fin

suppl.), ch. 30, art. 1), 67(3) (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 32).

MEYER C. CANADA (A-51-02, 2003 CAF 107, juge Rothstein, J.C.A., ordonnance en date du 28-2-03, 5 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision du Conseil de la bande indienne de Squamish, qui avait estimé que le Conseil n'était redevable d'aucune somme au demandeur—La mère du demandeur n'avait pu s'occuper de lui lorsqu'il était enfant—À partir de l'âge de trois ans jusqu'à sa majorité, le demandeur avait été élevé par sa grand-mère—En tant que pourvoyeuse du demandeur, la grand-mère percevait en son nom un «soutien financier aux tuteurs (SFT)» afin de pouvoir l'élever et subvenir à ses besoins—La décision du Conseil de refuser au demandeur le paiement d'une somme d'argent égale aux quotes-parts versées à sa grand-mère quand il était mineur était-elle raisonnable?—Le Conseil avait-il une responsabilité et/ou une obligation fiduciaire envers le demandeur, notamment l'obligation de verser dans un compte en fidéicommiss les sommes qui lui revenaient, jusqu'à ce qu'il atteigne sa majorité?—La Cour a jugé que le défendeur avait envers le demandeur mineur une obligation fiduciaire, celle de prendre, à propos des sommes qui lui revenaient, les décisions les plus conformes à son intérêt—Au vu du critère exposé dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.S.C. 99, il est clair que le défendeur était le seul maître de la distribution des sommes revenant aux membres mineurs de la nation Squamish—Le défendeur, qui n'a pas placé dans un compte en fidéicommiss portant intérêt les sommes revenant au demandeur jusqu'à ce qu'il atteigne sa majorité, a-t-il par le fait même manqué à son obligation fiduciaire?—La preuve montrait clairement que le défendeur avait agi de bonne foi et dans l'intérêt du demandeur lorsqu'il avait remis en son nom à sa grand-mère les sommes qui lui revenaient—Le défendeur n'avait d'autre obligation que celle de prendre des décisions conformes à l'intérêt du demandeur en ce qui concernait la distribution des sommes revenant à celui-ci—La décision du défendeur de remettre les sommes à la grand-mère du demandeur pour son entretien et son éducation était non seulement un exercice valide de son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt du demandeur, mais encore une ligne de conduite tout à fait adéquate—Par conséquent, le refus du défendeur de payer une deuxième fois au demandeur les sommes qui lui revenaient était raisonnable et juste—Aucune preuve montrant que le défendeur avait pris une décision qui n'était pas dans l'intérêt du demandeur—La présente demande ne révélait pas une cause d'action valable—Le demandeur s'est complètement abstenu d'alléguer le préjudice qu'il avait pu subir par suite de la décision du défendeur de ne pas lui verser les sommes en

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

question—Cette omission montrait clairement que le demandeur n'avait pas d'argument défendable—Le demandeur a néanmoins décidé d'introduire la présente demande de contrôle judiciaire, dans le dessein d'obtenir deux fois le paiement des mêmes sommes, et cela aux dépens des autres membres de la bande de la nation Squamish, et il s'est adressé à un avocat—La manière d'agir du demandeur a fait perdre à la Cour temps et ressources et constitue manifestement un abus de la procédure—Demande de contrôle judiciaire rejetée, avec dépens.

WILLIAMS C. CONSEIL DE LA BANDE INDIENNE DE SQUAMISH (T-1060-02, 2003 CFPI 50, juge Rouleau, ordonnance en date du 20-1-03, 21 p.)

PRATIQUE**COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE***Production de documents*

Demande de production de documents auprès d'un tribunal en vertu de la règle 317 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Le tribunal a été convoqué par le Service correctionnel du Canada pour rendre une décision finale à la suite d'un grief découlant d'une mesure disciplinaire prise contre le demandeur, un employé du Service correctionnel, pour une blessure présumée causée à une collègue—La Couronne s'oppose à la production de deux documents—Demande refusée—Certains documents demandés n'existent tout simplement pas—Le tribunal n'était pas saisi des deux documents existants, soit un rapport de la Commission des accidents du travail et un document portant sur la réadaptation, lorsque la décision a été rendue—Seuls les documents qui ont été déposés devant le décideur, au moment où la décision a été rendue, doivent être produits: *1185740 Ontario Ltd. c. Canada (Ministre du Revenu national-M.R.N.)* (1999), 247 N.R. 287 (C.F. 1^{re} inst.); *Hiebert c. Canada (Service correctionnel)* (1999), 182 F.T.R. 18 (C.F. 1^{re} inst.)—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 317, 318.

FOURNIER C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-750-02, 2002 CFPI 1253, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 3-12-02, 9 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Annulation ou modification*

Les appelants demandent l'annulation de trois ordonnances rendues par M. le juge en chef adjoint Lutfy—Premièrement, la principale lacune invoquée par les appelants est que les

PRATIQUE—Suite

affidavits sur lesquels étaient fondées ces ordonnances ne constituaient pas une communication complète et franche telle que celle qui est exigée dans les requêtes *ex parte*—Les demandes *ex parte* sont présentées de façon urgente et on a peu le temps de préparer des éléments à l'appui de ces demandes; par conséquent, les ordonnances ne devraient pas être infirmées en raison de simples lacunes relevées dans les affidavits ou parce que des faits ne prêtant pas à conséquence n'ont pas été divulgués—Selon la Cour, cette conclusion était amplement étayée par la preuve; rien ne justifie donc l'intervention de la Cour d'appel fédérale—Deuxièmement, à l'égard de l'argument fondé sur la Charte, il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce si une personne qui est accusée d'outrage au tribunal pour avoir désobéi à une ordonnance judiciaire dans une affaire civile a droit à la protection de la Charte—La Cour n'est pas convaincue en l'espèce qu'il s'agisse d'un cas dans lequel il convient d'examiner un argument fondé sur la Charte qui a été soulevé pour la première fois en appel—Appel rejeté.

COCA-COLA LTD. C. MUSADIQ PARDHAN (A-93-00, 2003 CAF 11, juge Malone, J.C.A., ordonnance en date du 14-1-03, 15 p.)

La Section de première instance a ordonné à la ville de Medicine Hat de verser aux demanderesse les bénéfices découlant d'une violation de brevet au montant de 621 412\$—La ville a versé la somme de 638 859 \$ pour satisfaire au jugement, y compris les intérêts avant et après jugement—La Cour d'appel a ensuite infirmé la décision du juge de première instance et rejeté la demande avec dépens—Remboursant la somme de 638 859 \$, les demanderesse ont toutefois refusé de verser des intérêts sur cette somme pour la période pendant laquelle elles en ont eu le bénéfice—La défenderesse introduit la présente requête pour demander à la Cour d'ordonner le versement des intérêts de l'ordre de 24 071 \$—Requête accueillie—La requête doit être traitée comme une requête en modification d'une ordonnance sous le régime de la règle 399(2) des Règles de la Cour fédérale (1998) en raison des faits nouveaux qui ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue—L'annulation de la décision de première instance enlevait aux demanderesse toute revendication fondée sur l'*equity* aux sommes qui leur avaient été versées—Il n'était pas déraisonnable de la part des défendeurs de présumer que les demanderesse rembourse-raient ces sommes majorées des intérêts—L'opposition au paiement des intérêts n'est apparue que bien longtemps après la disposition de l'appel—Les parties devraient autant que possible être ramenées à la situation dans laquelle elles se trouveraient si le jugement de première instance n'avait pas été prononcé—La Cour ordonne le paiement des intérêts avant

PRATIQUE—Suite

et après jugement—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 399(2).

BAKER PETROLITE CORP. C. CANWELL ENVIRO-INDUSTRIES LTD. (A-483-01, 2002 CAF 481, juge Strayer, J.C.A., ordonnance en date du 3-12-02, 5 p.)

PARTIES*Qualité pour agir*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) a délivré un permis de contrôle des mammifères marins prédateurs au centre d'aquaculture de Burdwood Island, exploité par la défenderesse Heritage Salmon Limited, autorisant cette dernière à tuer des phoques et des lions de mer qui détruisaient ou tentaient de détruire les poissons lui appartenant et qu'elle gardait ou élevait dans des cages marines—Le permis n'impose aucune limite à l'égard du nombre de phoques et de lions de mer pouvant être tués—Le permis n'exige pas que la défenderesse utilise, à des fins alimentaires ou à d'autres fins, les mammifères qu'elle tue—Les tribus demanderesse s'opposent à la délivrance du permis qui touche prétendument leur territoire traditionnel de chasse—Le demandeur a-t-il qualité pour présenter la présente demande de contrôle judiciaire?—Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire présentée devant la Cour, le demandeur peut établir la qualité pour agir de deux façons—L'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale permet à quiconque est directement touché par l'objet de la demande ou à quiconque satisfait au critère applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public de présenter pareille demande—Le demandeur n'a fourni aucune preuve que le permis avait nui à la capacité des tribus de chasser le phoque—Les allégations par le demandeur relatives aux questions de droits ancestraux et à la consultation ne sont pas pertinentes en l'espèce et ne peuvent aucunement influencer sur la question de savoir si le demandeur et les membres des tribus sont directement touchés par la décision du ministre—Le fait qu'une activité autorisée par permis peut manquer de respect envers le mode de vie des tribus ne suffit pas pour établir que ces tribus subissent un préjudice direct par suite de l'activité en question de sorte qu'elles sont visées par les dispositions de l'art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale—Le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve démontrant que les membres des tribus sont directement touchés par la décision que le ministre a prise de délivrer le permis—À l'égard de la question de savoir si le demandeur a la qualité pour agir dans l'intérêt public, la Cour doit sopeser trois facteurs qui ont été énoncés dans l'arrêt *Canada c. Harris*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.)—Premièrement,

PRATIQUE—Suite

une importante question d'intérêt public est soulevée devant la Cour—La question qui est soulevée dans la présente instance a de l'importance pour le public étant donné que la décision de la Cour ne sera pas nécessairement limitée aux faits de la présente affaire—La question se rapporte à l'étendue du pouvoir constitutionnel conféré au ministre en matière de pêcheries et aux modalités d'exercice du pouvoir conféré au ministre par la législation sur les pêcheries—Deuxièmement, le demandeur a un intérêt véritable en ce qui concerne la question ou le résultat du litige—Dans la présente affaire, le demandeur n'a pas établi l'existence d'une cause d'action valable ou d'une cause raisonnablement défendable—Troisièmement, il n'y a pas d'autre manière raisonnable et

PRATIQUE—Fin

efficace de soumettre la question pour règlement—Le demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il existe une question grave justifiant un examen par la Cour ou l'utilisation de ses ressources—Par conséquent, la Cour a refusé de reconnaître au demandeur la qualité pour agir dans l'intérêt public et elle a rejeté la demande de contrôle judiciaire—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

TRIBUS KWICKSUTAINÉUK/AH-KWA-MISH C. CANADA
(MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (T-173-02,
2003 CFPI 30, juge Rouleau, ordonnance en date
du 14-1-03, 18 p.)

If undelivered, return COVER ONLY to:

Communication Canada

— Publishing

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:

Communication Canada

— Édition

Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9